

Fascicolo 1 | 2018

RIVISTA DELLA

Regolazione dei mercati

Il mercato senza regolazione genera mostri





INDICE

| | |
|---|---|
| Editoriale di <i>Marcello Clarich</i> | 2 |
|---|---|

SAGGI

| | |
|---|----|
| Certificazione dei prodotti agroalimentari e globalizzazione, tra concorrenza e tutela di <i>Ferdinando Albisinni</i> | 16 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| La governance dell'economia. Variazioni sul modello della rete di <i>Laura Ammannati</i> | 45 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| La commissione UE tra politica e regolazione dell'energia di <i>Filippo Donati</i> | 59 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali di <i>Marco Lipari</i> | 72 |
|---|----|

| | |
|---|-----|
| L'art. 117 d.lgs. n. 267/2000 e i limiti alla politica tariffaria degli enti locali di <i>Simone Torricelli</i> | 109 |
|---|-----|

COMMENTI

| | |
|---|-----|
| Nomina del Governatore e indipendenza della Banca d'Italia. Riflessioni sulla mozione 1/01731 della Camera di <i>Nicola Dessì</i> | 125 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e il decum della Corte di Giustizia nelle cause <i>Menci (C-524/15)</i>, <i>Garlsson Real Estate</i> e a. (<i>C-537/16</i>) e <i>Di Puma</i> e <i>Zecca (C-596/16 e C-597/16)</i>. di <i>Marsela Mersini</i> | 140 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| Recenti sviluppi della giurisprudenza europea su meccanismi di supporto della produzione di energia da fonti rinnovabili e disciplina europea degli aiuti di Stato di <i>Francesco Maria Salerno e Federico Macchi</i> | 160 |
|--|-----|

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2018

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

Comitato di redazione

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

Progetto grafico e impaginazione

mv comunicazione architetti associati



EDITORIALE

Editoriale

Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?

di **Marcello Clarich** *

SOMMARIO: 1. Lo Stato regolatore. – 2. Stato regolatore, principi della democrazia liberale e populismo. – 3. Lo Stato regolatore nell'età del populismo. – 4. Il “contratto di governo” e la fase iniziale della legislatura. – 5. Conclusioni.

1. Lo Stato regolatore

Da qualche tempo, l'edificio dello Stato regolatore, costruito nell'ultimo quarto di secolo nel nostro Paese secondo i modelli anglosassoni, sembra mostrare segni di cedimento.

Conviene rammentare anzitutto i pilastri su cui si regge l'edificio eretto sulle macerie dello Stato interventista (programmatore, gestore) che ha dominato la scena nella gran parte del secolo scorso e che è stato abbattuto nell'ultima decade di quest'ultimo¹.

In primo luogo, lo Stato regolatore trova il suo *humus* naturale in sistemi economici nei quali il mercato è aperto alla concorrenza tra una molteplicità (o almeno una pluralità) di operatori. Una siffatta apertura richiede una cornice di regole e di istituzioni volte a garantire la *par condicio* tra gli operatori di mercato e il rispetto dei vincoli contrattuali, nonché le condizioni generali di stabilità atte a consentire il “calcolo economico”, al netto dei rischi fisiologici, e a promuovere gli investimenti. Questo processo è stato indotto nel nostro Paese, non tanto per spinte endogene, quanto piuttosto in seguito al recepimento di una serie di direttive europee di liberalizzazione emanate nell'ultimo scorcio del secolo scorso nei settori dei grandi servizi pubblici nazionali (energia, gas, comunicazioni elettroniche, poste, radio-televisione, ecc.).

* Ordinario di diritto amministrativo nella Sapienza Università di Roma.

¹ Cfr. A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 38 s. anche per la distinzione tra “*social regulation*”, nella quale la presenza diretta dello Stato e dei pubblici poteri trova una maggiore giustificazione, e “*economic regulation*”, che mira a correggere i cosiddetti fallimenti del mercato e alla quale specificamente si riferisce il modello dello Stato regolatore. La letteratura in tema è vastissima: cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 747; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 271 s.; F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati – Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, p. 201; M. CLARICH, *Autorità indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello*, Milano, 2005.

È stato così smantellato il sistema dei monopoli legali, consentiti con larghezza dall'art. 43 Cost., che per decenni aveva visto come protagoniste le aziende di Stato e gli enti pubblici economici nella veste di operatori unici lungo tutta la filiera dell'attività.

Nel contesto di un'economia tendenzialmente chiusa e dominata dall'impresa pubblica operante in condizioni di monopolio, la regolazione era del tutto inesistente, data la sostanziale coincidenza tra soggetto regolatore e impresa regolata, o embrionale. Le stesse direttive e gli atti di indirizzo impartiti dai ministeri di settore e gli strumenti convenzionali erano da considerare, secondo le ricostruzioni della dottrina dell'epoca, più che strumenti di regolazione per così dire *top-down*, come la formalizzazione di proposte elaborate nella sostanza dalle imprese destinatarie, date anche le asimmetrie informative sussistenti tra queste ultime e il ministero di settore².

Smantellati i monopoli legali, il tema della regolazione economica diventa cruciale. L'apertura dei mercati alla concorrenza moltiplica infatti le relazioni giuridiche da disciplinare. Infatti, la regolazione non è più circoscritta a un unico rapporto verticale tra impresa monopolista e ministero di settore, ma deve coprire una trama più ampia di rapporti verticali e orizzontali. I primi sono intrattenuti dalle imprese in concorrenza con il regolatore di settore, mentre i secondi intercorrono tra le imprese stesse (i contratti di interconnessione nel settore della telefonia mobile, l'accesso alle reti, ecc.). A ciò si aggiungono i rapporti orizzontali tra i regolatori nazionali (autorità di settore e autorità della concorrenza) e verticali tra questi ultimi e i regolatori europei (agenzie europee, Commissione) all'interno di un sistema reticolare sempre più fitto.

Alla regolazione economica spetta il compito di creare i presupposti generali affinché possa svilupparsi una concorrenza tra una pluralità di operatori in contesti caratterizzati da monopoli naturali (reti non duplicabili) e dalla necessità di perseguire in modo efficace la missione di servizio pubblico (qualità elevata, universalità, continuità, accessibilità, tutela dell'utente, ecc.).

Espunte le incrostazioni dirigistiche di una legislazione economica risalente molto spesso agli anni Trenta del secolo scorso, la regolazione si spoglia di ogni componente finalistica e di collegamento con obiettivi di politica industriale e di difesa dei "campioni nazionali", per assumere il carattere di una regolazione condizionale³. Essa è cioè limitata ad assicurare il *level playing field* tra gli operatori.

Là dove lo Stato mantiene anche il controllo societario di alcune imprese ritenute strategiche, sempre per garantire la parità concorrenziale, le funzioni dello Stato regolatore devono essere tenute separate, anche sul piano organizzativo, da quelle dello Stato gestore. Le imprese pubbliche sono chiamate a competere sul piano paritario, senza privilegi, con quelle private e sono sottoposte anch'esse alla normativa antitrust. Le deroghe a quest'ultima, giustificate dall'esigenza di perseguire finalità di interesse pubblico, devono superare un test di proporzionalità particolarmente rigoroso.

² F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977.

³ La distinzione tra regolazione finalistica e condizionale è emersa da tempo nella letteratura amministrativistica per segnalare il passaggio dal vecchio al nuovo modello di governo dell'economia per descrivere l'evoluzione cui è andata incontro la regolazione dei mercati. Cfr. S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 49 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova, 1993.

In un siffatto contesto anche la possibilità del ricorso agli aiuti di Stato (sussidi, sgravi fiscali, garanzie pubbliche, ecc.) viene fortemente circoscritta dai Trattati e gli Stati nazionali vengono sottoposti a un regime di monitoraggio e di autorizzazione da parte della Commissione europea.

Una trama così fitta di rapporti da regolare non può essere affidata direttamente al Parlamento che non sarebbe in grado di seguire l'evoluzione tecnologica e degli assetti di mercato e di porre una disciplina di dettaglio adeguata. Da qui la necessità per il Parlamento di limitarsi alle "macroregole" che lasciano ampi spazi alla normazione secondaria. Quest'ultima, però, non viene affidata al Governo, bensì ad apparati di nuova generazione come le autorità amministrative indipendenti, dotate di competenze tecniche e di professionalità elevate e che, in linea con la natura condizionale della regolazione, sono sottratte in larga misura agli indirizzi governativi e scollegate dal circuito politico-rappresentativo. In questo modo esse sono in grado di garantire stabilità di assetti normativi e promuovere investimenti di lungo periodo da parte degli operatori.

L'*accountability* delle autorità è garantita dalla sottoposizione dei loro atti a controlli giurisdizionali, dall'applicazione rigorosa del contraddittorio procedimentale, dal loro inserimento in reti europee di regolatori di settore che fanno capo ad agenzie europee che attraverso raccomandazioni e orientamenti guidano l'attività dei regolatori nazionali, che sono sottoposti anche a forme orizzontali di *peer review*⁴.

Le politiche di liberalizzazione sono state accompagnate da politiche di privatizzazione, sotto la spinta sia di orientamenti politici volti a ridurre la presenza diretta dello Stato come operatore di mercato sia di necessità di tipo finanziario di Stati, come l'Italia, con equilibri della finanza pubblica precari dovuti anche a livelli di indebitamento assai elevati. Ciò anche se il diritto europeo mantiene un atteggiamento di neutralità nei confronti della proprietà pubblica o privata delle imprese. Come si è già sottolineato, le *State owned enterprises*, da sottoporre di regola in tutto e per tutto al diritto comune (diritto societario), devono soltanto competere con quelle private sul piano di parità. Il criterio dell'operatore di mercato deve ispirare l'azione dello Stato ogni qual volta assume i panni dell'azionista o interviene con misure di sostegno a singole imprese o a settori di imprese potenzialmente in grado di distorcere la concorrenza⁵.

Lo Stato regolatore presuppone inoltre un'apertura dei mercati non soltanto a livello di singoli Stati e a livello europeo, ma anche a livello globale nel quale sono presenti altri regolatori come il WTO, il Fondo monetario internazionale, la Banca mondiale, ecc.

2. Stato regolatore, principi della democrazia liberale e populismo

In termini più generali, lo Stato regolatore presuppone, almeno implicitamente, un ordinamento costituzionale ispirato al modello della democrazia li-

⁴ Cfr. G. MAJONE, *Independence vs Accountability? Non-Majoritarian Institutions and Democracy in Europe*, EU Working Papers, 1994, p. 23 secondo il quale, se ben disegnato dal legislatore il modello delle autorità indipendenti consente di assicurare "che nessuno in particolare controlli un'agenzia indipendente, eppure che l'agenzia risulti comunque 'sotto controllo'".

⁵ OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition.

berale che, come noto, prevede l'esistenza di un sistema articolato di pesi e contrappesi volti a evitare la tirannia della maggioranza uscita vincitrice in una competizione elettorale⁶.

Mentre il principio democratico governa la fase ascendente della legittimazione dei poteri pubblici lungo l'asse corpo elettorale-Parlamento-Governo, il principio liberale delimita per così dire dall'alto, a presidio di possibili degenerazioni autoritarie (la cosiddetta tirannia della maggioranza), gli ambiti decisionali di quest'ultimo. Il principio liberale garantisce i diritti individuali e delle minoranze che altrimenti correrebbero il rischio di essere sopraffatte. Fin dall'epoca del costituzionalismo settecentesco e delle Costituzioni americana e francese, la separazione dei poteri, il sistema dei *check and balance* e gli altri presidi dello Stato di diritto (riserve di legge, principio di legalità, diritti fondamentali, ecc.) hanno rappresentato la matrice che ha segnato gli sviluppi dei principali paesi occidentali⁷.

L'equilibrio tra i due principi, che è scolpito anzitutto nelle Costituzioni e nel caso dell'Unione europea nei Trattati, è delicato e instabile. Le due possibili degenerazioni consistono, da un lato, nella democrazia illiberale, là dove, pur salvaguardando formalmente, il metodo della competizione elettorale, viene messo in discussione il ruolo dei contrappesi istituzionali (Corte costituzionale, magistratura, minoranze parlamentari, stampa indipendente, organizzazioni internazionali, ecc.); dall'altro nel liberalismo non democratico, là dove il complesso dei contrappesi istituzionali e dei vincoli esterni imposti agli Stati riduce progressivamente gli spazi di decisione e delle scelte rimesse in ultima analisi agli elettori e alla maggioranza parlamentare⁸. Con specifico riguardo al contesto europeo, nel quale si sta progressivamente affermando un regime sovranazionale privo di una base democratica e destinato a regolare il funzionamento degli Stati membri, si è parlato di "*democrazia addomesticata dai mercati*"⁹.

In questo quadro, le tendenze populiste e sovraniste emergenti in questa fase storica in Europa e negli Stati Uniti spostano inevitabilmente l'equilibrio verso il primo estremo, anche come reazione alla percezione da parte di un'ampia fascia di elettori dello strapotere acquisito da alcuni dei contrappesi, specie nell'ultima fase conseguente alla crisi economica e finanziaria più recente.

Su questi temi si è formata ormai un'ampia letteratura che tende a dimostrare come la crisi economica e finanziaria abbia avuto un ruolo di "catalizza-

⁶ Cfr. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017 che sottolinea l'importanza del sistema dei *check and balances* e dei contropoteri allo scopo di tenere la maggioranza sotto controllo. I modelli di democrazia sono almeno due e cioè quello non maggioritario o madisoniano che tende a limitare il potere in modo da prevenire il rischio della tirannia della maggioranza e quello maggioritario o populistico che tende a concentrare tutto il potere nelle mani della maggioranza e quindi a "*controllare tutto quello che la politica possa toccare*": cfr., nell'ambito dell'analisi del modello delle autorità indipendenti, A. LA SPINA-G. MAJONE (a cura di), *op. cit.*, p. 65.

⁷ Sull'importanza dello Stato di diritto e delle istituzioni della democrazia liberale ai fini dello sviluppo economico cfr. D. ACEMOGLU-J. ROBINSON, *Why nations fail. The origins of power, prosperity and poverty*, New York, 2012, p. 333; F. FUKUYAMA *The origin of political order*, New York, 2011, p. 245 s.

⁸ Y. MOUNK, *The people vs. democracy – Why our freedom is in danger and how to save it*, Cambridge, 2018 per un'acuta analisi della crisi della democrazia liberale in questa fase storica.

⁹ Cfr. W. STREECK, *Tempo guadagnato – La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, p. 138 e ciò "*mentre in passato erano i mercati a venire addomesticati dalla democrazia*".

tore” dei tanti motivi di insoddisfazione, da tempo latenti, nei confronti delle politiche liberistiche e degli effetti della globalizzazione soprattutto sulle fasce più deboli della popolazione¹⁰. Le reazioni in vari paesi hanno portato all’affermarsi di movimenti e partiti di matrice populista. Il populismo a sua volta contiene in sé una matrice illiberale che rimette in discussione i postulati del modello di Stato dominante nei paesi occidentali nella seconda parte del Ventesimo secolo.

In particolare, a differenza di altri movimenti e partiti politici che hanno dominato la scena negli ultimi decenni, il populismo nella versione più pura (ideal-tipica) avanza la pretesa di una rappresentanza diretta ed esclusiva del popolo, inteso come categoria astratta da porre al fianco di altre entità metafisiche (nazione, classe, ecc.) elaborate nelle varie fasi storiche dalle scienze sociali. Viene così meno il ruolo del governo come “governo di tutti” che è uno dei pilastri del costituzionalismo occidentale e in nome dell’appello ai “diritti della maggioranza” si fa largo il principio, teorizzato dal totalitarismo, della “*pars pro toto*” cioè “dell’esistenza di una parte (una sola) che può presumere, legalmente e di fatto, di rappresentare virtuosamente l’intero corpo sociale”¹¹.

Di conseguenza, una volta che si stabilisce che il “vero popolo” è necessariamente unico, viene rifiutato il pluralismo e con esso il confronto e il dibattito razionale tra visioni alternative dei bisogni e delle priorità di una determinata comunità politica. Solo i populistici rappresentano il popolo così concepito, al di là dei meccanismi elettorali della democrazia rappresentativa che peraltro dovrebbe essere sostituita, in tutto o in parte, con istituti di democrazia diretta anche con modalità oggi consentite dalle piattaforme telematiche.

Una venatura moralistica sta poi alla base dell’ostilità nei confronti delle élite politiche, economiche e tecnocratiche ritenute corrotte e lontane dal popolo e che impongono dall’alto politiche contrarie agli interessi di quest’ultimo. Le forze politiche contrapposte sono composte non da avversari nel gioco dell’alternanza democratica, ma da nemici da escludere da ogni forma di dialogo o confronto. Nei regimi liberal-democratici, invece, il conflitto e lo scontro, pur sempre presenti, non assumono “la forma di un “antagonismo” (lotta tra nemici), bensì la forma di un “agonismo” (lotta tra avversari)” la cui esistenza è percepita come legittima¹².

Lo stesso linguaggio usato nel dibattito pubblico è fatto per lo più di slogan e di tesi semplificate che riesce quasi impossibile confutare con ragionamenti fondati su argomentazioni razionali e su fatti accertati. Se prevalgono gli avversari nella competizione elettorale, quest’ultima è stata truccata (“*rigged*” nel linguaggio del presidente degli Stati Uniti, Donald Trump) o falsata da poteri occulti interni ed esterni (per esempio, la finanza internazionale). Il complottismo, il vittimismo e la ricerca di capri espiatori sono ingredienti tipici del populismo¹³.

Sul piano istituzionale, i contropoteri e i presidi anche costituzionali fondati

¹⁰ Cfr. L. MORLINO-F. RANIOLO, *Come la crisi economica cambia la democrazia*, Bologna, 2018 che si soffermano soprattutto sull’esperienza recente dei paesi del Sud Europa.

¹¹ Cfr. JAN-WERNER MULLER, *What is populism*, Filadelfia, 2016.

¹² Cfr. C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, Bari, 2018, p. 93.

¹³ Quanto all’esperienza europea negli Stati europei con finanze pubbliche non in equilibrio e che nella fase più critica della crisi del 2008 rischiavano di “morire di austerità”, i capri espiatori preferiti sono stati i mercati finanziari, le istituzioni europee e i governi creditori colpevoli di imporre troppa austerità: cfr. L. BINI SMAGHI, *Morire di austerità – Democrazie europee con le spalle al muro*, Bologna, 2013, pp. 128-129.

sul principio liberale sono visti come ostacoli a realizzare la volontà del popolo¹⁴. Il pluralismo interno ai nuovi partiti non è garantito e i dissidenti vengono generalmente espulsi o messi a tacere e il consenso interno viene assicurato da meccanismi di rilevazione delle preferenze sulla base di votazioni organizzate su piattaforme informatiche poco trasparenti. La stessa dialettica parlamentare si imbarbarisce e il ruolo dell'opposizione viene misconosciuto anche là dove la decisione richiede maggioranze qualificate. Le garanzie procedurali sia in sede giudiziaria sia in sede amministrativa sono mal tollerate.

3. Lo Stato regolatore nell'età del populismo

Se quelli sin qui descritti sono per sommi capi il modello dello Stato regolatore e i tratti essenziali del populismo, non deve stupire che in questa fase storica la regolazione indipendente e le autorità ad essa preposte incontrino un'opposizione crescente. Esse infatti fanno parte strutturalmente dei contrappesi istituzionali che si riconnettono al principio liberale.

In realtà, non si può ignorare che lo Stato regolatore ha fatto fatica ad affermarsi nella cultura politica e giuridica del nostro Paese, dominata per decenni da ideologie, delle quali sembrano intrise, in misura maggiore o minore, le forze politiche che sostengono il Governo, favorevoli all'intervento pubblico nelle forme più intrusive (pianificazione e programmazione, proprietà e gestione pubblica delle imprese, sussidi statali, concessioni e autorizzazioni discrezionali, ecc.)¹⁵. Segni di ripensamento si sono manifestati già nella fase ascendente del modello, per esempio, attraverso il trasferimento di alcune competenze inizialmente attribuite alle autorità di regolazione ai ministeri di settore.

La stessa crisi finanziaria ed economica scoppiata nel 2008 ha provocato crepe vistose all'edificio dello Stato regolatore con la messa a nudo di numerosi "fallimenti della regolazione". Sono state così messe in campo, allo scopo di prevenire effetti sistemici (il cosiddetto effetto domino), misure urgenti di sostegno a favore di istituzioni finanziarie sull'orlo del tracollo nella forma di ausili finanziari, ricapitalizzazioni, garanzie dirette o indirette degli Stati e altri tipi di intervento che non rientrano negli strumenti ordinari previsti da questo modello di Stato. In breve, lo Stato regolatore ha ceduto il passo allo Stato salvatore, con la sua "mano visibile" e pesante, specie nella primissima fase della crisi del 2008¹⁶.

Tuttavia, in una seconda fase, superato il momento più critico, lo Stato re-

¹⁴ Di recente è stato affermato, soprattutto con riguardo alle vicende dei paesi dell'Europa dell'Est, che "*what characterizes populists in power are their constant attempts to dismantle the system of checks and balances and to bring independent institutions like courts, central banks, media outlets, and civil society organizations under their control*": cfr. I. KRASTEV, *After Europe*, Filadelfia, 2017, p. 75.

¹⁵ Si è anche sostenuto che talvolta gli strumenti dello Stato regolatore sono stati utilizzati nei singoli Stati per finalità di politica industriale: cfr. M. THATCHER, *From old to new industrial policy via economic regulation*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2014, pp. 6-22.

¹⁶ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 1083 ss. Sul punto si vedano anche G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012; R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI-R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011, p. 138 ss.

golatore ha ripreso e potenziato il suo ruolo¹⁷. Ha esteso per esempio il suo raggio di azione alle agenzie di *rating*, rendendo più articolate e stringenti le regole soprattutto nel settore finanziario con l'obiettivo di ridurre i rischi sistemici e garantire maggior trasparenza. A livello europeo, è stato avviato il processo dell'Unione bancaria con il rafforzamento della regolazione di matrice europea e l'attribuzione di nuovi poteri di regolazione e di intervento agli apparati europei (alla Banca centrale europea, per quanto riguarda la vigilanza, al *Resolution Board* per quanto riguarda la risoluzione delle crisi bancarie)¹⁸.

Questo processo ha comportato inevitabilmente una perdita di peso dei regolatori nazionali. Inoltre, ed è questo il fattore rilevante per misurare la crisi dello Stato regolatore, la percezione diffusa è che la regolazione venga elaborata in contesti tecnocratici sempre più disancorati dal circuito politico rappresentativo e calata, per così dire, dall'alto¹⁹.

Più in generale, gli spazi di manovra nei quali possono muoversi gli Stati europei sono stati ridotti in seguito all'introduzione di una disciplina del bilancio più rigorosa, fondata su limiti all'indebitamento e su altri parametri rigidi (il cosiddetto *Fiscal Compact*)²⁰. Gli interventi della Commissione europea e di altri organismi internazionali (la cosiddetta *Troika*) nei confronti degli Stati membri che hanno imposto misure di austerità e riforme strutturali non previste dall'agenda politica nazionale sono stati vissuti come interferenze nella sovranità proprio in una fase nella quale, anche per altri fattori (la pressione migratoria, gli effetti della globalizzazione economica, il terrorismo di matrice islamica, ecc.), gli Stati nazionali tendono a chiudersi maggiormente in sé stessi.

La perdita di sovranità conseguente all'insieme dei vincoli europei, in alcuni Stati nazionali ha generato la sensazione di un trasferimento del potere reale dal cittadino elettore a un'*élite* tecnocratica poco sensibile alle esigenze delle fasce della popolazione più colpite dalla crisi economica e che hanno visto peggiorare il proprio tenore di vita, accrescere le diseguaglianze e svanire le attese di un miglioramento. Negli Stati maggiormente colpiti dalla crisi è stato imposto un "*processo decisionale non-maggioritario (...) distaccato dalla responsabilità (di breve termine) verso i cittadini*" che ha imposto misure di auste-

¹⁷ Cfr. M. CLARICH, *La "mano visibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 2015 ove si è sostenuta la tesi, più ottimistica di quella qui espressa (come emerge già dal titolo di questo saggio) alla luce dell'evoluzione in questa fase, secondo la quale, in conseguenza dei numerosi interventi intervenuti dopo la crisi del 2008, "*lo Stato regolatore, pur soggetto a un ripensamento anche nei suoi presupposti teorici, non sembra giunto al tramonto, almeno nel mondo occidentale, anche se la sicumera di molti suoi adepti si è incrinata*".

¹⁸ Cfr. M. CHITI-V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016; E. BARUCCI-M. MESSORI (eds.), *Towards The European Banking Union*, Florence, 2014; E. CHITI-G. VESPERINI (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues. Perspectives*, Bologna, 2015; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 975 ss.

¹⁹ Secondo Y. MOUNK, *op. cit.*, p. 60 i cambiamenti intervenuti dopo la seconda guerra mondiale e la complessità delle sfide regolatorie dovute allo sviluppo tecnologico e al processo economico hanno determinato "*a shift of power away from national parliaments. To deal with the need of regulation in highly technical fields, bureaucratic agencies staffed with subject-matter experts began to take on a quasi-legislative role (...) This loss of power for the peoples's representatives is not a result of elite conspiracy. On the contrary, it has occurred gradually, and often imperceptibly, in response to real policy challenges. But the cumulative result has been a creeping erosion of democracy*".

²⁰ Ci si riferisce al Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012, al di fuori dei Trattati europei, da venticinque Stati membri.

rità (riforme, fiscali di bilancio, del lavoro) “*decise da attori esterni e implementate da attori interni*”. La democrazia si è snaturata, almeno in parte, in una “democrazia senza scelta”²¹. Del resto, a livello più generale di analisi dei processi di globalizzazione, è stato messo in evidenza il paradosso secondo il quale sovranità nazionale, democrazia e globalizzazione non possono essere compiutamente realizzate in contemporanea²².

Tutto ciò in un contesto nel quale ingenti risorse pubbliche sono state destinate per il sostegno di istituzioni finanziarie in crisi (anch’esse considerate come componenti dell’*élite*), salvate sacrificando anche i piccoli risparmiatori che hanno visto azzerare il valore dei propri titoli azionari e obbligazionari (cosiddetto *bail-in*). Lo stesso divaricarsi della forbice reddituale tra una cerchia ristretta di *high earners* e la grande massa della popolazione, che si è sentita minacciata nel proprio *status* anche dalla massa crescente degli immigrati, ha accresciuto il senso di frustrazione.

4. Il “contratto di governo” e la fase iniziale della legislatura

Alla luce di quanto sin qui esposto, non deve pertanto stupire il fatto che siano emersi negli anni più recenti movimenti populistici e sovranisti, non solo in Europa, capaci di raccogliere gli umori profondi dell’elettorato. Nel nostro Paese, in seguito alle elezioni politiche del 2018 che hanno visto prevalere la Lega e il Movimento Cinque Stelle, si è giunti alla formazione tra le due forze politiche di un “governo del cambiamento” che si propone di riportare al centro dei processi decisionali, come reazione agli eccessi di quello che è stato definito in precedenza come liberalismo non democratico, il popolo sovrano contrapposto alle *élite* nazionali ed europee.

Basta scorrere l’inedito contratto di governo tra le due forze politiche che lo sostengono per rendersi conto come i presupposti dello Stato regolatore vengono messi in discussione. Anche se manca nel contratto un capitolo organico in materia economica e anche se i contenuti sono in molti punti assai generici, qualche indizio emerge qua e là nei trenta paragrafi nei quali esso è articolato.

In materia di servizi pubblici, viene espressa l’opzione netta per un “*servizio idrico integrato di natura pubblica*” in linea con gli indirizzi espressi nel referendum del 2011 (par. 2).

Viene proposta l’istituzione di una banca per gli investimenti, lo sviluppo dell’economia e delle imprese italiane regolata da una legge che preveda una garanzia diretta ed esplicita dello Stato. La nuova banca dovrà operare sotto la supervisione di un organismo di controllo pubblico con la presenza dei ministeri economici come “*cabina di regia sulla gestione degli strumenti*”

²¹ Cfr. L. MORLINO-R. RANIOLO, *op. cit.*, pp. 183-184. Per la tesi secondo la quale i vincoli esterni di derivazione europea non costituiscono “*non un limite alla democrazia, bensì un suo arricchimento*” atteso che in questo modo i governi nazionali finiscono per rispondere non solo ai propri elettorati ma anche ad altri popoli e governi europei con i quali i singoli governi nazionali hanno stabilito di unirsi in un “condominio”. cfr. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., p. 87.

²² Le opzioni possibili sono solo, alternativamente, restringere la democrazia per guadagnare competitività nei mercati internazionali, limitare la globalizzazione per preservare la legittimazione democratica a livello nazionale, globalizzare la democrazia sacrificando la sovranità nazionale: cfr. D. RODRIK, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York, 2012.

di politica industriale e del credito e dell'innovazione" (par. 5).

Con riferimento alla crisi di Alitalia, viene previsto un rilancio nell'ambito di un piano strategico nazionale dei trasporti *"che non può prescindere da un vettore nazionale competitivo"* (par. 27).

Nei rapporti con l'Unione europea si ritiene necessario rivedere l'impianto della *governance* economica oggi *"basato sul predominio del mercato rispetto alla più vasta dimensione economica e sociale"*.

Viene assunto anche un impegno a superare *"gli effetti pregiudizievoli per gli interessi nazionali derivanti dalla direttiva Bolkenstein"* (par. 29). Quest'ultimo riferimento allude soprattutto all'annosa questione delle concessioni demaniali per gli stabilimenti balneari e alla necessità imposta dal diritto europeo che esse vengano assentite in base a procedure competitive, una prospettiva quest'ultima osteggiata dai partiti che sostengono il nuovo Governo.

Questi passaggi sintetici del contratto di governo fanno intravedere un'impostazione ispirata al recupero di un ruolo più pregnante dei poteri pubblici nell'economia che sembra porsi in contraddizione con i presupposti dello Stato regolatore.

Ma al di là di questo documento di incerta natura giuridica, che media tra i programmi elettorali delle due forze politiche presentatesi come antagoniste nel corso della campagna elettorale e che ora sostengono il nuovo Governo, il cambio di impostazione emerge da alcune azioni poste in essere nei primi mesi della nuova legislatura e dalle esternazioni pubbliche dei ministri responsabili.

Vanno richiamate anzitutto alcune prese di posizione che mettono in discussione il ruolo delle autorità indipendenti.

La vicenda principale è costituita dalla manovra finanziaria proposta dal nuovo esecutivo, che ha al suo centro il cosiddetto reddito di cittadinanza, la revisione della cosiddetta legge Fornero in materia di pensioni e la *flat tax*, misure varate nell'obiettivo di rilanciare la crescita economica, ma che mettono a rischio gli equilibri della finanza pubblica e violano le regole europee dettate dal *Fiscal Compact*.

Le autorità nazionali competenti in materia hanno messo in luce aspetti critici della manovra fin dalla fase iniziale, prima ancora che su di essa pervenissero i rilievi da parte dell'Unione europea.

Infatti, da un lato, l'Ufficio parlamentare di bilancio non ha validato le previsioni per il 2019 contenute nella nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza (DEF) pubblicata il 4 ottobre 2018 che rendono eccessivamente ottimistica la previsione di crescita sia del PIL reale (1,5%) sia di quello nominale (3,1% nel 2019). Lo scenario programmatico delineato nella nota di aggiornamento *"comporta una deviazione significativa della regola sul saldo strutturale sia in termini annuali sia in media su due anni"*, come dichiarato dal presidente dell'Ufficio, Giuseppe Pisauro, in audizione davanti alle commissioni bilancio riunite di Camera e Senato il 9 ottobre 2018.

Dall'altro lato, il vice direttore generale della Banca d'Italia, Federico Signorini, sempre in sede di audizione in parlamento sulla nota di aggiornamento del DEF, ha dichiarato che *"l'aumento dei trasferimenti correnti per il reddito di cittadinanza e pensioni e gli sgravi fiscali tendono ad avere effetti congiunturali modesti e gradualmente nel tempo"* e ha stimato *"che il moltiplicatore del reddito associato a questi interventi sia contenuto"*. Quanto al sistema pensionistico, ove si voglia introdurre maggiore flessibilità circa l'età del pensionamento, come proposto dal Governo, *"è necessario garantire l'equivalenza attuariale dei trattamenti previsti se si intende preservare la sostenibilità a lungo termine del"*

sistema pensionistico, oggi un fondamentale elemento di forza delle finanze pubbliche italiane”.

Con riguardo alla manovra in materia di pensioni, la stessa Corte di conti, e per essa il presidente Angelo Buscema, ha sottolineato che *“un indebolimento delle riforme che hanno contribuito ad una maggiore sostenibilità del nostro sistema non può non destare preoccupazione”.*

Le reazioni in sede governativa nei confronti di queste prese di posizione sono state negative.

Per un verso infatti i rilievi formulati dall’Ufficio parlamentare del bilancio (come anche quelli della Corte dei conti) sono rimasti senza seguito poiché il Governo non ha apportato alcuna modifica alla nota di aggiornamento inviata alla Commissione europea.

Si tratta di un fatto rilevante in special modo per quanto riguarda i rapporti con l’Ufficio parlamentare del bilancio che, com’è noto, è un organismo indipendente istituito in attuazione delle normative europee sulla nuova *governance* economica con legge rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243. Esso è investito del compito di svolgere analisi e verifiche sulle previsioni economiche e di finanza pubblica del Governo e di valutare il rispetto delle regole di bilancio nazionali ed europee (artt. 16 ss.). In adempimento della sua missione l’Ufficio fin dall’inizio ha svolto una funzione di “contraltare” alle manovre proposte dai Governi in carica, esprimendo in particolare un giudizio negativo anche nei confronti della nota di aggiornamento presentata dal Governo presieduto da Matteo Renzi, che però aveva introdotto alcune modifiche alla manovra.

Poco rispettose del ruolo dell’Ufficio, che, secondo la legge opera, alla stregua delle altre autorità indipendenti, *“in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”* (art. 1, comma 2), sono state talune esternazioni da parte di esponenti della maggioranza parlamentare secondo i quali il parere negativo dell’Ufficio appariva privo di fondamento scientifico e di profilo puramente politico e ciò anche perché i tre componenti dell’Ufficio furono nominati dal Governo presieduto da Matteo Renzi e, come tali, rispondono in qualche modo alla maggioranza parlamentare relativa alla precedente legislatura. In realtà, le modalità di nomina dei componenti dell’Ufficio riprendono il modello di altre autorità indipendenti caratterizzato dal fatto che la nomina avviene con modalità che presuppongono un consenso più ampio della maggioranza parlamentare che sostiene il Governo²³.

Quanto alle preoccupazioni espresse della Banca d’Italia nei confronti delle proposte in materia di pensioni in termini di sostenibilità finanziaria, il vice presidente del Consiglio, Luigi Di Maio, ha censurato la presa di posizione in base all’argomento che la Banca d’Italia non si è presentata alle elezioni.

Per quanto non prive di efficacia comunicativa nei confronti di una parte consistente dell’elettorato, reazioni di questo genere, qui riportate solo a campione, denotano una cultura istituzionale carente. Sia l’Ufficio parlamentare di bilancio sia, a maggior ragione, la Banca d’Italia, anche in quanto componente del Sistema Europeo delle Banche Centrali, hanno il ruolo specifico di fungere da contrappeso ai governi in carica e alle maggioranze parlamentari, nell’interesse generale di lungo periodo della comunità. La loro legittimazione deriva

²³ In base all’art. 16, comma 2, infatti i tre membri sono nominati, tra persone di riconosciuta indipendenza e comprovata competenza ed esperienza in materia di economica e di finanza pubblica a livello nazionale e internazionale, d’intesa dai presidenti del Senato e della Camera dei deputati nell’ambito di un elenco di dieci soggetti indicati dalle Commissioni parlamentari competenti in materia di finanza pubblica a maggioranza di due terzi dei rispettivi componenti.

direttamente dai Trattati europei e dalla Costituzione e non può passare, per definizione, da un'investitura per così dire dal basso.

Più in generale anche lo scontro frontale con la Commissione europea, che ha contestato la manovra finanziaria in quanto adottata in grave violazione delle regole e dei parametri europei liberamente accettati anche dallo Stato italiano, ha una duplice connotazione: da un lato, manifesta una scarsa considerazione degli impegni assunti in sede europea a partire dall'approvazione del Trattato sul *Fiscal Compact*; dall'altro fa trasparire l'insofferenza nei confronti di un altro attore neutrale nel gioco dei pesi e contrappesi qual è appunto la Commissione europea che, lungi da perseguire politiche proprie, assolve al ruolo di "guardiano dei Trattati" nell'interesse dell'intera Unione europea.

Sempre in tema di autorità indipendenti e di contropoteri tecnici vanno segnalati anche altri episodi.

Si pensi, per esempio, alla delegittimazione, spintasi fino alla richiesta di dimissioni, del presidente dell'INPS, Tito Boeri, che sulla base di computi tecnici aveva manifestato dubbi in sede di audizione parlamentare sulla sostenibilità finanziaria nel lungo periodo della riforma pensionistica proposta dal Governo.

Si pensi ancora alla contestazione del ruolo dei vertici burocratici del Ministero dell'Economia (Ragioniere generale dello Stato, Direttore generale, Capo di gabinetto), accusati di ostacolare la manovra economica e finanziaria impostata dal Governo e alla richiesta di una loro sostituzione con dirigenti più fedeli. Si pensi infine alla revoca dall'incarico del presidente dell'Agenzia spaziale italiana (Marco Bussetti, uno dei più illustri astrofisici italiani) da parte del Ministro dell'Università e della Ricerca e le conseguenti dimissioni di quattro dei cinque membri del comitato di selezione, organismo composto da scienziati italiani e internazionali e da esperti in alta amministrazione, al quale spetta l'individuazione, sulla base di un avviso pubblico, di rose di candidati alla carica di presidente e di consigliere di amministrazione degli enti di ricerca. Come precisato nella lettera di dimissioni, la decisione è stata presa a tutela del "*principio costituzionale di autonomia della ricerca*"²⁴.

In realtà, i *civil servants*, che secondo l'art. 98 della Costituzione sono, al pari di tutti i dipendenti pubblici, al servizio esclusivo della Nazione (e non già di una parte politica), da un lato sono tenuti al rispetto delle direttive politiche del Governo; dall'altro lato, per essere fedeli alla loro missione, hanno il dovere di rappresentare la non praticabilità di certe scelte o gli effetti negativi delle medesime sull'equilibrio dei conti e sulla sostenibilità nel lungo periodo della spesa pubblica e dell'indebitamento.

Emblematica è anche la vicenda delle dimissioni nel settembre 2018 del presidente della Consob, Mario Nava, a pochi mesi dall'assunzione delle funzioni (aprile 2018) a valle della designazione da parte del precedente Governo allo scadere della legislatura. Il tema del contendere, oggetto anche di interrogazioni parlamentari, riguardava la legittimità della nomina di un dirigente della Commissione europea in posizione di comando autorizzato dall'amministrazione di appartenenza al fine di poter assumere le funzioni di presidente della Consob. Ciò alla luce della normativa italiana secondo la quale, invece, un dipendente statale o di un ente pubblico allo stato giuridico nominato a componente della Consob va collocato d'ufficio in aspettativa (art. 1, comma 5, della legge n. 216/1974). Sulle analogie e differenze tra comando, disciplinato dalle norme sullo stato giuridico dei funzionari europei, e aspettativa, disciplinata

²⁴ Cfr. art. 11 del d.lgs. 31 dicembre 2009, n. 213.

dalla normativa nazionale, si può discettare a lungo.

Certo è che la nomina del nuovo presidente aveva superato le verifiche di legittimità esterne e interne alla Consob nell'ambito del procedimento di nomina previsto dalla legge (Corte dei conti, Presidenza della Repubblica, verifica dei requisiti all'atto dell'insediamento). Averla rimessa in discussione, fino a provocare le dimissioni di un tecnico pienamente titolato a svolgere con autorevolezza ed efficacia il compito, costituisce uno strappo vistoso rispetto alle prassi precedenti.

Infatti, insieme ad altre iniziative, come la rivalutazione di decisioni in tema di progetti infrastrutturali e industriali (TAV, TAP, cessione dell'ILVA, ecc.) approvati dal precedente Governo, fa intravedere un orientamento volto a negare *“il principio, fondamentale nell'organizzazione della politica moderna, della “continuità dello Stato” e ciò in base a un atteggiamento secondo cui “tutto ciò che è stato fatto dai governi che hanno preceduto quello attuale sia opera di nemici e che dunque esso non vincoli in alcuna maniera l'esecutivo in carica”*²⁵.

Un altro tema riguarda le nomine dei vertici scaduti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Istat, oltre che quella del nuovo presidente della Consob. Il lungo tempo di *vacatio* trascorso e i nomi di possibili designati, apparsi sulla stampa, alcuni inadatti al ruolo, vuoi per scarsa competenza ed esperienza, vuoi per ragioni di affiliazione partitica, costituiscono altrettanti sintomi di una scarsa attenzione nei confronti di istituzioni fondamentali nel panorama di pubblici poteri. È evidente infatti, quanto alle tempistiche, che nelle more delle nomine dei vertici esse si limitano per lo più all'ordinaria amministrazione rendendo meno incisiva la loro azione nei confronti delle imprese e dei mercati. Quanto alle qualifiche professionali e di indipendenza, per quanto si debba riconoscere che anche in passato sono state compiute scelte piuttosto discutibili e poco rispettose delle esigenze delle istituzioni coinvolte²⁶, sarebbe auspicabile risalire piuttosto che scendere la china.

In un contesto di delegittimazione dei poteri neutrali, persino il ruolo della magistratura è stato contestato, sempre in base all'idea della primazia del popolo sovrano e del Governo che lo rappresenta anche nei confronti di magistrati non eletti. L'argomento dell'assenza di una investitura elettiva è stato utilizzato dal Ministro dell'Interno, Matteo Salvini, in relazione a una comunicazione formale di avvio di indagini penali nei suoi confronti secondo la procedura speciale delineata per i reati compiuti dai ministri dalla legge costituzionale n. 1 del 1999 attuativa dell'art. 96 della Costituzione, ricevuta dalla procura di Palermo sul caso del “sequestro” dei migranti trattenuti per alcuni giorni a bordo della nave Diciotti in condizioni igienico sanitarie precarie e in apparente violazione delle norme nazionali e internazionali.

Al di là delle vicende riguardanti specificamente le autorità indipendenti (e degli altri contropoteri neutri), lo stesso Stato regolatore, delle quali esse sono in qualche modo l'emblema, sembra essere rimesso in discussione nelle sue fondamenta attraverso il recupero del modello dello Stato interventista nelle sue varie dimensioni.

Si pensi al coinvolgimento delle cosiddette aziende di Stato in operazioni di

²⁵ Cfr. P. POMBENI, *op. cit.*, p. 785.

²⁶ Per esempio, con riguardo alle nomine dei componenti dell'Autorità garante della concorrenza del mercato, è stata criticata la presenza nel collegio di soli giuristi: cfr. A. MACCHIATI, *Un'autorità per giuristi?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2016, p. 359 ss.

politica industriale come in particolare il rilancio di Alitalia attraverso l'intervento delle Ferrovie dello Stato, oppure alla convocazione da parte della presidenza del Consiglio dei ministri dei vertici delle società partecipate dallo Stato (incluse quelle quotate) per un confronto in ordine alla politica di assunzioni del personale conseguente all'anticipazione dell'età pensionabile proposta dal governo. La stessa Cassa Depositi e Prestiti viene chiamata in causa ripetutamente come possibile *partner* in operazioni industriali.

Si pensi ancora alla cessione da parte di Fiat Chrysler Automobiles (FCA) di Magneti Marelli, società *leader* nel settore della componentistica per autoveicoli, a un gruppo giapponese (Calsonic Kansei) controllato da un fondo americano e alle reazioni in sede politica volte a reclamare un potenziamento dello strumento della *golden share* allo scopo di proteggere maggiormente l'industria nazionale.

Anche la riforma Madia sulle società a partecipazione pubblica, pur salvaguardata nel suo impianto generale, corre il rischio di subire rallentamenti e attenuazione nella fase attuativa di riordino e di messa in liquidazione soprattutto delle società partecipate dagli enti locali²⁷.

In materia di servizio idrico, in attuazione delle indicazioni già menzionate contenute del contratto di governo, parlamentari della maggioranza hanno presentato un progetto di legge volto a una ripubblicizzazione pressoché integrale del settore, prevedendo come forme di gestione soltanto l'azienda speciale o la società a partecipazione totale pubblica, istituendo un fondo nazionale per la pubblicizzazione, escludendo la finalità lucrativa delle gestioni²⁸.

Questi e altri sintomi potrebbero far ritenere che siamo in presenza di quelle che gli scienziati sociali definiscono come "giunture critiche", cioè periodi di tempo relativamente brevi nei quali si realizzano modifiche rilevanti delle regole e delle procedure²⁹.

5. Conclusioni

La parabola dello Stato regolatore sembrerebbe dunque essere ormai nella fase discendente, peraltro non solo nel nostro paese. Una risalita nella curva non è da escludere, ma molto dipenderà dalla durata dell'attuale ciclo politico e istituzionale sulla quale sarebbe azzardato formulare previsioni. Decisiva sarà anche la questione se i difensori dei principi della democrazia liberale e dell'economia di mercato sapranno liberarsi da alcuni dogmi, correggendo gli errori commessi nei decenni passati e offrendo risposte adeguate alle ansie e alle preoccupazioni di ampi strati della popolazione³⁰.

Dopo la crisi del 2008 si sono levate voci critiche nei confronti degli eccessi

²⁷ Una disposizione del Disegno di legge di bilancio 2019 autorizza le amministrazioni pubbliche a non dismettere le proprie partecipazioni societarie che non rispettano i parametri del d.lgs. n. 175/2016 nel caso in cui la società abbia conseguito un risultato medio in utile nei tre anni precedenti sospendendo l'applicazione della legge Madia in questa parte fino al 31 dicembre 2021.

²⁸ Cfr. Proposta di legge n. 52 presentata alla Camera dei Deputati, in Atti parlamentari, XVIII legislatura.

²⁹ Per l'impiego di questa terminologia con riferimento alla crisi del 2008 cfr. L. MORLINO-F. RANIOLO, *op. cit.*, p. 12.

³⁰ Per alcuni possibili rimedi cfr. Y. MOUNK, *op. cit.*, p. 184 ss.

del liberismo economico, del livello crescente della diseguaglianza³¹ e dei rischi derivanti dalla globalizzazione³². Si è anche rivalutato il ruolo dello Stato come di creatore di “valore pubblico” (“*public value*”) promuovendo l’innovazione, prima ancora che produttore, secondo la teoria dei fallimenti del mercato, di “beni pubblici” (“*public goods*”)³³.

Il recupero del ruolo dello Stato regolatore andrebbe inserito dunque in una strategia più ampia che guardi in un modo più unitario la “*economic regulation*” e la “*social regulation*”³⁴.

Le vicende più recenti, che in Europa riguardano anche altri paesi come la Polonia e l’Ungheria nei quali le garanzie dello Stato di diritto sembrano vengono indebolite, confermano comunque la tesi secondo la quale i tasselli istituzionali che compongono il quadro di riferimento delle democrazie liberali, nel quale si iscrive anche l’esperienza relativamente recente dello Stato regolatore, sono difficili da comporre e da mettere a sistema, mentre è assai facile scompagnarli e disperderli.

³¹ Cfr. B. MILANOVIC, *Global inequality. A new approach for the age of globalization*, Cambridge, 2016, p. 192 ss. secondo il quale nel mondo occidentale la globalizzazione ha portato alla crescita delle diseguaglianze e alla crisi delle classi medie e ciò può portare, come reazione, a un’involuzione della democrazia in “*plutocracy*” (Stati Uniti) o all’affermarsi del populismo o nativismo (specie in Europa).

³² Cfr. per esempio D. RODRIK, *op. cit.*, secondo il quale con riferimento agli eccessi della globalizzazione “*our challenge today is to render the existing openness sustainable and consistent with broader social goals*” (p. 253).

³³ Cfr., da ultimo, M. MAZZUCCATO, *The value of everything. Making and taking in the global economy*, Londra, 2018, p. 265.

³⁴ La *social regulation* ha come obiettivo quello di correggere una serie di effetti collaterali o esternalità delle attività economiche in campi quali la salute, l’ambiente, la sicurezza dei lavoratori e gli interessi dei consumatori e di attuare politiche redistributive volte a contrastare eccessi di diseguaglianza e a fornire i cosiddetti beni meritori (istruzione, abitazioni a prezzo politico per i poveri, ecc.). Cfr. già A. LA SPINA-G. MAJONE, *op. cit.*, p. 38 ss., anche per l’osservazione secondo la quale, se è vero che il movimento della *deregulation* nasce dall’insoddisfazione verso la *economic regulation*, “*le ragioni della regolazione sociale, invece non ne sono state sensibilmente indebolite, e hanno anzi conosciuto addirittura un rafforzamento*”.



SAGGI

Certificazione dei prodotti agroalimentari e globalizzazione, tra concorrenza e tutela*

di **Ferdinando Albisinni**

ABSTRACT

Certification and control of food products are topics of great relevance within the growing dimension of Global Food Trade. The paper analyses the main regulatory models adopted by EU during the years to guarantee safety and quality of food products. In European continental countries marked by the adoption of an administrative law system, certainty has been considered for a long time a typical public good, a result of the activity of public administration offering formal guarantees of facts, which have been publicly ascertained. In common law countries, and first of all in the United Kingdom of Great Britain, the early experience of global economic activities performed overseas supported the growth of systems of private certification, whose task was that to guarantee the conformity to standard. In the European Union, with reference to food products, for a certain number of years control, certification, and guarantee of safety and quality have been ruled in each MS on the basis of different regulatory models, procedures and subjects, only partially harmonized. In the new century, after the adoption of the unitary and systemic model of EU Food Law with the approval of Regulation (EC) No 178/2002, in 2004 four Regulations known as the “Hygiene Package” replaced the previous directives and adopted uniform rules and procedures to appoint public and private bodies, entrusted with the task to guarantee conformity of food products to standards of food safety. For some years, those rules remained a corpus of law distinct and separated from rules aimed to guarantee the quality of food products. At the end of the first decade of the new century, the model of control and certification of food safety introduced by the “Hygiene Package” has been progressively adopted in the area of food quality, starting with PDO and PGI products, organic products, and quality wines. The two systems of food control and certification, for safety and for quality, proceeded along similar lines, but maintained their distinction and their autonomy. Recently the new Regulation (EU) 2017/625 totally modified this approach, unifying all control and certification systems of food products within a unitary corpus of law. The new Regulation is marked by the adoption of “complexity” and “globalization” as identifying elements: a) “complexity”, assuming as integrated unitary object “food safety, integrity and wholesomeness”, unifying the certification rules previously separated, and extending its area of application to any activity dealing with agriculture and environment, even if not addressed to the food chain; b) “globalization”, unifying activity and responsibility of public and private actors, within and outside the EU, introducing a new unified Data Base of precedents of operators and a shared rating. The paper analyses opportunities and risks arising from this very new approach, underlying the present lack of effective judicial tools capable to interreact with the multiplicity of national, European and international actors operating within this area. The suggested conclusion is that the innovative approach adopted by the new Regulation results in opportu-

* È il testo, con modifiche e integrazioni, della relazione di apertura della Giornata di studio presso l'Accademia dei Georgofili di Firenze su “Certificazione e controlli nel mercato globale: costo od opportunità per le imprese alimentari?”.

nities for operators and consumers in the global market, but in the same time implies costs, not only in terms of financial costs for the certification process, but above all for unresolved emerging uncertainties in regulation and in communication within global markets.

SOMMARIO: 1. Il tema. – 2. Certezze e sicurezze come bene giuridico, e protagonisti pubblici e privati della sicurezza. – 3. Le responsabilità nel Regolamento n. 178/2002. – 4. Il Pacchetto igiene. – 5. La certificazione delle DOP e IGP e la progressiva estensione dei sistemi di controllo. – 6. Responsabilità ed *accountability* dei protagonisti delle sicurezze e delle certezze. – 7. Il Regolamento (CE) n. 765/2008. – 8. Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, certificazione e globalizzazione.

1. Il tema

Certificazione e controlli dei prodotti agroalimentari nel mercato globale è formula di sintesi, che individua il perimetro al cui interno si collocano i temi qui discussi.

In particolare il *mercato globale*¹ è insieme la *matrice* del sistema di certificazione e controlli quale oggi lo conosciamo, la sua *ragion d'essere*, e l'*area* (insieme tematica e territoriale) nella quale operano gli odierni sistemi di certificazione e controllo.

Quanto alla *globalizzazione* come *matrice* del sistema, è noto che le società di certificazione sono nate in non occasionale sintonia con l'espansione dell'Impero Inglese.

L'avventura della Compagnia Britannica delle Indie Occidentali sin dal XVII secolo², e delle successive Compagnie commerciali con base in Europa destinate ad operare in mercati assai remoti, pose con urgenza il problema della garanzia per la moltitudine di risparmiatori che affidavano i loro risparmi a tali compagnie.

Da qui gli organismi di revisione e certificazione che, muniti di specifiche conoscenze e competenze, analizzavano l'operato di queste grandi Compagnie commerciali, per loro stessa natura operanti su mercati globali ben lontani da quelli domestici, ed attribuivano (o negavano) certe qualità in esito alle loro analisi.

D'altro canto, queste Compagnie, che in larga misura hanno anticipato la *globalizzazione* che ha segnato il passaggio fra il XX ed il XXI secolo, si assoggettavano alle certificazioni perché queste costituivano strumento irrinunciabile per acquisire la fiducia degli investitori.

La vicenda si è ripetuta con presupposti e caratteristiche comparabili, pur se con oggetto ed elementi diversi, in sede europea. Il presupposto era il medesimo: l'apertura di mercati ben più ampi di quelli tradizionali, in questo caso il *mercato unico europeo*, nel quale dovevano circolare rapidamente merci provenienti da una molteplicità di paesi, con tradizioni, abitudini di consumo, strutture produttive e di controllo assai diverse³.

¹ Sulla dimensione del potere nello spazio giuridico globale, v. di recente, anche per ampi riferimenti, le analisi di L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, 2018.

² Come è noto, la Compagnia delle Indie il 31 dicembre 1600 ricevette dalla Regina Elisabetta I una patente reale per il commercio nell'Oceano Indiano.

³ Per un'ampia indagine in argomento v. A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze priva-*

Con specifico riferimento alla qualità dei prodotti alimentari con indicazione geografica, il Regolamento (CEE) n. 2081/92⁴, non casualmente coevo al Trattato di Maastricht, con l'introduzione nel mercato unico del modello dei prodotti DOP e IGP quali prodotti con caratteristiche specifiche e conformi ad un disciplinare dichiarato ex ante, ha previsto il ricorso ad organismi di certificazione come strumenti di controllo e garanzia della conformità ai disciplinari, a tutela del corretto funzionamento della *concorrenza* nel *mercato interno* fra prodotti tra loro comparabili e come tali in competizione, nell'interesse sia dei produttori che dei consumatori.

In questa prospettiva, oggetto di attenzione del legislatore europeo erano i due profili, distinti ma strettamente interagenti, della tutela dell'*identità* come elemento di leale concorrenza, e della *trasparenza* nell'informazione ai consumatori ai fini della consapevolezza delle scelte di acquisto.

Giova sottolineare che la base giuridica dichiarata del Regolamento del 1992 in tema di DOP e IGP è la *Politica Agricola Comune*, art. 43 del TCEE⁵, e così quella peculiare politica europea che, nell'enunciare le proprie finalità (rimaste immutate dal 1957 ad oggi – come è noto)⁶, espressamente pone in relazione gli interessi dei produttori⁷ e quelli dei consumatori⁸.

Il regolamento si apre con alcuni considerando, che sottolineano l'importanza della diversificazione dell'offerta ed insieme – in una relazione non occasionale – la necessità di "*informazioni chiare e sintetiche che forniscano esattamente l'origine del prodotto*", quali strumenti intesi a consentire al consumatore di operare "*una scelta ottimale*"⁹, individuando la *fiducia* come essenziale elemento nella dinamica che lega produzione e mercato¹⁰.

te". *Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, la quale sottolinea (a p. 89) che "lo sviluppo delle certificazioni internazionali di qualità è un fenomeno che, pur recente, trova significativi precedenti in epoche passate".

⁴ Regolamento (CEE) n. 2081/92 del Consiglio del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari.

⁵ Oggi art. 43 del TFUE, che prevede l'adozione della procedura legislativa ordinaria, di co-decisione fra Consiglio e Parlamento, mentre il testo originale dell'art. 43 assegnava la competenza al solo Consiglio, previa semplice consultazione dell'Assemblea. Anche il recente Regolamento (UE) n. 1151/2012 del 21 novembre 2012, che contiene la vigente disciplina in tema di DOP e IGP (e più in generale in tema di prodotti agro-alimentari di qualità), assume come propria base giuridica l'art. 43 TFUE in tema di PAC, cui affianca l'art. 118 TFUE in tema di diritti di proprietà intellettuale.

⁶ Cfr. la corrispondenza testuale fra l'art. 39 TCEE del 1957 e l'art. 39 TFUE oggi vigente. Sui principi e sulle linee evolutive della PAC v. L. COSTATO-L. RUSSO, *Corso di diritto agrario italiano e comunitario*, IV ed., Milano, 2015. Sui più recenti sviluppi v. F. ALBISINNI, *La definizione di attività agricola nella nuova PAC, tra incentivazione e centralizzazione regolatoria*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2014, p. 967.

⁷ V. in tal senso le lett. *a* e *b* del citato art 39 TCEE ed oggi TFUE, quanto al "miglioramento dei redditi degli agricoltori", al fine di "favorire la permanenza della popolazione rurale nelle zone" rurali.

⁸ V. in tal senso le lett. *c*, *d*, e del citato art. 39 TCEE ed oggi TFUE, quanto alle finalità di "stabilizzare i mercati", "garantire la sicurezza degli approvvigionamenti", "assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori".

⁹ V. i considerando (2) e (4) del Reg. n. 2081/92, cit.

¹⁰ Sul rilievo "strategico" dell'informazione in tema di regolazione dei mercati v., anche per ampi riferimenti, in altro ambito disciplinare F. DI PORTO, *L'informazione come "oggetto" e come "strumento" di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 975; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Dalla tutela informativa alla product governance: nuove strategie regolatorie dei rapporti tra clientela e intermediari finanziari*, Editoriale, in *Riv. reg. merc.*, 2016, n. 1; e nell'area dei mercati agroalimentari A. DI LAURO, *Comunicazione pubblicitaria e informazione nel settore agro-alimentare*, collana IDAIC, Milano, 2005.

Verificare e garantire la presenza nel prodotto delle qualità (materiali ed immateriali) dichiarate nelle informazioni indirizzate al consumatore ed al mercato, costituisce dunque presupposto fondante dell'intero modello disciplinare delle DOP e IGP, come già alcuni secoli prima delle grandi Compagnie commerciali d'oltremare.

Da ciò la previsione di affiancare, alle tradizionali strutture pubbliche di controllo, organismi di certificazione pubblici o privati, vincolati al rispetto della "norma EN 45011" e pertanto operanti secondo normative di fonte privata, con costi della certificazione posti a carico dei "produttori che utilizzano la denominazione protetta"¹¹.

Si è così aperta, nel settore dei prodotti agroalimentari di qualità a indicazione geografica, una fase di coesistenza fra *controlli pubblici*, tradizionalmente indirizzati alla garanzia di igienicità e salubrità degli alimenti ed alla repressione delle frodi (con strumenti penalistici ed amministrativi), e *certificazioni* finalizzate a garantire la conformità al disciplinare e dunque l'identità e qualità del prodotto, affidate ad organismi, privati o pubblici¹², ma operanti tutti in regime di mercato e contro corrispettivo, i cui costi sono sostenuti dai produttori, con criticità per certi versi comparabili a quelle rilevate per le società di rating, nell'ambito dei mercati finanziari¹³, e per altro verso peculiari in ragione della coesistenza/concorrenza fra enti di certificazione privati e pubblici.

In Italia, in esito ad una complessa vicenda che ha visto l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dei Giudici amministrativi, e dell'ICQRF¹⁴, può dirsi oggi largamente accolto (almeno sul piano dei

¹¹ V. l'art. 10 del Reg. n. 2081/92, cit.

¹² Fra gli enti pubblici di certificazione dei prodotti agroalimentari DOP e IGP un ruolo centrale è svolto in Italia dalle Camere di Commercio.

¹³ V. L. AMMANNATI, *Mercati finanziari, società di rating, autorità ed organismi di certificazione*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2012, p. 31; Id., *Il "valore" del rating nelle regolazioni pubbliche. Regolare il mercato del rating o superare il rating?*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2-2014, p. 23.

¹⁴ In anni recenti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è stata chiamata a valutare la possibile esistenza di ipotesi di distorsione della concorrenza, derivante dalle risorse pubbliche e dalle informazioni di cui le Camere di Commercio dispongono, rispetto agli organismi privati di certificazione dei prodotti DOP e IGP.

In una prima fase l'Autorità aveva ritenuto di archiviare la segnalazione ricevuta da un organismo privato di certificazione operante nel settore dei vini di qualità, valutando insussistente la lamentata lesione delle norme in tema di concorrenza.

In prosieguo, tuttavia, l'Autorità è tornata sulla questione, in esecuzione di una puntuale pronuncia del Giudice amministrativo (sentenza TAR Lazio, sez. I, n. 11132/2015, del 9 settembre 2015, passata in giudicato), che ha accolto il ricorso proposto dall'organismo privato di certificazione avverso il richiamato provvedimento di archiviazione.

La sentenza ha così motivato: "9 – *Peraltro, a giudizio del Collegio l'Autorità non affronta altrettanto approfonditamente l'ulteriore profilo di censura svolto dalla ricorrente con la propria segnalazione, concernente la normativa in materia di concorrenza e di aiuti di stato, la cui eventuale violazione – osserva ancora il Collegio – imporrebbe un intervento di tutela della stessa Autorità anche previa disapplicazione, ove necessario, della sopraindicata disciplina nazionale della materia.*"; ... 11 – ..., *il punto cruciale della censura riguardava proprio la sussistenza di abusi di posizione dominante tali da consentire alle CCIAA di spuntare condizioni migliori ed essere quindi "liberamente scelte" dagli operatori economici interessati*".

Sicché l'Autorità, con la successiva Segnalazione AS1265 del 17 marzo 2016, ha segnalato e raccomandato quanto segue: "L'Autorità richiama altresì le amministrazioni territoriali all'opportuna adozione di adeguate misure di tutela e controllo rispetto alla circolazione di informazioni commerciali relative a offerte di servizi di certificazione (a titolo d'esempio, anche a mezzo della previsione di obblighi di astensione temporanea dalla partecipazione ad attività e incontri in cui simili informazioni vengano rese disponibili). Ciò tenuto conto della pluralità di organismi istituiti a livello locale/regionale e aventi competenze relative al settore viti-vinicolo, in cui rappresen-

principi, pur se ancora non compiutamente sul piano delle effettive prassi applicative) il criterio in forza del quale le attività di certificazione dei prodotti agroalimentari devono ritenersi assoggettate alle regole di mercato e di concorrenza, siccome attività d'impresa, a prescindere dalla natura, pubblica o privata, del singolo ente di certificazione.

Ne deriva una peculiare sovrapposizione di ambiti disciplinari: *privatistico* quanto allo svolgimento delle attività in regime di concorrenza e di economicità di gestione e nel rispetto di contratti stipulati con le singole imprese controllate; *pubblicistico* quanto all'accreditamento, all'iscrizione nel registro degli organismi abilitati, alla designazione per le singole denominazioni, alle garanzie riconosciute alle imprese assoggettate a certificazione, alle finalità assegnate¹⁵.

2. Certezze e sicurezze come bene giuridico, e protagonisti pubblici e privati della sicurezza

In ordine alle finalità assegnate, un profilo centrale, fortemente legato al tema qui discusso, è quello della ricerca di *certezze* e *sicurezze* come *bene giuridico*, e specularmente quello dell'allocazione delle *responsabilità* a tali fini.

In questa prospettiva rimangono tuttora centrali le considerazioni proposte da Massimo Severo Giannini, in un ben noto saggio del 1960, sulla *Certezza pubblica*, lì ove individuava nelle "*certezze pubbliche ... uno dei tratti salienti del mondo moderno*", sottolineando: "Organizzazioni sempre più complicate e perfezionate sono in grado di far conoscere, in breve volger di tempo, agli operatori giuridici ed economici, che vi abbiano interesse, dei dati sufficientemente sicuri, talora anche assolutamente sicuri, che possano o debbano servire per compiere negozi privati o provvedimenti amministrativi, e possano altresì fornire ai soggetti che abbiano bisogno di esibire ad altri questi dati, dei documenti, dei segni, in genere degli strumenti idonei a dare sicurezze ... ap-

tanti di CCIAA – che, come visto, sono direttamente presenti sul mercato delle attività di certificazione vinicola in qualità di autorità di controllo pubbliche designate – potrebbero trovarsi in virtù dell'adempimento di competenze istituzionali di cui alla legge n. 580/1993. Nella medesima prospettiva, infine, l'Autorità raccomanda alle CCIAA l'adozione di rigorosi e verificabili criteri di: (1) gestione separata della contabilità delle proprie strutture di controllo dei vini rispetto al restante bilancio camerale; (2) formulazione delle proprie tariffe, a partire da un'analisi dei costi effettivamente sostenuti dalle proprie strutture di controllo."

In ossequio alla Segnalazione dell'Autorità, l'ICQRF (Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari, che costituisce la struttura del Mipaaf competente in materia) ha adottato la Nota n. 10862 del 30 maggio 2016, con la quale ha individuato i seguenti specifici obblighi procedurali che devono essere rispettati dagli organismi pubblici operanti nel mercato della certificazione dei prodotti agroalimentari: "... per quanto riguarda le raccomandazioni più direttamente attinenti all'attività di certificazione e controllo autorizzate da questo Ministero, codeste Autorità avranno cura di: – realizzare una contabilizzazione delle attività di controllo (comprendente costi fissi e variabili del personale addetto e costi diretti e indiretti dell'attività) distinta dal restante bilancio nel prossimo esercizio finanziario; – trasmettere a questa Amministrazione, entro il corrente anno, una relazione concernente i vigenti tariffari che dia evidenza dei criteri utilizzati per la formulazione degli stessi a partire dagli effettivi costi sostenuti."

¹⁵ La giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato la propria giurisdizione a decidere le controversie relative a provvedimenti adottati dagli organismi privati di certificazione nei confronti delle imprese assoggettate a controllo (v. di recente Cons. Stato, sez. III, ord. 3250/2017 del 31 luglio 2017).

positi edifici ricoverano registri, piani, mappe, disegni, idonei a dare notizia sicura di eventi avverati, di precetti e di disposizioni, di qualità e di qualifiche. D'altro canto le leggi impongono sempre di più l'uso di *certezze pubbliche*: sono necessarie per studiare, per lavorare, per tutti i più importanti atti della vita di un soggetto, anche per morire in pace. Le maglie di questa rete fittissima di certezze pubbliche son divenute così consuete, che l'uomo quasi più non se ne accorge, o meglio ne valuta il peso quando per un accidente qualsiasi, taluna gliene venga a mancare”¹⁶.

Rilevato che al “*mito della verità*” si erano andati sostituendo i “*problemi del certo*”, Giannini muoveva dalla considerazione che “Punto di partenza è che il privato non può istituire qualificazioni giuridiche che si impongano all'osservanza della generalità, e quindi non può creare certezze efficaci nei confronti di terzi: *non esistono quindi certezze legali di fonte privata*. Ma non possono esistere neppure certezze informative: una organizzazione privata potrà acquistarsi singolare prestigio per la perizia che ponga nell'acclaramento di fatti di interesse della collettività, e vi sono stati e vi sono cospicui esempi in tal senso; ma gli elaborati relativi rimarranno sempre e solo degli elaborati autorevoli”¹⁷; e concludeva: “*Le certezze pubbliche sono dunque il contenuto di un atto che ha particolare autorevolezza perché promanante da pubbliche autorità, che è il risultato di un acclaramento in senso materiale, e che esterna dei giudizi percettivi o rappresentativi*”¹⁸ ... “Ciò significa che *gli strumenti di certezza consistono necessariamente in segni o in documenti*. Il conio, il bollo, il timbro, il punzone, sono *segni, i quali esprimono in modo percepibile e permanente dei fatti che l'autorità pubblica rende certi*”¹⁹.

Ne risulta una qualificazione della *certezza* come *bene*, specificamente identificabile e dichiarato sul mercato, siccome accompagnato da propri segni distintivi; bene che, per sua stessa natura, risponde a bisogni della generalità dei fruitori, così dislocandosi sul versante dei *beni pubblici*.

Nell'oggi, tuttavia, acquisito che *certezze* e *sicurezze* sono *beni pubblici*, intesi nel senso che gli economisti attribuiscono all'espressione *public goods*, deve prendersi atto che la *funzione certificativa* va assumendo in misura crescente *contenuti plurali*, legati al mercato ed allo svolgimento di attività economiche variamente regolamentate; pur se necessariamente collocati nell'ambito di una posizione di primazia pubblica.

Sicché deve prendersi atto, come è stato ben osservato muovendo dall'analisi delle attività della P.A. finalizzate alla produzione di “*certezze*” variamente configurate²⁰, che “quella che viene in vario modo prodotta dall'Amministrazione pubblica non sia sempre l'identica “*certezza*”, ma che si tratti invece di “*certezze*” intrinsecamente diverse sul piano qualitativo, e non soltanto – come in genere si prospetta – per l'oggetto su cui l'accertamento ricade”²¹.

All'interno di questa prospettiva, la *esternalizzazione* di funzioni amministrative a soggetti privati autorizzati, tecnicamente qualificati, costituisce modello che ha conosciuto una diffusione crescente anche all'interno di aree tra-

¹⁶ M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, Milano, 769, corsivo agg.

¹⁷ *Op. ult. cit.*, a pp. 774-775, corsivo agg.

¹⁸ *Op. ult. cit.*, a p. 771, corsivo agg.

¹⁹ *Op. ult. cit.*, a p. 777, corsivo agg.

²⁰ V. in originale prospettiva ricostruttiva A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”*: *Problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Ammin.*, 2015, 867.

²¹ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, a p. 874.

dizionalmente presidiate da canoni pubblicistici, come nel caso delle certificazioni SOA in materia di appalti pubblici²².

Con il duplice esito, concorrente ma non contraddittorio, che “le attività produttive di certezze [si collocano] tra funzioni autoritative e prestazioni di servizi”²³, e nel medesimo tempo “Su questo fondale si innestano una serie di robuste nervature pubblicistiche, che *conformano* sia l’organizzazione che lo svolgimento dell’attività di questi organismi”²⁴.

Su questi temi gli studiosi di diritto dell’economia e di diritto agrario e alimentare hanno avuto modo di confrontarsi già alcuni anni fa²⁵, a breve distanza dall’avvio dell’applicazione del Regolamento (CE) n. 765/2008²⁶, che ha introdotto una nuova ed originale regolazione in materia di accreditamento degli organismi di certificazione, individuando la disciplina della certificazione e del controllo come area cruciale, collocata all’interno di un’ampia dimensione di mercato, nella quale interagiscono, “*tra pubblico e privato, tra domestico e globale*”, oggetti e contenuti assai diversi, in una dimensione che guarda in prospettiva unitaria alla serie crescente di attività di impresa e di mercato variamente soggette a controlli e certificazioni.

Con riferimento specifico ai *mercati agroalimentari*, il tema dell’affidamento a soggetti privati di compiti di rilievo pubblicistico (quali i controlli, le certificazioni, l’attribuzione di specifiche qualità ed idoneità), ha assunto rilievo peculiare, nella misura in cui in questi mercati le *certezze pubbliche*, intese nel senso di certezze e sicurezze provenienti da un soggetto pubblico, vengono affiancate ed in misura crescente sostituite – per un ampio e crescente perimetro di prodotti, e non soltanto per i prodotti DOP e IGP²⁷ – da *certezze private* per la fonte e per i soggetti da cui provengono, ma pur sempre *pubbliche* per i *bisogni* cui rispondono²⁸ e per le *funzioni* che svolgono nell’ordinato svolgimento delle relazioni economiche²⁹.

²² Per ulteriori riferimenti in punto v. *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino 2015, p. 160 ss.

²³ Così A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze private”*, cit., p. 12.

²⁴ S. AMOROSINO, *Il Regolamento CE n. 765/2008, in materia di accreditamento degli organismi di “valutazione della conformità” (certificazione)*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 4-2011, 24, a p. 26.

²⁵ Faccio qui riferimento all’incontro organizzato congiuntamente da studiosi di diritto agroalimentare e studiosi di diritto dell’economia, su iniziativa dell’AIDA-IFLA Associazione Italiana di Diritto Alimentare, il 2-3 dicembre 2011, a Viterbo, presso l’Università della Tuscia, sul tema, “*Controlli, certificazioni, responsabilità: tra pubblico e privato, tra domestico e globale*”. Le relazioni presentate in tale incontro sono pubblicate nella *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 4-2011 e n. 1-2012; v. *infra* per richiami alle singole relazioni.

²⁶ V. *infra* par. 7.

²⁷ Si veda, a titolo esemplificativo, la disciplina europea per i prodotti biologici (Regolamento CE n. 834/2007 del Consiglio del 28 giugno 2007, relativo alla produzione biologica e all’etichettatura dei prodotti biologici), la disciplina nazionale per i prodotti da agricoltura integrata (introdotta ai sensi dell’art. 2 della l. 3 febbraio 2011, n. 4), i numerosi sistemi di qualità regionali; i nuovi sistemi di qualità unionale e nazionale introdotti dal nuovo Reg. (UE) n. 1151/2012, cit.; in argomento per ulteriori indicazioni v. F. CAPELLI, *Prodotti agroalimentari di qualità: controlli e responsabilità*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 4-2011, p. 28; F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, III ed., 2017, cap. XI.

²⁸ Tant’è che in questi anni il contenzioso relativo alle decisioni adottate in tema di certificazione dagli organismi privati di certificazione dei prodotti alimentari si è in larga misura svolto innanzi ai giudici amministrativi, a conferma della natura sostanzialmente pubblica delle decisioni di certificazione (o, reciprocamente, di diniego di certificazione) adottate da questi organismi rispetto ai produttori da essi controllati.

²⁹ Funzioni che collocano l’autoregolazione nell’ambito di più sottoinsiemi, in ragione della

Sicché, in un'area di regolazione particolarmente sensibile e reattiva, quale quella dell'agro-alimentare³⁰, la gerarchia delle fonti ha dovuto fare i conti con un "processo di destatalizzazione del diritto"³¹, che ha visto l'ingresso di nuovi soggetti, non collocabili nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, ma variamente accreditati di una competenza affermata sul versante della tecnica³² ed individuati quali "soggetti privati svolgenti pubbliche funzioni"³³.

Questo processo, che valorizza il primato della tecnica³⁴ in tema di certificazione, controlli, e garanzie, è stato accompagnato – a monte – da una diversa dislocazione di potere regolatorio, e dunque di governo degli interessi, trasferito in misura significativa da soggetti di natura, nomina e struttura pubblica (con quanto ne segue in termini di applicabilità a tali soggetti dei principi propri dell'azione amministrativa e del relativo controllo), a protagonisti "privati" del mercato (con quanto ne segue in termini di competizione di interessi fra shareholders, stakeholders, ed élites decisorie)³⁵.

Tant'è che alcuni studiosi, soprattutto statunitensi, hanno parlato – con riferimento all'emergere di nuovi centri regolatori e di nuovi meccanismi di verifica della conformità alle regole così introdotte – del sorgere di *quasi- o pseudo-Stati* e di *Rise of the Tripartite Standards Regime (TSR)*³⁶, costruito intorno ai tre poli degli standards, della certificazioni, e dell'accREDITAMENTO; con conseguenti problemi di legittimazione e di *accountability* dei soggetti che hanno as-

relazione, di separazione ovvero di integrazione, presupposizione o richiamo rispetto all'intervento di regolazione pubblica, come ha ben sottolineato N. RANGONE, *Declinazioni e implicazioni dell'autoregolazione: alla ricerca della giusta misura tra autonomia privata e pubblico potere*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 4-2011, p. 39.

³⁰ Se è vero – come bene ha osservato D. GADBIN, *La qualité de la production du produit de base en droit communautaire agricole*, in *Le produit agro-alimentaire et son cadre juridique communautaire*, Rennes, 1996, a p.172 – che "le consommateur entretient évidemment un rapport plus intime avec sa nourriture qu'avec les produits non alimentaires"; cors. agg.

³¹ Cfr. A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Costit.*, 2010, 1895; con specifico riferimento ai profili legati all'accREDITAMENTO, v. ID., *L'accREDITAMENTO nel Regolamento CE n. 765/2008 e le "Fonti" di produzione privata*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2012, p. 23. Quanto all'emergere di nuovi modelli, v. le suggestive riflessioni di A. PIZZORUSSO in P. PASSAGLIA, *Il sistema delle fonti del diritto: intervista ad Alessandro Pizzorusso a proposito della nuova edizione del suo commento per lo Scialoja-Branca-Galgano*, in *Foro it.*, 2011, V, 156.

³² Cfr. A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008.

³³ In tal senso si veda, con specifico riferimento all'affidamento di compiti di certificazione e controllo ai Consorzi di tutela dei vini di qualità, l'ordinanza pronunciata già oltre dieci anni fa dal TAR Lazio, sez. II ter, 26 aprile 2004, n. 2247, che ha respinto le doglianze di un produttore avverso l'affidamento al Consorzio di tutela del Frascati di tali compiti, con la seguente esemplare motivazione: "I Consorzi di tutela svolgono funzioni lato senso pubblicistiche". Si veda altresì A. FIORITTO, *Certezze pubbliche prodotte dai privati: il caso delle denominazioni protette dei vini*, in *Giornale di dir. amm.*, 9/2011, p. 974, quanto agli organismi privati di certificazione nel settore agroalimentare, in riferimento ad altra vicenda giudiziale decisa nel 2011 dal TAR Lazio, che ha riconosciuto la terzietà di una società operante come organismo di certificazione nel settore vitivinicolo, respingendo la censura di conflitto di interesse sollevata in riferimento alla presenza nel capitale di tale società della Federazione nazionale dei consorzi di tutela di vini a denominazione di origine.

³⁴ Primato non sempre trasparente; cfr. M. TALLACCHINI, *Sicurezza e responsabilità in tempo di crisi*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2012, p. 14; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2002; ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; per indicazioni anticipatrici v., già negli anni '70 del secolo XX, la *Introduzione* di P. BARCELLONA a R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, trad.it., Bari, 1975.

³⁵ Con specifico riferimento agli organismi di certificazione v. l'analisi di S. AMOROSINO, *Il Regolamento CE n. 765/2008*, cit.

³⁶ L. BUSCH, *Quasi-states? The unexpected rise of private food law*, in B.VAN DER MEULEN (ed.), *Private Food Law*, Wageningen Academic Publishers, 2011, 51, a p. 59.

sunto il governo di questi tre poli attraverso una molteplicità di strumenti giuridici, formalmente a base contrattuale e consensuale, ma di fatto espressione giuridica di condizioni di dominio economico.

Il decisivo ruolo di regolazione disciplinare, oltre che economica, assunto dalla GDO nei *mercati agroalimentari*³⁷, attraverso l'imposizione di formule e clausole contrattuali e di standards proprietari e di certificazione legati a tali standards, ha indotto a qualificare i protagonisti della GDO come “*Signori del Mercato*”, tali da assumere una posizione dominante anche rispetto alla grande industria alimentare³⁸, e così a parlare di modelli e pratiche di *Nuovo Feudalesimo*, articolati in centri di governo e di potere paralleli e separati da quelli degli Stati e delle istituzioni pubbliche³⁹.

L'acquisita consapevolezza di questi scenari ha indotto il legislatore nazionale ad intervenire con disposizioni specifiche e puntuali, con l'art. 62, rubricato “Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari”, del “Decreto Monti” del gennaio 2012⁴⁰, che in riferimento appunto al *mercato agroalimentare* ha operato una tipizzazione di talune pratiche commerciali abitualmente seguite dalla GDO⁴¹, qualificate illecite *ex se* senza necessità di dimostrare la sussistenza di ulteriori presupposti ordinariamente richiesti dalla generale normativa antitrust; presupposti (la posizione dominante o lo stato di dipendenza economica) la cui dimostrazione risulta spesso non agevole e talvolta nei fatti quasi impossibile.

Da ultimo lo stesso legislatore europeo ha riconosciuto l'esigenza di introdurre una specifica disciplina in tema di *Unfair Trade Practices* nella *catena agro-alimentare*, oggetto di una recente proposta di nuova direttiva, presentata dalla Commissione al Parlamento Europeo nella primavera del 2018⁴².

Più in generale, i temi così individuati si inseriscono in una condizione (oggi largamente diffusa) che vede ciascuno di noi, come cittadino medio, privo di conoscenze reali sui contenuti effettivi delle infinite scelte alimentari che ci vengono offerte, e ci colloca in quella che un commentatore statunitense ha

³⁷ In argomento, con specifico riferimento al mercato agroalimentare v. A. ALBANESE, *Contractual Justice and Market Efficiency in the Supply Relationship within the Agro-Food Chain*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, n. 2; ed i contributi pubblicati in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 2-2008, n. 3-2008.

³⁸ Per una sintesi degli orientamenti emergenti in argomento, in sede europea e nei principali paesi dell'Unione Europea, v. L. DI VIA-L. MARCIANO, *Le relazioni tra Industria Alimentare e GDO tra tutela della concorrenza e contemperamento di interessi economici*, in *Riv.dir.alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 3-2008, p. 31.

³⁹ Per riferimenti sulle posizioni assunte dagli studiosi statunitensi, v. L. BUSCH, *Quasi-states?*, cit.

⁴⁰ D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”. In argomento per ulteriori riferimenti v. F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 2-2012, p. 33 ss., quanto alla *tipizzazione* di pratiche commerciali, che vengono comunque qualificate come *illecite*, senza necessità di dimostrare la sussistenza di ulteriori presupposti ai fini della qualificazione; presupposti (la posizione dominante o lo stato di dipendenza economica) la cui dimostrazione risulta spesso non agevole e talvolta nei fatti quasi impossibile; ID., *Prodotti alimentari o agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker, smentisce il MIPAAF e l'AGCM*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 3-2013, p. 33, quanto all'individuazione del perimetro applicativo delle nuove disposizioni.

⁴¹ V. l'art. 62, comma 2, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, cit.

⁴² Commissione Europea, Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare, Bruxelles, 12.4.2018, COM(2018) 173 final.

qualificato come condizione di “*ansietà*”⁴³, obbligandoci a delegare sicurezze e controlli a soggetti terzi, la cui trasparenza e credibilità si rivelano talvolta inadeguate⁴⁴.

Per altro verso, proprio la già richiamata dimensione della *globalizzazione*, per la quale il *diritto alimentare* si pone per sua natura come diritto intrinsecamente *globale*⁴⁵, siccome operante in ordinamenti policentrici non più governati dalla sola ed escludente presenza dello Stato, pone l’esigenza di recuperare condizioni di uniformità, e dunque di certezza e garanzia, cruciali in siffatti ordinamenti, tanto in riferimento alla *food safety* quanto in riferimento alla *food quality*, come da ultimo confermato dal nuovo regolamento europeo in tema di controlli ufficiali su alimenti e mangimi⁴⁶, che quanto all’oggetto e quanto al perimetro si pone esplicitamente come il *regolamento della complessità e della globalizzazione*⁴⁷.

Da qui il ruolo svolto da soggetti privati (quali le società di certificazione dei prodotti alimentari), che talvolta operano con poteri di fatto superiori a quelli degli stessi Stati.

Ne derivano aree di notevole incertezza, sistematica oltre che operativa⁴⁸, quanto alla trasparenza di questi organismi, alla sindacabilità dei loro comportamenti, alla conoscibilità di procedure e di standards, con ciò determinando ulteriori significative peculiarità di una trama per sé complessa, che richiede strumenti conoscitivi e di analisi che superano le tradizionali partizioni disciplinari.

3. Le responsabilità nel Regolamento n. 178/2002

Va detto che nell’oggi i controlli dei prodotti agroalimentari si collocano all’interno di un modello sistemico, che ha trovato consapevole enunciazione ed anticipazione, quanto alla *sicurezza alimentare* intesa nel senso di *food safety*, nelle prescrizioni del Regolamento n. 178/2002⁴⁹.

⁴³ Ha osservato, con efficace sintesi, J. LANCASTER, *Shut up and Eat*, New Yorker, 2014: “*Most of the Energy that we put into our thinking about food, I realized, isn’t about food; it’s about anxiety. Food makes us anxious. The infinite range of choices and possible self-expressions means that there are so many ways to go wrong.*”.

⁴⁴ In argomento v. A. DI LAURO, *Comunicazione pubblicitaria e informazione nel settore agroalimentare*, cit.

⁴⁵ Per ulteriori riferimenti v. l’introduzione alla seconda edizione di L. COSTATO-F. ALBISINNI (eds.), *European and Global Food Law*, Wolters Kluwer, 2017.

⁴⁶ Regolamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, relativo ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l’applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari.

⁴⁷ V. *infra* par. 8.

⁴⁸ V., in riferimento alle criticità emerse quanto alle società di rating finanziario, L. PIANESI, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private “geneticamente modificate”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2011, p. 179; L. AMMANNATI, *Mercati finanziari, società di rating, autorità ed organismi di certificazione*, cit., e *Il “valore” del rating nelle regolazioni pubbliche*, cit., e richiami *ivi.*; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze private”*, cit., a p. 83.

⁴⁹ Regolamento (CE) 28 gennaio 2002, n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l’Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare. Per un commento analitico v. il *Commentario al regolamento (CE) n. 178/2002 del 28 gennaio 2002*,

Giova ricordare che il Regolamento n. 178/2002, sin dagli atti e rapporti che ne hanno segnato l'elaborazione, ha assunto fra le proprie dichiarate finalità quella di "porre le basi del nuovo diritto alimentare"⁵⁰, attraverso la generalizzata adozione di principi di sicurezza, ispirati ad un approccio integrato di filiera *from farm to table*, secondo l'ormai famosa espressione contenuta nel Libro bianco della Commissione Europea sulla Sicurezza Alimentare⁵¹.

Ne è risultato un testo che presenta numerosi caratteri innovativi, e che – pur perseguendo il dichiarato obiettivo di "assicurare il ravvicinamento di concetti, principi e misure che costituiscono una base comune per la legislazione alimentare nella Comunità"⁵² – non è un consolidamento di normative esistenti, né un testo unico, e certamente non esaurisce l'intero campo delle regole degli alimenti, ma "*reca i principi generali da applicare nella Comunità e a livello nazionale in materia di alimenti e mangimi in generale, e di sicurezza degli alimenti e dei mangimi in particolare*"⁵³ e con ciò pone principi e introduce un modello sistemico complessivo, operante sia nella dimensione europea che in quella domestica.

Il Regolamento n. 178/2002, con la sua molteplicità di basi giuridiche, di fini, di strumenti di intervento, se in parte sconta la difficoltà di dare ordine ad un settore complesso, per le tensioni che lo attraversano e per le regole che lo investono⁵⁴, soprattutto esprime un modo peculiare di fare diritto, dando vita ad un sistema di governo di interessi e di attività, nel quale si intersecano piano nazionale e piano comunitario, competenze pubbliche, responsabilità dei privati ed interventi di soggetti dotati di autorità scientifica, e non necessariamente di poteri nel senso classico, riducibili ad unità solo ove letti attraverso il canone di sussidiarietà, nella sua duplice declinazione, verticale ed orizzontale.

All'interno di questa prospettiva si colloca il richiamo, operato dall'art. 21 del Regolamento n.178/2002, ai rapporti fra la disciplina della sicurezza alimentare e quella sulla responsabilità per danni da prodotti difettosi, e si esprime un disegno di sistematicità, che si manifesta con evidenza negli artt. 17, 19, 20.

L'individuazione di contenuti ed aree disciplinari risulta più agevole, ove le espressioni adottate nella versione del regolamento in lingua italiana per le rubriche degli artt. 17 (*Obblighi*), 19 e 20 (*Obblighi relativi agli alimenti, obblighi relativi a mangimi*), e 21 (*Responsabilità*), vengano poste a confronto con le espressioni adottate in altre versioni linguistiche.

In riferimento a quanto oggetto degli artt.17, 19, 20 e 21, una chiara distin-

a cura dell'IDAIC, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, 1. Per analisi che collocano questo regolamento all'interno del processo di costruzione del diritto alimentare europeo, v. F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, III ed., 2017; L. COSTATO-BORGHI-S. RIZZIOLI-V. PAGANIZZA-L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, VIII ed., 2017; S. MASINI, *Corso di diritto alimentare*, Milano, IV ed., 2018.

⁵⁰ L. COSTATO, *Preambolo*, in *Commentario al regolamento (CE) n.178/2002*, cit.

⁵¹ Commissione delle Comunità Europee, COM (1999) 719 def, Bruxelles, 12 gennaio 2000.

⁵² 66^A considerando del Reg. n. 178/2002.

⁵³ Così, con formula solenne, l'art. 1.2. del Reg. n. 178/2002.

⁵⁴ Con notazione proposta per il diritto nazionale, ma che ben potrebbe essere ripresa per il diritto europeo in materia, G. PICA, *Illeciti alimentari*, in *Enc. dir., aggiorn.*, VI, Milano, 2002, p. 443, osserva: "Il diritto dell'alimentazione rappresenta uno dei settori più complessi dell'ordinamento, non soltanto per la specificità delle problematiche, ma soprattutto per le difficoltà di ricostruzione sistematica, dovute, come è rilievo costante fra gli studiosi che l'hanno affrontato, alla stratificazione di norme di epoche, rango e livello tecnico differente, e con finalità eterogenee".

zione fra le intitolazioni e gli oggetti si rinviene nel testo tedesco, nel quale la rubrica dell'art. 17 recita "*Zuständigkeiten*", vale a dire "*Competenze*" (e non *Obblighi*, come recita il testo italiano), mentre le rubriche degli artt. 19 e 20 recitano "*Verantwortung für ...*" (vale a dire: responsabilità nel senso di individuazione del soggetto obbligato), e la rubrica dell'art. 21 recita "*Haftung*" (vale a dire: responsabilità civile nel senso di obbligo risarcitorio)⁵⁵.

L'art. 17 disegna e distribuisce le *competenze* assegnate agli operatori, agli Stati membri, ai sistemi di controllo, individuando "*a chi spetta*" l'una o l'altra attività, e dunque l'una o l'altra *responsabilità*, intesa non nel senso della *responsabilità risarcitoria ex post*, ma nel senso di chi è chiamato ad attivarsi in "*dimensioni preventive del rispondere*, vale a dire il possesso della capacità di intervento preventivo e proattivo atte ad evitare un danno"⁵⁶.

In tal senso "*Zuständigkeiten*" / "*Competenze*", la rubrica dell'art. 17 in lingua tedesca, ben chiarisce l'oggetto della disposizione:

- *spetta* alle imprese alimentari (e la prescrizione decisamente unifica la categoria ed il modello), adottare le peculiari modalità organizzative, che risultano dall'applicazione degli artt. 14-21 del regolamento;
- *spetta* agli Stati membri organizzare un sistema ufficiale di controllo e determinare misure e sanzioni;
- *spetta* agli organismi di controllo designati verificare la conformità agli standards.

Il *sistema ufficiale di controllo* per i prodotti alimentari, originariamente introdotto per i profili di sicurezza igienico-sanitaria, e poi esteso a comprendere anche la conformità dei prodotti di qualità⁵⁷, è quello introdotto, alcuni anni dopo il Regolamento n. 178/2002, dal successivo Regolamento n. 882/2004⁵⁸, che definisce "*controllo ufficiale*": "qualsiasi forma di controllo eseguita dall'autorità competente o dalla Comunità per la verifica della *conformità* alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali"⁵⁹; e prevede che i controlli possano essere delegati ad organismi di controllo, e così anche a strutture private, nel rispetto di talune condizioni, fra le quali quella secondo cui "*L'organismo di controllo opera ed è accreditato conformemente alle norme europee EN 45004 «Criteri generali per il funzionamento di diversi tipi di organismi che eseguono ispezioni» e/o a un'altra norma se più pertinente, dati i compiti che gli sono stati delegati;*"⁶⁰.

La norma EN 45004, o ISO 17020, intitolata "*General Criteria for the Operation of Various Types of Bodies Performing Inspection*", è uno standard internazionale adottato dagli organismi internazionali di standardizzazione ai fini dell'individuazione degli organismi autorizzati a svolgere ispezioni; standard

⁵⁵ Conformemente nel testo spagnolo le rubriche degli artt. 19 e 20 recitano "*Responsabilidades respecto a ...*" mentre quella dell'art. 21 recita "*Responsabilidad civil*", e nel testo inglese le rubriche degli artt. 19 e 20 recitano "*Responsibilities for ...*" mentre quella dell'art. 21 recita "*Liability*".

⁵⁶ Così, efficacemente, quanto all'individuazione dei diversi contenuti che possono essere assegnati alla parola responsabilità ed al "rispondere", M. TALLACCHINI, *Sicurezze e responsabilità in temi di crisi*, cit., alla cui analisi si rinvia.

⁵⁷ V. *infra* parr. 4 e 5.

⁵⁸ Regolamento (CE) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali; v. *infra* par. 4.

⁵⁹ Art. 2, n. 1) Reg. n. 882/2004, cit.

⁶⁰ In argomento v. P. ALTILI, *Le norme ISO*, in *Diritto alimentare. Mercato e sicurezza*, BD on line dir. da F. ALBISINNI, Wolters Kluwer It., www.leggiditaliaprofessionale.it, 2011.

internazionale che, attraverso il rinvio operato dal Regolamento n. 882/2004, disciplina e conforma gli organismi di controllo.

Trattandosi di un rinvio mobile, lo standard può essere modificato negli anni (e di fatto è stato più volte modificato, ed in prosieguo sostituito dallo standard UNI CEI EN ISO/IEC 17020:2005) ad opera degli organismi internazionali di normalizzazione, senza che intervenga un preventivo controllo pubblico da parte del legislatore nazionale ed europeo.

Sicché, ai sensi del Regolamento n. 178/2002, quanto all'individuazione delle *competenze/responsabilità*:

– lo Stato membro organizza un *sistema ufficiale di controllo*, ma nel far ciò utilizza organismi la cui struttura ed il cui modus operandi non sono determinati né dallo Stato membro né dall'Unione Europea, ma dagli organismi internazionali di standardizzazione, e che sono con ciò soggetti a regole non pubbliche ma private, nella fonte e nelle stesse modalità di accesso e di utilizzazione, atteso che la norma EN 45004, e le sue successive modifiche e integrazioni, non sono in ipotesi pubblicate in documenti accessibili liberamente alla generalità degli utenti, ma sono oggetto di titolarità privata ed accessibili solo previo acquisto a pagamento⁶¹;

– l'*organismo di controllo* delegato dallo Stato membro effettua i controlli di conformità, operando secondo standard fissati in sede internazionale, di matrice non pubblica;

– lo Stato membro determina *misure e sanzioni* per il caso di violazione degli obblighi di conformità così definiti;

– l'*operatore del settore alimentare* deve verificare che nell'attività dell'impresa alimentare le procedure e le modalità organizzative dell'impresa siano coerenti a quanto è necessario per soddisfare le disposizioni del regolamento n.178/2002, ed ai sensi del d.lgs. n. 190/2006⁶² è soggetto a sanzioni per il solo fatto della mancata organizzazione dell'impresa secondo i criteri fissati da questo regolamento, anche ove non si sia verificato alcun concreto danno o pericolo per la salute dei consumatori.

Le regole di controllo del rispetto degli standard, elaborate su base volontaria dagli organismi internazionali di armonizzazione, divengono i canoni guida attorno ai quali le imprese sono chiamate ad organizzare la propria attività, ed al cui rispetto sono tenute, e pertanto divengono regole di diritto, cogenti, nella misura in cui la loro mancata osservanza si traduce in violazione di quanto disposto dal regolamento⁶³.

Il riferimento alla responsabilità civile per danni ("*Haftung*" appunto), di cui all'art. 21 del Regolamento n. 178/2002 chiude il circuito della responsabilità come competenza, chiamando alla funzione ripristinatoria del risarcimento le imprese che abbiano ommesso di adottare le modalità organizzative e preventive ad esse richieste dal rispetto delle regole di qualità e sicurezza.

⁶¹ V. ad esempio il sito dell'UNI – Ente Nazionale Italiano di Unificazione, al quale ci si può rivolgere per l'acquisto a pagamento delle norme UNI, www.store.uni.com.

⁶² D.lgs. 5 aprile 2006, n. 190, "Disciplina sanzionatoria per le violazioni del regolamento (CE) n. 178/2002".

⁶³ In analogia prospettiva, quanto al sistema dei controlli di condizionalità, o *cross-compliance*, nel settore primario, v. L. Russo, *Controlli e certificazioni nel settore agrario: la condizionalità*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2012, p. 48.

4. Il pacchetto igiene

Al regolamento di sistema del 2002 è seguita, negli anni successivi, in attuazione del programma enunciato nel Libro bianco del 2000⁶⁴, l'adozione di una nutrita serie di regolamenti specifici, e fra questi quelli comunemente designati con il nome di "pacchetto igiene"⁶⁵.

Il pacchetto igiene comprende diversi regolamenti, ed anzitutto tre regolamenti del 2004, n. 852⁶⁶, n. 853⁶⁷, e n. 854⁶⁸, aventi per oggetto in generale l'igiene di prodotti alimentari, ed in particolare l'igiene ed i controlli dei prodotti alimentari di origine animale (che, notoriamente, sono quelli che ancora in anni recenti hanno suscitato maggiori preoccupazioni).

Questi tre regolamenti indicano come loro base giuridica l'art. 152, paragrafo 4, lett. b, del TCE sulle "misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica"⁶⁹, ma non menzionano l'art. 37 TCE relativo alla politica agricola comune⁷⁰, che – come già ricordato – era invece indicato fra gli articoli costituenti la base giuridica plurima del Regolamento n. 178/2002. Il solo Regolamento n. 852/2004 richiama anche l'art. 95 TCE sul mercato interno⁷¹.

Un ulteriore regolamento del 2004 è di rilevante interesse ai fini qui discussi, come già anticipato in riferimento ai principi e alle definizioni introdotti dal Regolamento n. 178/2002. Si tratta del Regolamento n. 882/2004⁷², che ha disciplinato *ex novo* il sistema ufficiale dei controlli igienico-sanitari, sostituendo con una disciplina uniforme europea l'armonizzazione che era stata tentata con le direttive del finire del secolo XX,⁷³ risultate inadeguate rispetto alle sfide poste dalle innovazioni tecnologiche ed alle conseguenti irrisolte criticità.

Nel Regolamento n. 882/2004 è riapparso, fra le basi giuridiche indicate, l'art. 37 TCE sulla Politica Agricola Comune⁷⁴, accanto agli artt. 95 TCE sul mercato interno⁷⁵, e 152 TCE sulla tutela della salute⁷⁶.

La scelta di una base giuridica plurima e l'espressa menzione dell'art. 37 TCE, così come era avvenuto con il Regolamento n. 178/2002, esplicita il ri-

⁶⁴ Cit. *supra* nota 51.

⁶⁵ Con ciò designando il complesso di norme di fonte europea, intese ad assicurare la sicurezza igienico-sanitaria dei prodotti alimentare, e comprendenti anche le norme in tema di controlli; v. F. CAPELLI-V. SILANO-B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, 2006.

⁶⁶ Regolamento (CE) n. 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari.

⁶⁷ Regolamento (CE) n. 853/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale.

⁶⁸ Regolamento (CE) n. 854/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche per l'organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano.

⁶⁹ Oggi art. 168 TFUE.

⁷⁰ Oggi art. 43 TFUE.

⁷¹ Oggi art. 114 TFUE.

⁷² Cit. *supra* nota 58.

⁷³ Si fa qui riferimento anzitutto alla Direttiva 89/397/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1989, relativa al controllo ufficiale dei prodotti alimentari.

⁷⁴ Oggi art. 43 TFUE.

⁷⁵ Oggi art. 114 TFUE.

⁷⁶ Oggi art. 168 TFUE.

conoscimento della pluralità di interessi e valori sottesi alle concrete scelte disciplinari in materia di controlli dei prodotti alimentari, e nel contempo riporta l'attenzione sull'importanza della fase agricola della produzione al fine di garantire la salubrità, oltre che la genuinità, degli alimenti.

Occorre naturalmente verificare se gli interessi ed i valori cui rinviano le plurime basi giuridiche adottate abbiano tutti pari dignità o se tra di loro si rinvenga nei fatti (meglio: nei testi disciplinari e nei provvedimenti) una gerarchia, più o meno esplicita e dichiarata.

Il richiamo ad una base giuridica plurima, che comprende, accanto alle norme del Trattato sulla tutela della salute umana, le norme in materia di mercato interno e di PAC, sta a sottolineare che l'adozione di un efficace sistema dei controlli dei prodotti alimentari è funzionale, oltre che alla tutela della salute, anche al fine di assicurare una piena, onesta e leale concorrenza fra le imprese.

La ragione è evidente. Un'impresa, che non rispetta le buone pratiche igieniche, ha costi di produzione minori e quindi può operare una concorrenza sleale rispetto all'impresa alimentare che osserva tali pratiche e subisce maggiori costi⁷⁷.

Il profilo di tutela della concorrenza, così individuato in riferimento alla disciplina igienico-sanitaria, presenta taluni punti di contatto e tuttavia non coincide con quello definito dalle politiche di settore per la definizione delle qualità e delle caratteristiche dei prodotti.

In questa prospettiva, l'ordine del mercato alimentare si colloca al crocevia di una pluralità di sistemi normativi, tutti cogenti, aventi origini, finalità, e contenuti in parte coincidenti ed in parte distinti, con conseguenti possibili antinomie, ovvero con possibile prevalere dell'uno o dell'altro assetto di regolazione, in ragione del prevalere dell'uno o dell'altro fascio di interessi e di valori.

La pluralità di interessi e valori tutelati emerge con chiarezza dall'art. 1, rubricato "*Oggetto e campo di applicazione*", del Regolamento n. 882/2004, che espressamente individua come proprie finalità quelle intese a "*prevenire, eliminare o ridurre a livelli accettabili i rischi per gli esseri umani e gli animali, siano essi rischi diretti o veicolati dall'ambiente*", e nel contempo a "*garantire pratiche commerciali leali per i mangimi e gli alimenti e tutelare gli interessi dei consumatori*".

Il medesimo art. 1, peraltro, al successivo par. 2, precisa che detto regolamento "non si applica ai controlli ufficiali volti a verificare la conformità alle norme sull'organizzazione comune del mercato dei prodotti agricoli".

Così operando, il regolamento sui controlli ufficiali del 2004 ha segnato una netta ed esplicita distinzione fra due distinti sistemi di controllo, coevamente attivi nello spazio giuridico europeo, ma separatamente disciplinati ed operanti:

- un controllo, essenzialmente pubblico, che attiene alle regole igieniche ed è soggetto ad un proprio specifico impianto, con differenziati soggetti, procedimenti e responsabilità.

- un diverso controllo, che attiene alle regole di mercato proprie di ciascun settore, e dunque alle regole proprie di ciascuna organizzazione di mercato dei prodotti agricoli⁷⁸, e che per i prodotti DOP e IGP assume le peculiari caratteristiche previste dal Regolamento n. 2081/92 e dai successivi regolamenti in materia.

⁷⁷ In argomento v. l'analisi di F. AVERSANO, *Per una "diversità" agroalimentare nella disciplina della concorrenza: riflessioni sul ruolo della Food Law*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 4-2017, 4.

⁷⁸ Sulle diverse possibili modulazioni delle OCM v. l'art. 40 del TFUE; per ulteriori indicazioni sia consentito rinviare a F. ALBISINNI, *Strumentario*, cit., cap. XIV.

La normativa europea sulla *Food safety* introdotta con il *Pacchetto Igiene* si è così dichiaratamente collocata all'interno di una prospettiva, intesa a tenere distinti gli aspetti di mercato in senso stretto da quelli igienico-sanitari, siccome rispondenti a finalità diverse e tali da richiedere ai controllori competenze anch'esse diverse.

Nel rispetto di questa dichiarata duplicità di impianto, il Regolamento n. 882/2004 ha disegnato il quadro generale della politica dei controlli in materia igienico-sanitaria come politica ben distinta da quella relativa ai controlli di qualità e di mercato, chiamando gli Stati membri ad individuare Autorità Nazionali specificamente competenti in materia di controlli igienico-sanitari⁷⁹.

Ne è risultato un sistema complesso, speculare ma del tutto distinto rispetto a quello che era stato previsto nel 1992 dal regolamento in tema di prodotti DOP e IGP⁸⁰.

Per l'Italia l'*Autorità centrale nazionale* designata ai fini dei controlli igienico-sanitari è il Ministero della Salute, cui spetta l'attribuzione delle deleghe ad *altre autorità pubbliche*⁸¹ o ad *organismi di controllo privati*⁸², e l'adozione del *PNI – Piano Nazionale Integrato dei controlli*. Si tratta di piani complessi, che si traducono in manuali operativi di centinaia di pagine⁸³, ed affrontano in dettaglio tutti gli aspetti della *food safety*, pur non occupandosi degli aspetti legati agli altri elementi che determinano la qualità e la reputazione di un prodotto alimentare.

Il sistema dei controlli igienico-sanitari di matrice europea si è pertanto aggiunto, senza sostituirli, ai diversi sistemi di controllo già previsti dalle varie OCM al fine di assicurare il rispetto delle regole di prodotto e di produzione, ed ai sistemi previsti per i prodotti DOP e IGP. Basti pensare, per ricordare alcuni esempi assai noti, ai controlli in materia di olio di oliva e di vini di qualità, rimasti a lungo disciplinati da scelte nazionali, con una pluralità di soggetti incaricati, che comprendevano, fra gli altri, le Camere di Commercio, i Consorzi di tutela dei vini, i Laboratori di analisi autorizzati.

Tutto ciò non è stato privo di conseguenze.

Il mondo agricolo è rimasto a lungo estraneo alle direttive, introdotte già negli anni '80 e '90 del XX secolo sulla base dell'art. 100/A del Trattato CEE per assicurare uniformi controlli igienico-sanitari dei prodotti alimentari; direttive espressamente intese a coniugare *protezione della salute e lealtà delle transazioni commerciali* garantendo insieme *leale concorrenza* fra le imprese e *tutela* per i consumatori di tali prodotti⁸⁴. La produzione primaria, non investita da tali direttive, ancora alla fine del secolo restava assoggettata soltanto ai controlli legati alle diverse OCM (in buona parte funzionali alla percezione di

⁷⁹ V. artt. 2 e 4 del Reg. n. 882/2004.

⁸⁰ V. *supra* nota 4.

⁸¹ Art. 4 del Reg. n. 882/2004.

⁸² Art. 5 del Reg. n. 882/2004.

⁸³ Il *PNI 2007-2010* conta ben 493 pagine seguite da 354 pagine di allegati, ed analoghe dimensioni presentano i successivi *PNI 2011-2014*, in <http://www.salute.gov.it/pianoNazionaleIntegrato/homePianoNazionaleIntegrato.jsp>, e *PNI 2015-2018*, in <http://www.salute.gov.it/pianoNazionaleIntegrato2015/homePianoNazionaleIntegrato2015.jsp>.

⁸⁴ V. la Direttiva del Consiglio n. 89/396/CEE, del 14 giugno 1989, relativa alle diciture o marche che consentono di identificare la partita alla quale appartiene una derrata alimentare; la Direttiva del Consiglio n. 89/397/CEE, del 14 giugno 1989, relativa al controllo ufficiale dei prodotti alimentari; la Direttiva 93/43/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, sull'igiene dei prodotti alimentari. In argomento per ulteriori indicazioni v. F. ALBISINNI, *Strumentario*, III ed., cit. cap. III, par. 4.

premi od incentivi a vario titolo, pur se con alcune rilevanti eccezioni, prima fra tutte quella legata alle quote-latte). Esempio in tal senso la Direttiva 43/93⁸⁵, che ha previsto l'applicazione del metodo HACCP alle sole *industrie alimentari*, escludendo la fase primaria.

In esito al *Pacchetto igiene*, invece, l'intera filiera alimentare, a partire dalla fase primaria, è stata investita da una pluralità di controlli, con finalità differenti ma con oggetti che spesso coincidono, riguardando la produzione e la commercializzazione di alimenti sotto i concorrenti profili della *food safety* e del *mercato unico europeo*, quindi con una moltiplicazione di costi e di adempimenti, che ha lasciato tuttavia irrisolte incertezze ed ambiguità.

Da qui, assai di recente, ben tredici anni dopo l'introduzione del *Pacchetto igiene*, la scelta europea di introdurre un unico sistema integrato di controlli, con il Regolamento n. 2017/625⁸⁶.

5. La certificazione delle DOP e IGP e la progressiva integrazione dei sistemi di controllo

Nel caso delle DOP e IGP, il regolamento originario del 1992⁸⁷ aveva affidato il compito di assicurare la *certezza* di conformità al disciplinare ad organismi privati ed a soggetti che quand'anche aventi natura pubblica operavano verso corrispettivo ed in una logica di economicità, secondo i modelli degli organismi privati, come nel caso delle Camere di Commercio⁸⁸. I certificatori designati, sia privati che pubblici, operavano non nell'esercizio di poteri propri ma in esito a delega⁸⁹ dall'Autorità centrale nazionale (per l'Italia il Ministero per le politiche agricole)⁹⁰, che restava unica titolare del potere in senso proprio. Tali organismi, a prescindere dalla loro natura giuridica (pubblica o privata), erano tenuti ad operare secondo norme, ISO o EN, di matrice privatistica.

Come già ricordato, questo sistema dei controlli di conformità delle DOP e IGP per lungo tempo ha seguito un percorso del tutto distinto rispetto a quello dei controlli igienico-sanitari.

⁸⁵ Direttiva 93/43/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, sull'igiene dei prodotti alimentari; sostituita e abrogata dal Regolamento (CE) n. 852/2004, cit. *supra* alla nota 66.

⁸⁶ Regolamento (Ue) 2017/625 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, relativo ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l'applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari, recante modifica dei regolamenti (CE) n. 999/2001, (CE) n. 396/2005, (CE) n. 1069/2009, (CE) n. 1107/2009, (UE) n. 1151/2012, (UE) n. 652/2014, (UE) 2016/429 e (UE) 2016/2031 del Parlamento europeo e del Consiglio, dei regolamenti (CE) n. 1/2005 e (CE) n. 1099/2009 del Consiglio e delle direttive 98/58/CE, 1999/74/CE, 2007/43/CE, 2008/119/CE e 2008/120/CE del Consiglio, e che abroga i regolamenti (CE) n. 854/2004 e (CE) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 89/608/CEE, 89/662/CEE, 90/425/CEE, 91/496/CEE, 96/23/CE, 96/93/CE e 97/78/CE del Consiglio e la decisione 92/438/CEE del Consiglio (regolamento sui controlli ufficiali). V. *infra* par. 8.

⁸⁷ V. *supra* nota 4.

⁸⁸ V. *supra* par. 1, nota 14.

⁸⁹ Art. 10 del Reg. n. 2081/1992.

⁹⁰ D.M. Min. Pol. Agric. 18 dicembre 1997, Strutture di controllo delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agricoli ed alimentari, ai sensi dell'art. 10 del regolamento (CEE) n. 2081/92.

Nel 2004, al tempo dell'introduzione del pacchetto igiene⁹¹:

a) il modello del Regolamento n. 882/2004 si applicava soltanto ai controlli di tipo igienico-sanitario, e non ai requisiti di conformità alle OCM ed ai disciplinari di DOP e IGP (vale a dire a quelli che sinteticamente possiamo chiamare “*requisiti di qualità*”), che restavano soggetti al peculiare sistema di controllo a suo tempo introdotto dal Regolamento n. 2081/92;

b) d'altro canto, gli organismi privati di certificazione chiamati a cooperare in un settore assai delicato, quale quello dei controlli igienico sanitari, così come quelli operanti nel settore dei controlli di qualità, erano tenuti ad accreditarsi presso un Organismo di accreditamento di natura privatistica, il SINCERT.

Nell'arco di pochi anni, entrambe queste peculiarità sono venute meno: significative riforme legislative hanno sempre più avvicinato i due sistemi di controllo, igienico-sanitario e di qualità, e nel contempo l'accreditamento per gli organismi di certificazione di entrambi i sistemi è stato collocato all'interno di un meccanismo di matrice pubblicistica:

a) nel 2006 il nuovo Regolamento su DOP e IGP, n. 510/2006⁹², ha esteso ai controlli sul rispetto dei disciplinari DOP e IGP il meccanismo di selezione dei soggetti incaricati dei controlli utilizzato dal Regolamento n. 882/2004 per i controlli igienico-sanitari;

b) nel 2008, il Regolamento n. 765/2008⁹³ ha introdotto una nuova disciplina sistematicamente orientata, per tutti gli organismi di certificazione, ivi inclusi sia quelli operanti nel settore dei controlli igienico-sanitari sia quelli operanti nel settore dei controlli di conformità e di qualità, prevedendo che l'accreditamento di tutti questi organismi sia affidato ad un unico *Organismo nazionale di accreditamento* per ciascuno Stato membro⁹⁴. Per l'Italia tale organismo è stato individuato in Accredia⁹⁵.

In esito a tali riforme, il modello istituzionale e disciplinare del Regolamento n. 882/2004, che aveva disegnato meccanismi e soggetti di controllo in funzione di finalità esclusivamente igienico-sanitarie, è stato utilizzato anche ai fini dell'individuazione dell'autorità e degli organismi competenti per il controllo dei prodotti DOP e IGP sotto il profilo del rispetto dei disciplinari, a prescindere dai profili igienico-sanitari, e nel contempo l'accreditamento degli organismi di certificazione è stato collocato nell'area dell'esercizio del potere pubblico inteso ad assicurare *certezze come bene pubblico*⁹⁶.

Questa scelta ha dato luogo ad un meccanismo di trascinamento, per il quale nel 2008 la nuova OCM del vino, nel regolare i controlli di conformità ai disciplinari dei vini di qualità, ha fatto rinvio al sistema del Regolamento n. 882/2004, pur se con qualche differenza testuale, elaborata nel corso del processo di messa a punto della nuova OCM⁹⁷, con una scelta da ultimo confermata anche negli ultimi regolamenti di riforma della PAC del dicembre 2013⁹⁸.

⁹¹ V. *supra* par. 4.

⁹² Regolamento (CE) n. 510/2006 del Consiglio del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari.

⁹³ V. *infra* par. 7.

⁹⁴ Art. 4 del Reg. n. 765/2008.

⁹⁵ D.M. MISE 22 dicembre 2009.

⁹⁶ V. *supra* par. 2.

⁹⁷ V. l'art. 47 del Regolamento (CE) n. 479/2008 del Consiglio, del 29 aprile 2008, relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo; poi art. 118 *sexdecies* del Reg. n. 1234/2007.

⁹⁸ La OCM vino, inizialmente distinta e separata dalla OCM unica, è stata in prosieguo inserita prima nel Regolamento (CE) n. 1234/2007 del Consiglio del 22 ottobre 2007, recante organizza-

È andato così emergendo un processo di progressiva omologazione dei sistemi di controllo dei prodotti agro-alimentari, collocati all'interno di una "cabina di regia" unificata, che guarda in prospettiva integrata ai temi della *tutela* e della *concorrenza* e così alla *food safety* ed alla *food quality*.

In prosieguo il "Pacchetto qualità" del 2012, che ha riordinato la materia, aggregando le precedenti discipline in tema di DOP, IGP, STG ed altri prodotti di qualità in un unico testo normativo⁹⁹, ha confermato la scelta operata nel 2006 quanto alla riconduzione del sistema dei controlli di qualità al modello introdotto nel 2004 dal "Pacchetto igiene" per i controlli igienico sanitari.

6. Responsabilità ed *accountability* dei protagonisti delle sicurezze e delle certezze

Il modello di individuazione dei protagonisti pubblici e privati della *food safety*, come definito dal Regolamento n. 178/2002 e dal c.d. "pacchetto igiene", trova riscontri significativi in altri settori dell'ordinamento.

È sufficiente qui richiamare sinteticamente, quali esempi della tendenza a dislocare l'area disciplinare da una dimensione pubblicistica o comunque soggetta a puntuale e specifico controllo di matrice pubblicistica ad una dimensione che privilegia profili di organizzazione e di responsabilità delle imprese e degli organismi di certificazione, il decreto legislativo del 2001 sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche¹⁰⁰, e dieci anni dopo la legge n. 180/2011 sullo statuto delle imprese¹⁰¹; normative che entrambe assegnano rilievo espresso all'utilizzo di modelli di organizzazione e gestione "adottati ... sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati"¹⁰², e riconoscono che "Le certificazioni relative a prodotti, processi e impianti rilasciate alle imprese dagli enti di normalizzazione a ciò autorizzati e da società professionali o da professionisti abilitati sono sostitutive della verifica da parte della pubblica amministrazione e delle autorità competenti, fatti salvi i profili penali."¹⁰³

In questo modello, le associazioni rappresentative che elaborano e diffondono *codici di comportamento*, e gli organismi di *certificazione della conformità* diventano i protagonisti in prima persona della ricerca di certezze e sicurezze, *sostituendosi* o quanto meno *affiancandosi* alla pubblica amministrazione¹⁰⁴.

zione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM), e poi nel vigente Regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio. V. oggi l'art. 90 del Reg. n. 1306/2013.

⁹⁹ Regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari.

¹⁰⁰ D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

¹⁰¹ Legge 11 novembre 2011, n. 180, Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese.

¹⁰² Art. 6, comma 3, d.lgs. n. 31/2001, cit.

¹⁰³ Art. 11, comma 1, legge 11 novembre 2011, n. 180, cit.

¹⁰⁴ In argomento, per ulteriori indicazioni, v. F. ALBISINNI, *Sicurezze e controlli: chi garantisce cosa?*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 4-2011, p. 12.

Ma se a soggetti privati, variamente individuati, viene assegnata la *responsabilità* (intesa come *competenza*) di assicurare *certezze pubbliche*, quali *responsabilità* (intese nel senso di *responsabilità civile – liability*, oltre che di *responsabilità penale*) devono intendersi attribuite a questi organismi, nel caso in cui le *certezze pubbliche* che essi dovrebbero garantire si rivelino in fatto inesistenti?

Ne emergono i temi della *responsabilità* e della *accountability*, termine polisensibile¹⁰⁵, in varia misura riferito all'esercizio del potere¹⁰⁶, il cui ruolo si ridefinisce in termini di diritti e di azionabilità, oltre che di disegno istituzionale, anche attraverso *nuove forme di tutela*¹⁰⁷, e che in varia misura si ricollega al tema della *trasparenza* nell'azione dei protagonisti istituzionali pubblici e privati, tanto che alcuni hanno sottolineato come la relazione fra i due porti a considerarli come "*Siamese twins, as matching parts and as an «awkward couple»*"¹⁰⁸.

Rilevanti novità orientate nella medesima direzione, con specifico riferimento al mercato dei prodotti agroalimentari, sono state introdotte anche dal legislatore nazionale.

Il d.l. 24 giugno 2014 n. 91, all'art. 1, nel testo finale risultante dalla legge di conversione¹⁰⁹, ha previsto un'unificazione dei controlli e l'istituzione di un registro unico dei controlli sulle imprese agricole, prevedendo altresì la possibilità in materia agroalimentare di assegnare alle imprese un termine entro cui sanare eventuali errori od omissioni formali ovvero violazioni le cui conseguenze dannose o pericolose sono sanabili, così da escludere l'applicazione di sanzioni ove la regolarizzazione avvenga nel termine assegnato.

Ne è risultato un sistema, nel quale il compito assegnato ai soggetti privati e pubblici di certificazione e di controllo non è – o non è soltanto – quello di individuare e sanzionare le violazioni, ma piuttosto quello di svolgere un ruolo attivo di accompagnamento delle imprese verso la realizzazione di standards elevati e soddisfattivi, che congiuntamente investono *food safety* e *food quality*.

¹⁰⁵ V. le analisi e le considerazioni di M. TALLACCHINI, *Sicurezza e responsabilità in tempi di crisi*, cit.

¹⁰⁶ R. MULGAN, "*Accountability*": *an ever expanding concept ?*, in *Public Administration*, 2000, p. 555, lo definisce come "*the process of being called to account to some authority for one's actions*"; R.W. GRANT-R.O. KEOHANE, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, in *American Political Science Review*, 2005, p. 29, sottolineano che "*some actors have the right to hold other actors to a set of standards, to judge whether they have fulfilled their responsibilities in light of these standards, and to impose sanctions if they determine that these responsibilities have not been met*".

¹⁰⁷ Come sottolinea, nella specifica prospettiva del diritto alimentare, P. BORGHI, *Le azioni di classe nel settore alimentare*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2012, p. 39.

¹⁰⁸ Così C. HOOD, *Accountability and Transparency. Siamese Twins, Matching Parts, Awkward Couple?*, in D. CURTIN-P. MAIR-Y. PAPADOPOULOS (eds.), *Accountability and European Governance*, London and New York, 2012, 61, at p. 77. In argomento, per ulteriori indicazioni v. F. ALBISINNI, *Transparency, crisis and innovation in EU Food Law*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1-2015, p. 97.

¹⁰⁹ D.l. 24 giugno 2014, n. 91, Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea; convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 11 agosto 2014, n. 116.

7. Il Regolamento (CE) n. 765/2008

La consapevolezza della necessità di procedere ad un ridisegno dei delicati rapporti fra pubblico e privato nell'area dei controlli e della certificazione, e dunque delle garanzie per le imprese e per i consumatori, è all'origine dell'adozione del Regolamento (CE) n. 765/2008¹¹⁰, con la previsione di organismi nazionali di accreditamento di designazione pubblica¹¹¹.

Questo regolamento del Parlamento e del Consiglio, approvato il 9 luglio 2008 ed efficace dal 1 gennaio 2010¹¹², regola in modo unitario più aspetti della disciplina della commercializzazione dei prodotti: i sistemi di accreditamento degli enti di certificazione, i sistemi di sorveglianza del mercato interno e per il controllo dei prodotti importati da Paesi terzi, l'apposizione della marcatura "CE"¹¹³.

Siamo in presenza di una significativa vicenda di *innovazione istituzionale*.

L'originaria proposta redatta dalla Commissione¹¹⁴ escludeva dal campo di applicazione della nuova disciplina i prodotti alimentari¹¹⁵ come definiti dal Regolamento n. 178/2002¹¹⁶.

Il Parlamento europeo, in sede di esame ed approvazione della proposta, ha deciso di limitare l'esclusione dei prodotti alimentari alla sola parte del regolamento relativa alla sorveglianza sul mercato interno e sui prodotti importati, estendendo però il campo di applicazione delle nuove disposizioni sull'accREDITAMENTO a tutti i prodotti, ivi inclusi quelli alimentari, con la seguente significativa motivazione: *"La disposizione proposta sottrarrebbe all'ambito di applicazione del regolamento alcuni importanti settori disciplinati da normative europee specifiche. L'accREDITAMENTO è in realtà già ampiamente utilizzato nella maggior parte di tali settori, per cui le esclusioni previste andrebbero a scapito degli obiettivi di qualità opportunamente perseguiti in tali aree."*¹¹⁷.

L'adozione di un sistema unitario di accREDITAMENTO, su base pubblica, di tutti gli organismi di certificazione, quale che sia la natura dei prodotti da certificare – come previsto dal Regolamento in esito agli emendamenti introdotti

¹¹⁰ Regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che pone norme in materia di accREDITAMENTO e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti. In generale sulle procedure di certificazione e controllo nel settore alimentare v. P. ALILI, *Certificazione, controllo e vigilanza*, in *Diritto alimentare. Mercato e sicurezza*, BD on line, dir. da F. ALBISINNI, Wolters Kluwer It., www.leggiditaliaprofessionale.it, 2011.

¹¹¹ In prospettiva ricostruttiva, sulla ripermimetrazione di funzioni e competenze seguita a questo innovativo regolamento, v. S. AMOROSINO, *Il regolamento CE n. 765/2008*, cit.; A. MOSCARINI, *L'accREDITAMENTO nel Regolamento CE n. 765/2008 e le "Fonti" di produzione privata*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2012, p. 23.

¹¹² V. art. 44 Reg. ult. cit.

¹¹³ V. art. 1 Reg. ult. cit.

¹¹⁴ Commissione Europea, Bruxelles, 14.2.2007, COM(2007) 37 def.

¹¹⁵ Si veda in particolare il testo originale dell'art. 1 della proposta della Commissione, ult.cit., che dopo aver definito nel par.1 il campo di applicazione del regolamento, nel par. 2 prevedeva di escludere da tale applicazione i prodotti alimentari ed i mangimi, oltre che i prodotti a base di tabacco, il sangue umano e gli emoderivati, nonché i tessuti e le cellule umane.

¹¹⁶ Cit. *supra* nota 49.

¹¹⁷ È questa la motivazione dell'emendamento che ha soppresso il par. 2 dell'art. 1 della proposta della Commissione, lì ove era prevista l'esclusione dei prodotti alimentari e dei mangimi dal campo di applicazione del regolamento; in "Relazione del Parlamento Europeo sulla proposta di regolamento", Bruxelles, 4.12.2007, A-60491/2007, fin.

dal Parlamento Europeo – muove nel senso della considerazione unitaria del mercato, e valorizza l’esperienza di settori (come quello alimentare), nei quali l’accreditamento è da tempo utilizzato quale essenziale garanzia della qualità dei controlli.

Per converso, l’esclusione dei prodotti alimentari dal campo di applicazione delle nuove norme sulla sorveglianza dei mercati e dei prodotti importati, non esprime una segregazione disciplinare, ma è semplicemente dovuta alla pre-esistenza di uno specifico (ed ormai sperimentato) sistema di vigilanza del mercato alimentare disciplinato dal Regolamento n. 178/2002.

Invero, il Regolamento n. 765/2008, lì ove ha integrato e modificato la Direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti del 2001¹¹⁸, ha ripreso ed esteso ad altre classi di prodotto i modelli di vigilanza ed intervento sul mercato, che erano stati da anni elaborati e sperimentati nell’ambito della sicurezza alimentare.

Sicché, in riferimento al tema cruciale dell’individuazione dei soggetti, delle competenze e delle procedure deputati a garantire tutela nel mercato ad interessi e valori preminenti, trova conferma anche nell’esperienza europea quanto osservato da uno studioso statunitense sul ruolo di anticipazione spesso svolto da modelli ed istituti elaborati nell’ambito del diritto alimentare¹¹⁹.

La riaffermata dimensione *politica* del processo legislativo europeo si colloca all’interno di un processo per il quale il *diritto* in senso proprio, il *diritto regolatorio*, in contrapposizione con il *diritto incentivante*¹²⁰, ha acquistato un peso crescente all’interno della legislazione di fonte europea, attraverso l’adozione di definizioni e perimetrazioni, che penetrano in modo significativo, e ben più incisivo che in passato, in aree sinora presidiate dalla disciplina di diritto interno¹²¹ ovvero in aree – quale quella dell’accreditamento degli organismi di certificazione sino al Regolamento n. 765/2008 – sinora lasciate a procedure di autoregolazione a base privatistica sostanzialmente sottratte al controllo pubblico.

Il regolamento del 2008, con la previsione della designazione ad opera dello Stato di organismi nazionali di accreditamento dei certificatori privati in riferimento alla generalità dei prodotti e dei settori produttivi¹²², e la conseguente designazione di Accredia da parte dell’Italia con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del dicembre 2009¹²³, costituiscono esempio addirittura pa-

¹¹⁸ Direttiva 3 dicembre 2001 n. 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla sicurezza generale dei prodotti, che ha sostituito la Direttiva del Consiglio 29 giugno 1992, n. 92/59/CEE. In argomento, per una compiuta ricostruzione in chiave comparativa europea, v. L. PETRELLI, *Il sistema di allarme rapido*, in *Diritto Alimentare. Mercato e sicurezza*, BD on line, cit., 2011.

¹¹⁹ P.B. HURT, *Food law and policy: an essay*, in *Journal of Food Law & Policy*, 2005, 1. Sul tema, più in generale, anche per ulteriori riferimenti, v. L. COSTATO-F. ALBISINNI (eds.), *European and Global Food Law*, Padova, 2017, II ed.

¹²⁰ Cfr. A. JANNARELLI, *Pluralismo definitorio dell’attività agricola e pluralismo degli scopi legislativi: verso un diritto post-moderno?*, in *Riv. dir. agr.*, 2006, I, p. 183.

¹²¹ In argomento, per ulteriori indicazioni muovendo dalle linee evolutive del diritto europeo dell’agricoltura, v. F. ALBISINNI, *I codici europei dell’agricoltura, dopo Lisbona*, in L. COSTATO-P. BORGHI-L. RUSSO-S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*, Napoli, 2011, p. 17.

¹²² V. art. 1 Reg. n. 765/2008, cit.

¹²³ D.M. 22 dicembre 2009 Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con i Ministri dell’Interno, delle Politiche agricole alimentari e forestali, dell’Ambiente e della tutela del territorio e del mare, delle Infrastrutture e dei trasporti, del Lavoro e delle politiche sociali, della Salute, dell’Università e della ricerca, della Difesa.

radigmatico di una regolazione plurilivello, che attraversa i consolidati confini pubblico/privato.

Si è tornati, per tale via, a ricercare *certezze pubbliche*, dopo un lungo periodo in cui il cruciale profilo dell'accreditamento era stato lasciato esclusivamente a decisori privati, e si è adottata una visione unitaria di vigilanza del mercato, che – sul modello già sperimentato per la *Food Safety* – non si limita a prevedere meccanismi di reazione *ex post* a crisi ed emergenze, ma pone in opera un sistema di vigilanza attiva e preventiva, a tutela della salute e della sicurezza dei consumatori europei, nell'ambito della normativa comunitaria di *armonizzazione* ¹²⁴.

Sembra di dover concludere che, alla stregua del Regolamento n. 765/2008, *certificazioni* e *certezze*, con quanto di essenzialmente pubblico si esprime nelle scelte di centralizzazione dell'accreditamento, si connotano quali componenti essenziali delle politiche europee di *armonizzazione* e di *sicurezza attiva*, e determinano quale conseguenza logica (e, potremmo dire, necessitata) l'adozione di *segnali pubblici*, che esprimendo tale conformità esprimono la garanzia (intrinsecamente pubblica) di fatti “*che l'autorità pubblica rende certi*” ¹²⁵.

Ne risulta confermata, in una dimensione dell'oggi, europea e globale, la relazione sistemica fra profili disciplinari, istituzionali, di garanzia, e di comunicazione sul mercato, che Massimo Severo Giannini aveva individuato già oltre cinquanta anni in una ben diversa dimensione e tradizione nazionale.

La relazione fra *Fonti/Istituzioni* pubbliche e private si va insomma ridisegnando a livello europeo, e la ricerca di risposte ad essenziali domande di *public goods* (la tutela della salute e della sicurezza, anzitutto) si trova a fare i conti con un complesso disegno di regolazione, che guarda al *mercato* come *luogo di regole*, oltre che come *arena di concorrenza*.

8. Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, certificazione e globalizzazione

Il quadro disciplinare così descritto ha subito di recente una significativa riscrittura con l'adozione del Regolamento (UE) 2017/625 ¹²⁶, che ha unificato i diversi sistemi di controllo e di certificazione, e che avrà applicazione a decorrere dal dicembre 2019 ¹²⁷.

Come si è osservato ¹²⁸, già da tempo si è manifestata nel diritto alimentare europeo la tendenza ad estendere ai controlli ed alle certificazioni di qualità i

¹²⁴ Cfr. il Capo III del Reg. n. 765/2008, cit., ed in particolare l'art.15.1 quanto all'ambito di applicazione della vigilanza del mercato.

¹²⁵ Secondo l'espressione di M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

¹²⁶ Cit. *supra* nota 86.

¹²⁷ Il nuovo regolamento, che si snoda per 167 articoli e 5 allegati, avrà applicazione dal 14 dicembre 2019, salve le norme sui laboratori ufficiali applicabili dal 29 aprile 2022, le norme sull'istituzione del laboratorio di riferimento dell'Unione Europea e dei laboratori nazionali di riferimento in applicazione dal 28 aprile 2018, e altre minori disposizioni; v. art. 167 del Reg. 2017/625. La previsione di un periodo così lungo prima dell'applicazione del nuovo Regolamento (analogamente, del resto, a quanto previsto dal nuovo Regolamento (UE) n. 1169/2011 sulla comunicazione al consumatore di prodotti alimentari) è significativa della consapevolezza del legislatore unionale sulle rilevanti novità introdotte, e sulla necessità di consentire alle amministrazioni nazionali di adeguare istituzioni e regole domestiche al nuovo quadro disciplinare.

¹²⁸ V. *supra* par. 5.

modelli operativi elaborati per i controlli igienico-sanitari, mantenendo tuttavia distinti i due sistemi.

Con il nuovo regolamento del 2017, adottato in esito ad un processo legislativo complesso che ha impegnato per anni Commissione, Consiglio e Parlamento, i sistemi di controllo e certificazione, igienico sanitario e di qualità, sin qui separati pur se articolati secondo modelli progressivamente condivisi, sono stati collocati all'interno di un quadro disciplinare unico, sistematicamente orientato ed esteso anche ad aree ed oggetti rimasti sino ad oggi estranei a tali modelli.

Nel maggio 2013 la Commissione Europea ha presentato una proposta intesa a "semplificare" il sistema dei controlli nella *filiera agroalimentare*, con l'unificazione in un solo regolamento di disposizioni ed istituti all'epoca dispersi in una pluralità di provvedimenti¹²⁹, e con l'introduzione di modelli cooperativi fra imprese ed organismi pubblici e privati di controllo e certificazione.

Dopo quasi quattro anni, nel marzo 2017 è stato approvato il nuovo Regolamento (UE) 2017/625¹³⁰, che in un unico complesso testo normativo contiene l'insieme di disposizioni sui controlli e le certificazioni in ambito sia agricolo che alimentare, con un'area applicativa che investe non soltanto gli alimenti e la nutrizione, ma l'intero *ciclo della vita*, vegetale e animale.

Ne risulta una prospettiva sistemica, che si propone quale ulteriore sviluppo del modello che, a far tempo dal *Libro bianco* sulla sicurezza alimentare¹³¹, aveva sottolineato la necessità di un *approccio di filiera*, dai campi alla tavola, e che oggi va a coprire ogni possibile intervento sulle forme di vita, anche a prescindere dalla loro destinazione alimentare, nella persuasione che la vita per sua natura non possa essere tutelata per segmenti o settori, ma soltanto nella sua interezza.

In questo senso sembra di poter dire, con formula sintetica, che questo è il *Regolamento della complessità e della globalizzazione*¹³², non soltanto per l'oggetto, i destinatari, il *perimetro tematico*¹³³, ma per lo stesso *perimetro istituzionale*, che va ben oltre i confini dell'Unione Europea.

Quanto ad oggetto, destinatari e perimetro tematico, il regolamento, muovendo dai controlli relativi a "la sicurezza alimentare, l'integrità e la salubrità" (*"food safety, integrity and wholesomeness"*, nel testo inglese), si estende ad un'ampissima serie di controlli ufficiali e di attività di certificazione, che spaziano dai prodotti alimentari all'immissione deliberata nell'ambiente di OGM a fini alimentari, alla salute ed al benessere degli animali anche non destinati alla catena alimentare, alla protezione contro organismi nocivi per le piante, ai

¹²⁹ La proposta si articolava in un pacchetto di misure, presentato dalla Commissione Europea il 16 maggio 2013, sotto il titolo complessivo di «Una regolamentazione più intelligente per alimenti più sicuri: la Commissione propone un pacchetto normativo fondamentale per modernizzare, semplificare e rafforzare la catena agroalimentare in Europa», pubbl. in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-400_it.htm.

¹³⁰ Pubbl. sulla GUUE del 7 aprile 2017; cit. *supra* nota 86.

¹³¹ V. *supra* nota 51.

¹³² Per ulteriori indicazioni sulle novità introdotte da questo regolamento, con riferimento in particolare all'attenzione al *ciclo della vita*, al nuovo perimetro tematico e territoriale investito, alle nuove definizioni di *pericolo*, *rischio*, ed *operatore*, sia consentito rinviare a F. ALBISINNI, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa, e globalizzazione*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2018, p.11.

¹³³ Quanto all'oggetto ed al perimetro tematico, è sufficiente leggere l'art. 1 del nuovo Regolamento, rubricato «Oggetto e ambito di applicazione», per constatare l'ampiezza ed insieme l'ambizione dell'intervento.

pesticidi e prodotti fitosanitari, ai prodotti biologici, alle DOP e IGP diverse dai vini e dai prodotti alcolici, ed in qualche misura anche ai controlli previsti dalla OCM unica¹³⁴, impegnando gli operatori e i soggetti di controllo in una responsabilità condivisa, intesa a garantire non solo la catena alimentare, ma l'intera dimensione dell'ambiente e del ciclo della vita, con la sola eccezione degli animali utilizzati a fini scientifici e dei medicinali veterinari.

A questo approccio, unitario e sistemico, che considera i controlli sul *cibo* quale componente di più generali controlli del *ciclo biologico* nella sua interezza, si accompagna una riscrittura disciplinare: i prodotti DOP e IGP, le pratiche fraudolente nell'etichettatura dei vini DOP e IGP, i prodotti biologici, non sono più soggetti ad un sistema elaborato a fini igienico-sanitari ed esteso ai controlli di conformità in via di eccezione, ma sono normati all'interno di articoli, titoli e capi di un unico testo, ordinato secondo principi, regole ed istituti codicisticamente orientati.

I controlli su animali e piante, oltre che finalizzati a garantire la sicurezza igienico-sanitaria dei prodotti destinati al consumo umano, assumono il benessere animale e gli organismi nocivi per le piante quale oggetto *per sé* rilevante.

In questa prospettiva di riduzione ad unità disciplinare, specifiche disposizioni sono dedicate ai controlli frontaliери sul *legname* in ingresso nell'Unione Europea¹³⁵.

Il *legname* si colloca evidentemente al di fuori della filiera alimentare e così al di fuori dei controlli precedentemente previsti dal Regolamento (CE) n.

¹³⁴ Il Regolamento 2017/625, all'art. 1.4., ha espressamente escluso dalla propria applicazione "i controlli ufficiali per la verifica della conformità: a) al regolamento (UE) n. 1308/2013" e dunque i controlli finalizzati ad assicurare il rispetto delle norme in tema di OCM, così mantenendo in via formale e di principio la separazione, a suo tempo affermata dall'art. 1.2. del Regolamento n. 882/2004 fra sistemi di controllo con finalità igienico-sanitarie e "controlli ufficiali volti a verificare la conformità alle norme sull'organizzazione comune del mercato dei prodotti agricoli".

Tale esclusione, peraltro, prevede un'eccezione assai rilevante, lì ove stabilisce che "tuttavia il presente regolamento si applica ai controlli effettuati a norma dell'articolo 89 del regolamento (UE) n. 1306/2013, laddove individuino eventuali pratiche fraudolente o ingannevoli relativamente alle norme di commercializzazione di cui agli articoli da 73 a 91 del regolamento (UE) n. 1308/2013". Ora, i controlli di cui all'art. 89 del Regolamento n. 1306/2013 coprono sostanzialmente la generalità dei prodotti agroalimentari oggetto di OCM, facendo riferimento, oltre che a vini e canapa specificamente menzionati, a tutti i prodotti di cui all'Allegato I del Regolamento n. 1308/2013, e così a ben XXIV tabelle, che spaziano dai cereali ai bachi da seta, ai cavalli ed agli asini, e ad ogni altro genere di prodotti, comprendendo tutto ciò che è oggetto dell'OCM unica sotto il profilo specifico e rilevante del rispetto delle norme di commercializzazione, vale a dire delle norme che definiscono le qualità mercantili di tutti i prodotti. Estendere l'applicazione del Regolamento 2017/625 ai controlli intesi ad individuare eventuali "pratiche fraudolente o ingannevoli relativamente alle norme di commercializzazione" importa di fatto estendere tali controlli all'intero meccanismo della conformità alle norme mercantili, atteso che frodi o inganni sono individuabili solo in esito ai controlli, e non prima di questi, superando nella sostanza la separazione di sistemi tuttora formalmente prevista per le OCM. Quelle che erano regole di eccezione, limitate a specifiche categorie di prodotti, tendono a proporsi come regole di sistema, estese alla generalità dei prodotti – sia pure con la formula solo apparentemente limitativa del riferimento alle pratiche fraudolente o ingannevoli – (dall'olio di oliva, ai vegetali freschi e trasformati, ai cereali, alle carni, ed a numerosissimi altri prodotti). V. l'elenco analitico all'art. 1 del Regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013 (OCM unica).

¹³⁵ V. il riferimento ai "tronchi di legno" contenuto nel considerando (61 del Reg. 2017/625, e le disposizioni di cui all'art. 64 quanto ai controlli transfrontalieri su "importazioni di tronchi non trattati e legno segato e tagliato", di cui all'art. 77 su "materiale da imballaggio in legno", di cui all'Allegato IV capo I quanto alle Tariffe o diritti per controlli ufficiali su "alberi, arbusti (diversi dagli alberi di Natale), altre piante legnose da vivaio", su "legname (diverso dalla corteccia), e su "terra e terreno di coltura, corteccia".

882/2004, ed a tutt'oggi non compare nell'elenco dei prodotti agricoli di cui all'Allegato I del TFEU. Tant'è che sul finire del secolo scorso la Corte di Giustizia, accogliendo il ricorso della Commissione e del Parlamento europeo, aveva concluso che, non essendo il legno un prodotto agricolo, il sostegno all'attività forestale non poteva farsi rientrare nella politica agricola, ma doveva ricondursi a quella ambientale ¹³⁶.

Nell'oggi, invece, il Regolamento 2017/625 assume anche il *legname*, siccome componente del *ciclo della vita*, quale oggetto di attenzione e disciplina, nell'ambito dei controlli sull'attività di impresa nell'agro-alimentare.

Va detto che già dal 2005 la riforma del regolamento sullo sviluppo rurale ¹³⁷, assegnando dichiarato ed esplicito rilievo all'attività forestale come attività rientrante a pieno titolo e non solo in via sostitutiva nell'ambito della Politica Agricola Comune, ed evidenziandone i contenuti produttivi, oltre che ambientali ¹³⁸, aveva avvicinato la perimetrazione europea dell'attività agricola complessivamente intesa a quella che l'ordinamento italiano conosce già dal codice civile del 1942, e che considera le attività produttive di coltivazione e di allevamento unitariamente a quelle, anch'esse produttive, proprie della silvicoltura ¹³⁹.

Il nuovo Regolamento sui controlli del 2017 si colloca così all'interno di un più ampio disegno, che collega disciplina dell'agricoltura e disciplina dei prodotti alimentari (e più in generale agricoli) all'interno di una generale attenzione a tutto ciò che in vario modo si collega al *ciclo della vita*, pur se non immediatamente connesso al ciclo della produzione e distribuzione di alimenti, rafforzando sul piano disciplinare la considerazione sistemica di una *European Food Law*, che si configura quale *European Agri-Food Law*.

Nel medesimo tempo, il nuovo regolamento si propone come il *Regolamento della globalizzazione*, per il *perimetro istituzionale e territoriale*, che va ben oltre i confini dell'Unione Europea.

Quanto alle *istituzioni*, cui sono affidati i *controlli ufficiali*, il regolamento prevede la creazione di nuove istituzioni responsabili anche della vigilanza frontiera in uscita ed in entrata (a partire dal Laboratorio di riferimento dell'Unione Europea e Laboratori e Centri di riferimento nazionali) ¹⁴⁰, attività di formazione congiunta ¹⁴¹, sistemi informatici unificati per il trattamento delle informazioni ¹⁴².

Quanto al *perimetro territoriale*, il Regolamento di fatto in qualche misura estende ai rapporti con le amministrazioni di Stati esterni all'Unione le modalità e le forme di collaborazione che dieci anni fa il Regolamento (CE) n. 765/2008 aveva introdotto per i rapporti interni all'Unione ¹⁴³, e così non sol-

¹³⁶ Corte di giustizia, sentenza 25 febbraio 1999, in cause riunite C-162/97 e 165/97.

¹³⁷ Regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio, del 20 settembre 2005, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR). In argomento, per ulteriori riferimenti, v. F. ALBISINNI, *Dall'agricoltura allo spazio rurale verso il 2013: ritorno al passato o fine della PAC ?*, in *Dagli interventi sulle strutture a quelli sull'ambiente rurale*, a cura dell'Accademia dei Georgofili, Firenze, 2012, pp. 43-77.

¹³⁸ V. l'art. 11 del Reg. n. 1698/2005 ult. cit.

¹³⁹ Secondo quanto prevede l'art. 2135 c.c., già nel testo originario del 1942, e con maggiore esplicitazione dopo la novella del 2001, di cui al d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'art. 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57.

¹⁴⁰ V. gli artt. 92-101, e gli artt. 65-76.

¹⁴¹ V. l'art. 130.

¹⁴² V. gli artt. 131-136.

¹⁴³ V. *supra* par. 7.

tanto introduce più articolate forme di collaborazione fra gli Stati membri¹⁴⁴, ma a queste affianca nuovi programmi estesi a comprendere controlli della Commissione anche in Paesi terzi¹⁴⁵ oltre che negli Stati membri¹⁴⁶, controlli pre-esportazione effettuati nei paesi terzi che esportano verso l'Unione¹⁴⁷, attività di formazione congiunta¹⁴⁸, sistemi informatici unificati per il trattamento delle informazioni¹⁴⁹, un monitoraggio costante con l'adozione di un registro sui «*precedenti di conformità*» articolato per paese terzo e stabilimento di origine e luogo di produzione, esportatore ed operatore responsabile della partita¹⁵⁰.

L'intero sistema risulta insomma disegnato secondo una logica di *globalizzazione dei controlli*, modellata in ragione della *globalizzazione del mercato*.

Ne emerge un delicato profilo di giustiziabilità e di tutele, che nel nostro Paese rinvia ad essenziali garanzie assicurate dagli artt. 24, 25, 41, 97, e 111 cost.

È vero che il regolamento, in uno dei suoi primi articoli, ribadisce solennemente: “*Contro le decisioni adottate dalle autorità competenti in conformità dell'articolo 55, dell'articolo 66, paragrafi 3 e 6, dell'articolo 67, dell'articolo 137, paragrafo 3, lettera b), e all'articolo 138, paragrafi 1 e 2, riguardanti le persone fisiche o giuridiche, è ammesso il ricorso da parte di queste ultime in conformità del diritto nazionale.*”¹⁵¹; ma questa disposizione, collocata all'interno del Titolo II, dedicato ai “*Controlli ufficiali e altre attività ufficiali negli Stati membri*”, in quanto tale non sembra aggiungere profili rilevanti di tutela, rispetto a quanto già garantito sia dai singoli ordinamenti nazionali, sia dagli stessi Trattati europei in via generale.

Non trovano invece specifica disciplina nel regolamento i profili collegati all'operatività del nuovo Sistema di trattamento dati (IMSOC), ed alla possibile efficace tutela dell'operatore interessato ai fini del *rating* che gli viene attribuito, limitandosi il regolamento a prescrivere: “*3. Le autorità competenti possono pubblicare o rendere altrimenti disponibili al pubblico informazioni circa il rating dei singoli operatori in base ai risultati di uno o più controlli ufficiali, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni: a) i criteri di rating sono oggettivi, trasparenti e pubblici; e b) esistono procedure atte a garantire l'equità, la coerenza e la trasparenza del processo di attribuzione del rating.*”¹⁵².

Si tratta di una disposizione, il cui ambito di operatività – al di là della genericità della formulazione – è comunque limitato alla possibilità di rendere o meno noto al pubblico il *rating* di una certa impresa. Ben diversa è la questione relativa all'utilizzazione di tali dati da parte delle autorità pubbliche.

In altre parole: se un certo *rating* costituisce il presupposto di provvedimenti sanzionatori adottati a carico dell'operatore, secondo quanto espressamente previsto da numerosi articoli del regolamento¹⁵³, il punto è quello di individua-

¹⁴⁴ V. gli artt. 102-108.

¹⁴⁵ V. gli artt. 120-129.

¹⁴⁶ V. l'art. 118.

¹⁴⁷ V. l'art. 73.

¹⁴⁸ V. l'art. 130.

¹⁴⁹ V. gli artt. 131-136.

¹⁵⁰ V. l'art. 44.2.c).

¹⁵¹ Così l'art. 7 del Reg. 2017/625.

¹⁵² Così l'art. 11, par. 3, del Reg. 2017/625.

¹⁵³ V. gli artt. 9, 44, 54, 79, 138, del Reg. 2017/625.

re con quali strumenti, giurisdizionali o amministrativi¹⁵⁴, l'operatore o il certificatore interessati possano agire per la celere modifica di un *rating* sfavorevole, determinato ad esempio in ragione di notizie fornite da autorità e soggetti diversi da quelli cui spetta la tenuta dei registri.

È certamente possibile proporre ricorso alla Corte di Giustizia avverso atti della Commissione Europea quale soggetto deputato alla tenuta del Sistema di trattamento dati (IMSOC), ma laddove in ipotesi la questione non attenga al modo in cui i dati sono trattati dalla Commissione, bensì investa la stessa esattezza o attendibilità dei dati inseriti, comunicati alla Commissione da singole Autorità nazionali, anche extra-EU, si aprono aree di evidente incertezza quanto agli strumenti ed alle sedi ove contestare tali dati¹⁵⁵.

Tornano di immediato interesse, in quest'area dei controlli e della certificazione agro-alimentare, le riflessioni proposte già da alcuni anni dagli studiosi di diritto dell'economia in riferimento al *rating* nelle operazioni finanziarie¹⁵⁶.

In altre parole: la globalizzazione dei mercati agroalimentari ha indotto il legislatore europeo ad immaginare forme di *globalizzazione dei controlli*, e questa a sua volta tende ad utilizzare strumenti e modelli, anzitutto il *rating*, elaborati in aree che da tempo devono fare i conti con la *globalizzazione*, e così in quelle dell'intermediazione finanziaria. Le criticità di tali strumenti sono tuttavia emerse proprio in queste aree di precedente esperienza, che hanno indotto a riconsiderare la stessa costruzione e conformazione del *rating*, alla ricerca di nuove ed originali forme di informazione sul mercato¹⁵⁷.

Esprime in qualche misura la ricerca di un bilanciamento rispetto ai rischi che potrebbero derivare dalla legittimazione di tecniche di globalizzazione dei controlli, l'attenzione, anch'essa fortemente sottolineata nel nuovo regolamento, alla «*Trasparenza nei controlli ufficiali*»¹⁵⁸, che vincola le autorità europee e nazionali a mettere «a disposizione del pubblico, anche pubblicandole su internet, le informazioni pertinenti riguardanti l'organizzazione e lo svolgimento dei controlli ufficiali»¹⁵⁹, e che detta dettagliate disposizioni sulle procedure di controllo, sulla documentazione, sui metodi e sulle tecniche da adottare¹⁶⁰, anche con specifico riferimento al *rating*¹⁶¹, valorizzando «la interazione tra soggetti istituzionali e pubblico dei consumatori, in una re-

¹⁵⁴ Come è noto, *No remedy no rights* è principio risalente in *equity*, che i giuristi di common law hanno da sempre considerato essenziale presidio dell'ordinamento a tutela delle libertà individuali, individuandone le radici nel principio romanistico *Ubi Jus Ibi Remedium*.

¹⁵⁵ Il ricorso allo strumento del *rating*, ovvero della valutazione del soggetto in ragione dei suoi precedenti, elaborato in campo finanziario ai fini della concessione del credito (ed ancor prima in sede penale ai fini dell'individuazione di una possibile propensione a ripetere gli atti illeciti – pur se sottoposto a serrate critiche proprio in tale settore), si va progressivamente estendendo a molti altri settori in cui opera la regolazione amministrativa, di mercato e non di mercato, dai controlli di sicurezza antiterrorismo alle frontiere e negli aeroporti, alla stessa ammissione a taluni servizi.

¹⁵⁶ V. le considerazioni critiche di L. AMMANNATI, *Il valore del rating nelle regolazioni pubbliche. Regolare il mercato del rating o superare il rating ?*, cit.

¹⁵⁷ V. L. AMMANNATI, *op. ult. cit.*

¹⁵⁸ Sulla *trasparenza* come canone generale del diritto alimentare europeo sia consentito rinviare a F. ALBISINNI, *Transparency, crisis and innovation in EU Food Law*, in *Riv. reg. merc.*, 1-2015, p. 97.

¹⁵⁹ Art. 11 del Reg. 2017/625, cit.

¹⁶⁰ Artt. 12-15.

¹⁶¹ Art. 11 del Reg. 2017/625.

lazione sinergica tra pluralismo sociale e livelli istituzionali”¹⁶².

In questa prospettiva, anche la conformazione delle autorità e degli organismi di controllo e certificazione si connota secondo linee originali.

Elemento decisivo all'interno del *mercato globale* diventa quello legato all'affidabilità della certificazione, nella misura in cui questa è destinata ad operare non in riferimento ad un singolo mercato o ad una singola serie produttiva, ma è proiettata in una dimensione generale, che tendenzialmente supera qualunque partizione territoriale, ed assume a proprio cardine un criterio di affidabilità e reputazione, basato sulla trasparenza ed accessibilità di tutti i “*precedenti*” dell'operatore e dei soggetti di certificazione e controllo¹⁶³, ovunque maturati, traducendosi nel rilascio di “*certificati ufficiali*” e di “*attestati ufficiali*”, aventi validità ed efficacia in tutti i mercati e non solo in quelli di origine.

Sembra di dover concludere che nell'oggi, con il Regolamento 2017/625, l'Unione Europea propone un modello (tuttora *in progress*) di certificazione e controlli complessivo e sistemico, che muovendo dalle prime disposizioni dell'ultimo decennio del secolo scorso, attraverso i rilevanti passaggi segnati dalle richiamate riforme di questo secolo in materia di certificazione, non solo alimentare¹⁶⁴, è pervenuto ad affermare *certezze* e *sicurezze* come *bene giuridico*, che per sua stessa natura non può essere circoscritto entro confini e dogane, ma si propone come elemento essenziale di concorrenza nel mercato globale.

Ne risultano *opportunità* per le imprese, ed insieme *costi*, non riducibili alle sole spese che le imprese dovranno sostenere per sottoporsi a controlli e certificazioni, ma anche in termini di *certezze* o *incertezze* incidenti sulla *reputazione* nel mercato¹⁶⁵ e sulla *comunicazione* con i consumatori¹⁶⁶.

¹⁶² Come ben sottolineato da S. CARMIGNANI, *Controlli e informazione al pubblico*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2018, 42.

¹⁶³ V. in punto, nel Reg. 2017/625, le definizioni di “*audit*” e di “*rating*” (art. 3.1., n. 30 e n. 31); nonché la previsione che i controlli ufficiali avvengano “*in base al rischio e con frequenza adeguata, in considerazione*” ... “*c) dei precedenti degli operatori in merito agli esiti dei controlli ufficiali effettuati su di essi e alla loro conformità alla normativa di cui all'articolo 1, paragrafo 2*” e “*d) dell'affidabilità e dei risultati dei controlli effettuati dagli operatori stessi, o da terzi su loro richiesta, compresi, se del caso, regimi di certificazione di qualità privati, al fine di accertare la conformità alla normativa di cui all'articolo 1, paragrafo 2*” (art. 9.1.)

¹⁶⁴ Penso qui anzitutto alla riforma introdotta dal Regolamento (CE) n. 765/2008, con l'introduzione di una sola Autorità nazionale pubblica di accreditamento, in ciascuno stato membro; v. *supra* par. 7.

¹⁶⁵ V., con riferimento al mercato dei contratti pubblici, L. GALLI-M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, n.1.

¹⁶⁶ V., in area disciplinare, quella dei mercati finanziari, che condivide caratteri e criticità con quella dei mercati agroalimentari, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Dalla tutela informativa alla product governance: nuove strategie regolatorie dei rapporti tra clientela e intermediari finanziari*, cit.



SAGGI

La governance dell'economia. Variazioni sul modello della rete

di Laura Ammannati

ABSTRACT

The paradigm of network has shaped the global regulatory regimes as well as the setting of the communitarian order. These processes have developed according to a polycentric and multi-level approach which results in scattering the allocation of powers among a large number of entities. The paper assumes that the evolution of regulatory strategies and the emergence of new bodies deal with both the difficulties of making decisions in conditions of increasing uncertainty and the renewed shortcomings in the governance architecture. In this perspective the first part of the paper shows that first of all the network model has shaped the establishment and the evolution of the global regulatory regimes and, secondly, how the same model had been a key element in building the EU single market. The second part is addressed to assessing how the institutional architecture of the markets, such as the financial and energy markets, is becoming more and more complex and whether we are facing an ongoing trend towards an increasing centralisation of powers. In the last part, the key point deals with whether and how the integration models in the different markets have driven changes in the networks and in the entities embodying them and therefore whether such changes represent a 'twist' in the traditional model "in the shadow of hierarchy" only or whether they predict a new model of relations among different actors.

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. La regolazione globale tra accentramento e dispersione dei poteri. – 3. Il paradigma della rete e la governance dell'Unione europea. – 4. Nuove forme di governance dei mercati. – 4.1. La governance del mercato finanziario verso l'accentramento. – 4.2. Il mercato dell'energia e il nuovo ruolo della politica. – 5. Qualche considerazione di chiusura.

1. Il contesto

Un numero crescente di attori con poteri e competenze inerenti attività economiche e mercati a dimensione sovranazionale si è fatto spazio sulla scena globale. Un tale fenomeno appare come l'effetto più eclatante della disaggregazione dello stato in numerose entità funzionalmente distinte che si rapportano tra di loro in una fitta rete di relazioni.

Il risultato di questa riallocazione dei poteri ha condotto all'emergere di una nuova realtà definita come *governance* globale. Con questa nozione si fa riferimento ad una modalità operativa a carattere cooperativo messa in atto grazie a strumenti mutevoli e flessibili¹. Perciò la nozione di *governance* può es-

¹ A-M. SLAUGHTER, *Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System*, in Y. DEZALAY and B.G. GARTH (eds.), *Global legal prescriptions: the production and exportation of a new state orthodoxy*, University Michigan Press, 2002, 28.

sere letta come sintesi delle relazioni che si strutturano all'interno di una rete tra una pluralità di soggetti di diversa natura rappresentativi di interessi diversi da coordinare e bilanciare in vista di una decisione che comunque resta aperta ad ulteriori mediazioni. Non è un caso che gli elementi giuridici di base dell'azione della *governance* siano rappresentati dal contratto e dal giudice².

Il paradigma della rete ha improntato la creazione dei regimi regolatori globali (le reti trans-nazionali o inter-governative) così come la configurazione dell'ordinamento comunitario.

Nel dibattito sul rapporto tra *governance* e regolazione quest'ultima è stata indicata come "that large subset of governance that is about steering the flow of events and behavior, as opposed to providing and distributing"³. In effetti basta qui ricordare come la regolazione e la creazione di organismi più o meno direttamente finalizzati alla regolazione di mercati fino ad allora dominati dalla presenza pubblica abbia rappresentato un significativo cambio di passo rispetto al passato. L'evoluzione delle strategie regolatorie e l'emergenza di nuovi organismi hanno rappresentato nel tempo una risposta alle difficoltà di prendere decisioni in condizioni di crescente incertezza e alle carenze rinnovate della architettura della *governance*.

Infatti, da un lato, ha acquistato progressivamente spazio la regolazione "*principles based*" cioè una regolazione che garantisce una elevata flessibilità per i destinatari. Ma, allo stesso tempo, facilita anche l'attività dei regolatori stessi non in grado di prevedere tutte le future implicazioni di una scelta di fronte ad una realtà imprevedibile. Caso tipico l'ampio uso di questo approccio fatto da parte della FSA (*Financial Services Authority*) a partire dal paper pubblicato dalla stessa Autorità nel 2007⁴.

Dall'altro, i turbolenti movimenti dei mercati durante e all'indomani della crisi economica e finanziaria hanno prodotto tentativi di risposta alle deficienze intrinseche nella *governance* con l'adozione di strutture innovative fino ad allora non sperimentate. Nasce da qui la nozione di "*exploratory governance*" per cui, nel tentativo di definire obiettivi e strumenti delle politiche in condizioni di incertezza, vengono create nuove istituzioni per dare soluzione a problemi emergenti nei vecchi contesti istituzionali⁵.

² Come sostenuto da M. R. FERRARESE, la *governance* si dipana attraverso "corsie procedurali" finalizzate a mettere in relazione i diversi e numerosi soggetti (*La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, 2010, 68 e 140 ss.); sul tema v. anche G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2012, 278 ss.

³ J. BRAITHWAITE-G. COGLIANESE-D. LEVI-FAURE, *Can Regulation and Governance make a difference?*, editorial del n. 1 di *Regulation and Governance*, 2007. Sulla nozione di 'steering' in quanto attività indirizzata ad accompagnare invece che a normare o dirigere le attività economiche v. le risalenti considerazioni di D. OSBORNE-T. GAEBLER, *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Addison-Wesley Publishing Company, 1992.

⁴ FSA, *Principles Based Regulation: Focusing on the Outcomes that Matter* (April 2007). Nei commenti a questa opzione dichiarata da parte della FSA emerge la differenza tra questa e la "*rules based regulation*": "Principles-based regulation means moving away from reliance on detailed, prescriptive rules and relying more on high-level, broadly stated rules or principles to set the standards by which regulated firms must conduct business" (J. BLACK-M. HOPPER-C. BAND, *Making a success of Principles-based regulation*, in *Law and Financial Markets Review*, May 2007, 191. Sul punto v. ancora J. BLACK, *Forms and paradoxes of principles-based regulation*, in *Capital Markets Law Journal*, 2008.

⁵ Sulla definizione e sul suo uso per caratterizzare l'esperienza della Unione Economica e Monetaria, v. H. ENDERLEIN, *Towards an Ever Closer Economic and Monetary Union? The Politics and Economics of Exploratory Governance*, in M. DAWSON-H. ENDERLEIN-CH. JOERGES (eds.), *Beyond the Crisis. The Governance of Europe's Economic, Political, and Legal Transformation*, OUP, Oxford, 2015, 16 ss.

Sia sul versante transnazionale/europeo che globale è divenuto sempre più evidente che le politiche sono in modo crescente definite in condizioni di incertezza cosicché le procedure di *governance* appaiono strutturate secondo una logica definita come sperimentalista⁶. Questo processo si sviluppa secondo un approccio policentrico e multilivello dove la allocazione dei poteri è dispersa su un vasto numero di soggetti. Per di più in un ambiente incerto nessuno di questi attori è in grado di definire obiettivi precisi e imporre la propria soluzione (con esiti di uniformazione) senza prendere in considerazione il punto di vista degli altri soggetti.

Le architetture della *governance* come le strategie regolatorie sono state finora, in modo crescente, definite con un approccio sperimentalista che si è istituzionalizzato grazie al rilievo assunto dalle reti, dai forum di regolatori, dalle agenzie e dalle autorità a rete, e così via in costante contrapposizione all'approccio tradizionale di tipo gerarchico.

In considerazione del contesto appena delineato il lavoro vuole sviluppare tre aspetti. Innanzitutto, evidenziare come il modello della rete abbia segnato la creazione e l'evoluzione dei regimi regolatori globali. In secondo luogo come per l'UE il modello rete abbia rappresentato un elemento prioritario di costruzione del mercato unico. Infine, valutare come l'architettura istituzionale dei mercati, come ad esempio quello finanziario e quello dell'energia, sia divenuta sempre più complessa e se, e in quali forme, si stia verificando uno slittamento dei poteri verso il centro. In conclusione, il punto su cui riflettere è se e come i modelli di integrazione dei diversi mercati abbiano condotto a trasformazioni nelle reti e negli organismi che le inglobano, se queste rappresentino soltanto una torsione del modello tradizionale "in the shadow of hierarchy"⁷ oppure prefigurino un nuovo modello di relazioni tra i diversi attori.

2. La regolazione globale tra accentramento e dispersione dei poteri

Gli ultimi decenni hanno visto una proliferazione di regimi regolatori globali che hanno fornito un rimedio al crescente venir meno di effettività e *accountability* dei regolatori nazionali conseguente alla divaricazione tra dimensione territoriale e dimensione dei mercati e delle aree da regolare.

In prima approssimazione possiamo rilevare che, da un lato, le diverse regolazioni nazionali sono state rimpiazzate da una regolazione globale, mentre, da un altro, meccanismi di coordinamento orizzontale garantiscono la sussistenza dei regolatori nazionali sebbene sottoposti a sistemi di monitoraggio e controllo⁸. Tra questi regimi uno dei modelli più interessanti è quello delle reti trans-nazionali o

⁶ In termini generali C.F. SABEL e J. ZEITLIN danno questa definizione: "experimentalist governance is a recursive process of provisional goal-setting and revision based on the comparison of alternative approaches to advancing them in different contexts" (*Experimentalist governance*, in D. LEVI-FAURE (ed.), *The Oxford handbook of governance*, OUP, Oxford, 2012, 170).

⁷ Sul punto in particolare v. A. HERITIER, *New Modes of Governance in Europe: Policy-making without Legislating?*, in A. HERITIER (ed.), *Common Goods – Reinventing European and International Governance*, Rowan & Littlefield Publishers, Lanham, 2002, 194; e C.F. SABLE-J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance of the European Union*, EUROGOV papers, No. C-07-02, 2007, 38 ss.

⁸ V. in particolare S. BATTINI, *The proliferation of global regulatory regimes*, in S. CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar, 2016, 50 ss.

inter-governative di regolazione tra cui ad esempio l'*International Competition Network* che riunisce oltre 100 autorità e agenzie nazionali di tutela della concorrenza e che dispone una serie di pratiche da implementare a livello nazionale.

Comunque, in considerazione di questi fenomeni, l'area dei mercati finanziari rileva in modo particolare in quanto popolata da numerosi "*transgovernmental networks*" che costituiscono, come affermato ormai da due decenni da Anne-Marie Slaughter, il connotato principale della architettura dei nuovi mercati finanziari⁹. È quindi evidente come la regolazione finanziaria globale sia ormai policentrica e caratterizzata da una elevata frammentazione.

In questa area il numero dei regolatori globali è cresciuto progressivamente negli ultimi decenni dello scorso secolo. In particolare si fa qui riferimento alle reti transnazionali di regolazione come il *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS) che riunisce organizzazioni nazionali con poteri di supervisione bancaria e banche centrali e dispone standard di regolazione prudenziale e di supervisione, e ancora l'*International Association of Insurance Supervisors* (IAIS) o l'*International Organization of Securities Commissions* (IOSCO). Questi organismi costituiscono, all'interno dei propri mercati di riferimento, importanti *standard-setter* che perseguono un progetto di convergenza attraverso strumenti di *soft law* e cercano di garantire un buon livello di *compliance* con la condivisione di informazioni e *best practices* e il ricorso alla *moral suasion*.

La crisi finanziaria ha condotto all'emergere di due fondamentali attori dei mercati globali. Da una parte, il G20 che nel 2009 al Summit di Pittsburgh assume la leadership del sistema finanziario come "premier forum for international cooperation on the most important issues of the global economic and financial agenda". Dall'altra, il Financial Stability Board (FSB) che viene creato sempre nel 2009 al Summit di Londra come successore del Financial Stability Forum "with a stronger institutional basis and enhanced capacity"¹⁰.

Come noto, il FSB è strutturato come network di regolatori sia transnazionali che di autorità nazionali non solo di regolazione ma anche esponenti dei governi dei paesi afferenti al G20. Inoltre, grazie alla sua trasformazione, il FSB, oltre al ruolo di coordinatore di *standard-setter*, ha assunto esso stesso funzioni di *standard-setter* e di monitoraggio della implementazione degli standard finanziari internazionali attraverso sistemi di *peer-review*¹¹.

Di conseguenza è stato riconosciuto come "the development of the FSB's role as standard-setter is a step towards establishing its position as overall coordinator, manager, and enforcer of the international regulatory regime"¹². Peraltro questa attività di controllo del rispetto degli standard si è rafforzata nel

⁹ A-M. SLAUGHTER, *The Real new World Order*, in *Foreign Affairs*, New York; Sept/Oct. 1997, 183; e successivamente *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*, in *Michigan J. of Int. Law*, vol. 24, 2003.

¹⁰ London Summit, 2 April 2009, *Declaration on strengthening the Financial System*, quoted in the *Charter of the Financial Stability Board* (agreed in 2009 and recently amended in June 2012), recital (3).

Sulla regolazione finanziaria globale ed in particolare sulla revisione dell'architettura finanziaria v. M.E. SALERNO, *Global Financial Governance. The Feasible Future*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹¹ Il sistema di *peer-review* include non solo *Financial Sector Assessment Program* (FSAP) ma anche review a carattere tematico per monitorare il rispetto degli standard definiti dal FSB stesso, come, ad esempio, nel caso di *Thematic Reviews on Compensation* (2010 and 2011); *on Risk Governance* (2013); *on FSB Principles for Reducing reliance on CRA ratings* (2013 and 2014).

¹² J. BLACK, *Restructuring Global and EU Financial Regulation: Character, Capacities and Learning*, in E. WYMEERSCH-K.J. HOPT-G. FERRARINI (eds.), *Financial Regulation and Supervision. A Post-Crisis Analysis*, OUP, Oxford, 2012, 22.

tempo grazie alla creazione di una sorta di ‘cassetta degli attrezzi’ destinata a promuovere un più elevato livello di adeguamento da parte dei diversi paesi¹³.

Ritornando al tema del carattere e del ruolo del FSB, ciò che qui interessa evidenziare è come questo sia stato forgiato sul modello del network del quale mantiene le più rilevanti caratteristiche come l’opzione per la *soft law*, per meccanismi non vincolanti di coordinamento e cooperazione, per il costante bilanciamento tra livelli nazionali e internazionali e, non da ultimo, per l’assenza di propri poteri sovra-nazionali.

Tuttavia, nel dibattito seguito alla fase più acuta della crisi finanziaria, non sono mancate proposte di trasformazione del modello del FSB in una sorta di “*financial WTO*”, cioè l’opzione per un sistema strutturato e gerarchico che funzionasse in modo simile ai cd ‘pilastri’ della cooperazione internazionale come WTO e FMI costruiti secondo il modello prevalente nel dopoguerra. Questo sarebbe stato un cambiamento radicale: il nuovo ‘supervisor’ globale avrebbe dovuto operare in modo indipendente, acquisire un ruolo di supremazia nei confronti delle autorità nazionali e dei loro network ed esercitare poteri propri di *enforcement*.

Nonostante le pressioni per adottare un modello più gerarchico, lo stesso FSB ha enfatizzato la “flessibilità” come uno dei suoi punti di forza ed ha sostenuto che “the FSB should remain a flexible, responsive, member-drive, multi-institutional and multidisciplinary institution”, in quanto “considers a treaty-based inter-governmental organisation not to be an appropriate legal form at this juncture”¹⁴. Inoltre è anche opinione di molti commentatori che un approccio flessibile, unitamente ad un modello di cooperazione intergovernativa orizzontale, sia indispensabile per conseguire un buon grado di convergenza su obiettivi rilevanti¹⁵. Tuttavia questo modello è nel mirino di chi critica apertamente l’influenza che i governi, in particolare tramite il G20, possono esercitare sulla regolazione finanziaria globale grazie al rapporto con il FSB, spesso definito come il suo “braccio” operativo, e sostiene la necessità di un sistema di regolazione globale indipendente¹⁶.

3. Il paradigma della rete e la governance dell’Unione europea

Negli ultimi decenni il paradigma della rete è stato per lo più vincente sui mercati globali in quanto una struttura flessibile di tipo reticolare è apparsa in

¹³ FSB, *Promoting Global Adherence to International Cooperation and Information Exchange Standards*, 3, 11-12 and Annex D: “Toolbox of possible measures to promote the implementation of international financial standards”. Sul punto rinvio a L. AMMANNATI, *Restructuring Global Governance of the Financial System: a Framework for Preventing Systemic Risk*, in P. DABROWSKA-KLOSINSKA (ed.), *Essays on Global Safety Governance: Challenges and Solutions*, Center for Europe, University of Warsaw, 2015, 50 ss. (anche in *Riv. trim. diritto dell’economia*, 2015, 283-310).

¹⁴ V. FSB, report to the G20 Los Cabos Summit on Strengthening FSB capacity, resources and governance (18-19 June 2012), point 1 and 11 (available at <http://fsbwatch.org/news/146-fsb-reports-to-the-g20-los-cabos-summit>).

¹⁵ V. tra l’altro J. WOUTERS-J. ODERMATT, *Comparing the “Four Pillars” of Global Economic Governance*, Leuven Center for Global Governance Studies, 2013.

¹⁶ V. S. GADINIS, *The Financial Stability Board: The New Politics of International Financial Regulation*, in *Texas Int. Law J.*, 2013, 157-175. Riguardo le relazioni tra G20 e FSB anche alla luce delle disposizioni della Charter, v. da ultimo M. DE BELLIS, *Relative Authority in Global and EU Financial Regulation: Linking the Legitimacy Debates*, in J. MENDES, I. VENZKE (eds.), *Allocating Authority. Who Should Do What in European and International Law?*, Bloomsbury, Londra, 2018, 252-254.

grado di integrare anche le relazioni verticali tra il network e le autorità nazionali che ne fanno parte più efficacemente dei tradizionali modelli caratterizzati da relazioni di tipo gerarchico.

D'altra parte anche nel contesto dell'Unione europea la necessità di mettere in atto strategie comuni dirette a organizzare e far funzionare il mercato unico ha imposto di ripensare l'architettura di governo. Basti ricordare che il progetto di una armonizzazione attraverso norme definite a livello centrale e strumentata con i meccanismi della supremazia del diritto comunitario e dell'effetto diretto si scontrava sia con le insormontabili differenze tra discipline nazionali in molte aree che con le incontrollabili resistenze nazionali alla esecuzione del diritto comunitario, nonostante l'occhiuta vigilanza della Commissione e della Corte di giustizia.

Il percorso di revisione della *governance* ha preso forma nel Libro bianco del 2001 che, nell'insieme, non ha avuto un grande impatto. Va comunque sottolineato che il nuovo orientamento tendeva a superare la contrapposizione statica uniformità/differenziazione e a valorizzare un approccio dinamico al processo di integrazione.

La constatazione di una inevitabile differenziazione imponeva la creazione e l'utilizzo di principi e strumenti di governo della stessa differenziazione. In breve il progetto della nuova *governance* appare ispirato al modello della rete in quanto questa operi attraverso strumenti flessibili, meccanismi di coordinamento, condivisione di informazioni e prassi più efficaci a produrre convergenza sulle regole di integrazione dei mercati.

Un caso esemplare è l'*European Competition Network* (Reg 1/2003) che, come noto, supporta un sistema di applicazione decentrata del diritto antitrust comunitario ma secondo regole e criteri rigorosamente uniformi. Infatti un qualsiasi differenziale regolatorio di carattere nazionale finirebbe per configurare un limite o un ostacolo alla concorrenza. Qui i rapporti tra autorità nazionali non corrono lungo linee verticali o orizzontali. L'obiettivo della coerenza nell'applicazione delle regole di concorrenza è affidato a meccanismi e procedure di cooperazione (con responsabilità ultima anche se non unica della Commissione).

Su un altro versante, quello dei servizi di interesse economico generale il processo di apertura dei mercati ha moltiplicato il numero degli operatori, ha creato nuovi soggetti così come ha evidenziato esigenze di coordinamento tra i diversi livelli anche a causa della diversificazione regolatoria tra stati membri. Anche qui sono emerse nuove strutture reticolari di coordinamento e condivisione di informazioni e di pratiche. Sono nati così diversi modelli di reti, dapprima a carattere informale e volontario, rappresentati nel settore dell'energia dai 'forum' di Firenze e Madrid, o dal *Council of European Energy Regulators* (CEER), e successivamente quelle formalizzate come l'*European Regulators' Group for Electricity and Gas* (ERGEG) fino alla loro 'incorporazione' come struttura portante all'interno delle agenzie-rete (in particolare l'*Agency for the Cooperation of Energy Regulators* (ACER), o il *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC).

Sembra ormai condiviso il punto che il modello della rete abbia rappresentato in molte aree uno strumento rilevante a sostegno del processo di convergenza tra le politiche nazionali e quindi per l'integrazione del mercato unico ¹⁷.

¹⁷ Per una analisi della nozione di rete, v. L. AMMANNATI, *Governance e regolazione attraverso*

A questo proposito ricordiamo ancora il sistema di “sorveglianza multilaterale” previsto dal Patto di stabilità e crescita, come definito anche nell’art. 121 del Tfe, che rappresenta una procedura di coordinamento tra le politiche economiche degli stati membri nel Consiglio che monitora e valuta se queste politiche rispettano gli obiettivi predefiniti¹⁸. In caso di mancato adeguamento il Consiglio può indirizzare raccomandazioni allo stato interessato sulla base di quelle formulate dalla Commissione. La procedura, così come definita nel Trattato, ha un carattere soft nel senso che usa lo strumento della raccomandazione e non prevede alcuna sanzione.

Ed ancora il Sistema Europeo delle Banche Centrali (il SEBC), cioè la rete SEBC-BCE (art. 105, ora 127 del Tfe) che si configurava inizialmente come un meccanismo finalizzato a produrre convergenze sia nel campo della vigilanza prudenziale che nelle legislazioni nazionali attraverso il rilascio di pareri da parte della BCE¹⁹.

4. Nuove forme di *governance* dei mercati

Il processo verso l’integrazione dei mercati è proseguito negli anni più recenti ma con movimenti, percorsi ed effetti assai differenziati. Sulla produzione delle regole così come sulla natura degli attori e sul disegno delle reciproche relazioni hanno influito cause profondamente diverse.

Come già anticipato, da un lato, un mercato significativo cui fare riferimento è quello finanziario, oggetto di una vera e propria rivoluzione innescata dalla crisi che ha condotto ad una ridefinizione profonda della regolazione e della supervisione peraltro nel contesto della revisione del modello di regolazione globale.

Dall’altro il riferimento è ad un mercato completamente altro come quello energetico. Qui una effettiva integrazione necessita, oltre che di una infrastruttura istituzionale di coordinamento, di una ampia interconnessione di reti fisiche che agevolino gli scambi di energia cross-border, cioè un sistema di reti che consentano costanti flussi di energia senza barriere come si esprime il documento di lancio della Energy Union del 2015.

Comunque la differenza tra questi due mercati non sta solo nelle modalità e negli strumenti di integrazione. Piuttosto la ritroviamo anche nella definizione dell’architettura e dei meccanismi di regolazione. Riguardo il mercato finanziario, lo scoppio della crisi e le successive evoluzioni (in particolare la crisi dei debiti sovrani) hanno innescato un processo di revisione dell’assetto istituzionale e della regolazione. Le successive correzioni presentano spesso caratteri innovativi non solo per la loro flessibilità ma anche per gli effetti possibili del disallineamento tra mercato interno ed eurozona.

so reti, in L. AMMANNATI-P. BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello regolazione e reti*, Giuffrè, Milano, 2008, 181 ss.

¹⁸ Sul tema ed in particolare sulla posizione dell’art. 121 come base legale delle modifiche (Six Pack e Two Pack) introdotte per rafforzare le misure preventive del Patto di Stabilità e Crescita, v. P. LEINO-SANDBERG and J. SALMINEN, *A Multi-Level Playing Field for Economic Policy-Making: Does EU Economic Governance Have Impact?*, in T. BEUKERS-B. DE WITTE-C. KILPATRICK (eds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2017, 71 ss.

¹⁹ Sul modello v. le osservazioni di C. ZILIOLO-M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea* (2001), Giuffrè, Milano, 2007, 109 ss.

Nel caso del mercato energetico, come testimoniato anche dal mega pacchetto di riforme – il c.d. *Winter Package* – presentato alla fine del 2016 e, almeno parzialmente, ancora in discussione, siamo di fronte ad un progetto finalizzato a coordinare i diversi spezzoni di normazione energetica e ambientale prodotti nel tempo secondo una logica di fatto incrementale. La complessa architettura della nuova *governance* della Energy Union vuole promuovere un più efficace livello di convergenza delle politiche nazionali sotto la guida della Commissione.

4.1. La *governance* del mercato finanziario verso l'accentramento

L'attuale architettura del mercato finanziario è il risultato di due riforme: innanzitutto la introduzione dell'*European System of Financial Supervision* (Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria) nel 2010 comprensivo delle tre Autorità di vigilanza europee (*European Securities and Market Authority* – ESMA – per i mercati finanziari; *European Banking Authority* – EBA – per il settore bancario; *European Insurance and Occupational Pension Authority* – EIOPA – per il settore delle assicurazioni e dei fondi pensione), del *Joint Committee* delle Autorità e delle autorità nazionali²⁰.

Inoltre l'*European Banking Union* (Unione Bancaria Europea) costituita nel 2013 strutturata su tre meccanismi, il *Single Supervisory Mechanism* (SSM) e il *Single Resolution Mechanism* (SRM) già in vigore, e quello relativo alla tutela dei depositi non ancora definito. Ne consegue che il sistema si muove su un doppio binario in quanto l'ESFS include tutti gli stati membri mentre la UB include le istituzioni bancarie dell'Eurozona (e degli stati volontariamente aderenti).

La motivazione principale del processo di riforma del nuovo sistema di regolazione e vigilanza è rintracciabile in alcuni considerando del reg. 1095 del 2010. La crisi ha messo in evidenza, per un verso, l'incapacità dei modelli di vigilanza nazionali di stare al passo con la globalizzazione finanziaria e con l'integrazione dei mercati europei e, dall'altro, le lacune in materia di coordinamento e armonizzazione del diritto dell'Unione (cons. 1). Inoltre ha mostrato i limiti del sistema esistente dei comitati delle autorità europee di vigilanza (cons. 8).

Il regolamento constata l'inadeguatezza della disciplina in essere causata dalla eccessiva frammentazione e da una applicazione differenziata delle regole europee. Quindi prospetta di ricondurre a livello sovranazionale le funzioni di regolazione di settore e di rafforzare il ruolo di coordinamento tra le autorità degli stati con la inclusione di comitati di regolatori nazionali in posizione centrale all'interno delle Autorità europee di vigilanza istituite con i reg. del 2010.

Nella nuova architettura del sistema finanziario le Autorità di regolazione appaiono punto di approdo di una evoluzione del modello della agenzia-rete che incorpora la rete delle autorità nazionali all'interno di una persona giuridica disciplinata da norme europee. Infatti, consolidato il ruolo centrale del comitato dei rappresentanti dei regolatori nazionali, il connotato dell'indipendenza è rafforzato nei confronti dei soggetti politici sia nazionali che europei e i poteri delle Autorità sono ampliati. Tra l'altro, in caso di inadempienza da parte delle

²⁰ Dell'ESFS fa parte anche l'*European Systemic Risk Board* (ESRB) di cui non ci occupiamo in questa sede.

amministrazioni nazionali, possono disporre di poteri sostitutivi nei loro confronti (art. 17) così come, in caso di delega di poteri normativi alla Commissione, sono le Autorità a elaborare norme tecniche di regolazione (art. 10). In tal modo i regolamenti del 2010 producono una prima forma di accentramento che si fonda sulla posizione di sovraordinazione delle autorità, in quanto “effettivi centri della rete”, su quelle nazionali²¹.

Questa evoluzione nella architettura dei mercati finanziari è stata confermata dalla Corte di Giustizia con la nota decisione in materia di *short selling* del gennaio 2014²². Infatti riconosce, nel caso di specie all’ESMA, la possibilità di intervenire sui mercati finanziari nazionali con atti giuridici vincolanti in caso di minaccia alla integrità o stabilità del sistema finanziario. Questa decisione stempera, pur tra mille cautele, la dottrina Meroni. Da un lato, si colloca esplicitamente nel solco delle novità introdotte dal Trattato e amplificate nei reg. del 2010 (§§ 79-81), mentre dall’altro ha una importante ricaduta sul sistema in quanto rafforza le tendenze alla centralizzazione dei poteri e delle funzioni di vigilanza. Ne è esempio l’enfasi sulla necessaria armonizzazione (§§105 – 106) e quindi sulla trasformazione dei rapporti con le autorità nazionali²³.

Come già anticipato, il secondo pilastro della riforma è stato la UB. A partire dalla *Road Map* del 2012 il settore bancario e creditizio è stato oggetto di una importante trasformazione diretta alla difesa della moneta unica e al rafforzamento dell’integrazione interna all’eurozona, pur in presenza di un possibile impegno da parte dei paesi ‘esterni’ di assoggettarsi alle regole del sistema comune di vigilanza.

Questo “disallineamento geografico” tra Unione bancaria e mercato unico dei servizi finanziari è stato visto come un aspetto problematico. In effetti la potenziale marginalizzazione dei paesi esterni all’Unione bancaria può causare danni all’unità del mercato interno. Comunque la frammentazione tra eurozona e area esterna e la conseguente spinta a rafforzare l’Unione economica e monetaria stanno conducendo l’integrazione economica verso una nuova e crescente centralizzazione della *governance*²⁴.

Con l’approvazione dei regolamenti relativi ai primi due pilastri della UB (il *Single Supervisory Mechanism* – Reg. UE, 1024/2013 – e il *Single Resolution Mechanism* – Reg. UE 806/2014) le autorità costruite nel 2010 restano in generale inalterate salvo alcune modifiche dell’EBA conseguenti al nuovo disegno della vigilanza bancaria. Comunque questo fa emergere un ulteriore disallineamento interno al SSM: l’EBA ha competenze di regolazione i cui destinatari sono i 28 (o 27) paesi, mentre alla BCE è attribuita di base la supervisione all’interno dell’UB. Tali disallineamenti non sono eccezionali. Infatti alcune del-

²¹ V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle Autorità europee di vigilanza*, in M. P. CHITI e A. NATALINI (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo. Le amministrazioni pubbliche dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012, 150 ss.

²² Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 gennaio 2014, causa C-270/12.

²³ V. tra l’altro, J. PELKMANS-M. SIMONCINI, *Mellowing Meroni: How ESMA can help built the single market*, CEPS Commentary, 18 Feb. 2014; e C.F. BERGSTRÖM, *Shaping the new system for delegation of powers to EU agencies: United Kingdom v. European Parliament and Council (Short selling)*, in *Common Market Law Review*, 2015, 219-242.

²⁴ V. tra l’altro, E. FERRAN, *European Banking Union and the EU Single Financial Market: More Differentiated Integration or Disintegration?*, in *Legal Studies Research*, University of Cambridge, Cambridge, 2014; S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca Centrale Europea e l’Autorità Bancaria Europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1257 s.; T. TUOMINEN, *The European Banking Union: a shift in the internal market paradigm?*, in *Common Market Law Review*, 2017, 1359-1380.

le misure più importanti di contrasto alla crisi sono state adottate ricorrendo al metodo intergovernativo: l'*European Stability Mechanism* era limitato all'area euro e il cd '*fiscal compact*' si applica solo ai paesi aderenti, cioè 26 su 28. Certo non si può dimenticare che l'introduzione di strutture organizzative a composizione differenziata può minare il principio di parità di trattamento tra stati e tra attori del mercato necessario su un effettivo mercato interno.

Il disegno del SSM alloca le diverse competenze e l'esercizio dei compiti di supervisione finanziaria tra una molteplicità di soggetti di diversa natura e a diversi livelli. Ma ciò che rileva è l'ingresso della BCE nel 'sistema' della autorità (art. 6,1, reg. 1024-2013) che si affianca all'EBA anche se con ruoli differenziati tra regolazione e vigilanza. L'architettura del sistema mostra una sorta di rete integrata tra autorità europee, BCE e autorità nazionali²⁵.

Nel sistema alla BCE è riconosciuta competenza esclusiva riguardo l'esercizio della vigilanza prudenziale (art. 4, Reg. 1024/13), e sembrano ridimensionate possibili interferenze attraverso una limitazione dei poteri regolatori della stessa BCE. Infatti, da un lato, può adottare regolamenti organizzativi o di attuazione delle norme del regolamento attraverso una procedura che prevede consultazioni pubbliche e l'attuazione di analisi costi-benefici. Dall'altro, in rapporto alla funzione regolatoria affidata all'EBA si dispone che la BCE sia assoggettata alle norme tecniche di regolazione e attuazione vincolanti definite dall'autorità stessa e alle disposizioni contenute nel manuale di vigilanza (art. 4, 3).

Nonostante questa perimetrazione delle rispettive aree di competenza si intravedono zone grigie come la partecipazione della BCE alla elaborazione di regole da parte dell'EBA che può essere intesa come una utile interazione tra funzioni di regolazione e di vigilanza (art. 4, 3 ult. cpv.), ma che può configurare un rischio di cattura del regolatore molto frequente nelle aree ad alta tecnicità e che qui potrebbe essere amplificato per la presenza di un soggetto in posizione di dominanza nel contesto europeo come la BCE²⁶.

In questo contesto è evidente un accentuato spostamento verso il centro secondo un disegno quasi di tipo gerarchico d'altra parte necessario per assicurare uniformità e omogeneità nella regolazione e nella applicazione delle regole. Nel disegno complessivo della regolazione dei mercati finanziari ed in particolare in quello dell'Unione bancaria nel suo primo pilastro, possiamo ricordare alcuni passaggi a conferma di quanto appena detto.

Innanzitutto, come già accennato, il riconoscimento di una posizione sovraordinata delle tre Autorità con il possibile esercizio di poteri sostitutivi in caso di violazione del diritto dell'UE da parte delle autorità nazionali, inclusa l'adozione di decisioni dirette ad un singolo operatore del mercato (art. 17, 1,2,3, e 6 – dei reg. del 2010). Non rileva per il nostro discorso quanto questi poteri siano stati effettivamente esercitati nel frattempo. L'effetto è la diretta applicabilità del 'diritto europeo' che, almeno in questa area, non necessita del passaggio attraverso una autorità nazionale o dell'intervento del giudice attraverso una procedura di infrazione.

Inoltre, un ulteriore passo è che la BCE può dare diretta applicazione, oltre

²⁵ Sia il regolamento su SSM che quello correttivo relativo all'EBA dispongono una serie di elementi di protezione sia a tutela della cooperazione tra BCE ed EBA sia a tutela degli stati non-partecipanti. Sul punto in particolare v. M. EVERSON, *Banking on Union: EU Governance between Risk and Uncertainty*, in M. DAWSON-H. ENDERLEIN-CH. JOERGES (eds.), *Beyond the Crisis. The Governance of Europe's Economic, Political, and Legal Transformation*, cit., 148 ss.

²⁶ S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca Centrale Europea e l'Autorità Bancaria Europea*, cit., 1244.

che ai regolamenti europei, anche alle norme di recepimento delle direttive (art. 4,3, capv.1, reg. 1024). Così appare qui completamente rovesciato il tradizionale meccanismo per cui l'attuazione del diritto dell'UE è affidata alle autorità nazionali. Un unico soggetto di livello europeo applica anche la regolazione nazionale in parte diversa pur nel contesto di una collaborazione tra BCE e autorità nazionali come disegnata dal Reg. 17 del 2014 – *SSM Framework Regulation*.

Infine, la proposta di riforma delle autorità europee²⁷, che mostra una particolare attenzione per l'ESMA, è costruita sulla constatazione che la supervisione di attività e soggetti di particolare importanza per l'UE nel suo insieme o con un elevato grado di significatività per operazioni cross-border deve essere esercitata dalle autorità europee e non dalle autorità nazionali.

Un tale obiettivo richiede anche una *governance* delle autorità più efficace in quanto quella attuale mostra una carenza di capacità decisionale oppure le decisioni sono orientate agli interessi nazionali piuttosto che a quelli comuni dell'UE. Qui si manifesta la tensione tra il mandato europeo delle Autorità e quello delle autorità nazionali raccordate nella rete che costituisce il Consiglio nella governance interna delle autorità stesse.

Il depotenziamento del ruolo delle autorità nazionali passa attraverso la creazione di un "executive board" indipendente con membri full-time che sostituisce l'attuale Consiglio di amministrazione e la revisione della composizione del Consiglio delle autorità di vigilanza (art. 40) nel quale vengono inclusi i componenti del Comitato esecutivo sebbene senza diritto di voto.

In sintesi il sistema europeo di regolazione e vigilanza finanziaria che si è sviluppato a seguito della crisi mostra un rafforzamento di istituzioni e organismi europei grazie alle innovazioni introdotte rispetto alla precedente tradizione: accentramento delle funzioni sui soggetti di livello europeo; uniformazione di regole e prassi attraverso meccanismi di integrazione verticale e non tanto di coordinamento; attribuzione di poteri non rigidamente definiti ma potenzialmente espansivi in rapporto agli obiettivi. Certamente qui è in atto un processo di 'massima armonizzazione' e centralizzazione non solo delle regole ma dell'*enforcement* delle stesse rispetto al quale la costruzione della vigilanza unica rappresenta un modello avanzato²⁸.

Di segno almeno parzialmente diverso le tendenze emergenti dal complesso quadro della disciplina di risoluzione delle crisi bancarie. Come noto, l'ambito applicativo del SRM coincide con quello del SSM, cioè gli stati dell'eurozona o quelli che volontariamente si sottopongono alla vigilanza della BCE. Un elemento interessante è rappresentato dalla costituzione di un ulteriore organismo, il *Single Resolution Board*, dotato di personalità giuridica, quale protagonista del procedimento di risoluzione in quanto incaricato di elaborare i piani di risoluzione, previa consultazione della BCE, e di sorvegliare la loro attuazione da parte delle autorità nazionali (art. 28, 1).

Anche a prima vista si rileva che qui le autorità nazionali conservano poteri di

²⁷ COM(2017) 536 del 20 settembre 2017-

²⁸ Sul punto v. anche quanto affermato dalla giurisprudenza nella decisione 16 maggio 2017 – *Landeskreditbank v ECB* (T-122/15) in particolare al § 54 dove si chiarisce che "le competenze esclusive delegate alla BCE possano essere attuate in un contesto decentrato, piuttosto che venga organizzata una ripartizione delle competenze tra la BCE e le autorità nazionali" e al § 58 dove si sostiene che "la vigilanza diretta esercitata dalle autorità nazionali nell'ambito dell'MVU è stata considerata dal Consiglio dell'Unione europea come una modalità di assistenza della BCE piuttosto che come l'esercizio di una competenza autonoma".

intervento sia attraverso la partecipazione di un rappresentante delle autorità nazionali di risoluzione nel Comitato che nella attuazione dei programmi di risoluzione. Per di più in questo contesto non sembrano poche le criticità derivanti dal coinvolgimento di numerosi soggetti con interessi di diversa natura ed in particolare della Commissione e del Consiglio. Il ruolo di quest'ultimo, in quanto organo politico e intergovernativo, in una procedura di carattere tecnico presenta elementi di criticità. D'altra parte il coinvolgimento della Commissione in fase di approvazione del programma di risoluzione consente, in via formale, di superare l'ostacolo connesso alla attribuzione di poteri discrezionali ad un soggetto come il Comitato. In sostanza, sembra finalizzato a bilanciare potenziali interessi nazionali emergenti all'interno dello stesso Comitato (art. 18, 7).

Nel complesso il sistema di risoluzione delle crisi bancarie è influenzato dal modello intergovernativo in quanto sia nella fase decisionale che in quella di implementazione sono presenti le autorità nazionali e, per altro verso, è possibile un coinvolgimento del Consiglio, anche se su proposta della Commissione, in fase di decisione sul programma di risoluzione elaborato dal Comitato.

Tuttavia è interessante sottolineare che la procedura mostra almeno un parziale spostamento verso istituzioni e organismi europei seppure inseriti in un meccanismo di coordinamento con le autorità nazionali. Da un lato, il SRB cui spetta la valutazione sulla opportunità e possibilità di procedere alla risoluzione di un istituto di credito. Dall'altro, la Commissione cui spetta la decisione ultima in quanto detiene anche il potere di decidere come sia finanziabile la gestione della crisi esercitando il ruolo di autorità antitrust²⁹.

In prima approssimazione possiamo sottolineare come le tendenze emergenti a seguito della crisi non siano sempre omogenee. Tuttavia l'architettura dei mercati finanziari mostra come, al di là della tendenza del legislatore comunitario di tarare i modelli organizzativi sulle specificità dei singoli settori, sia comunque in atto uno spostamento del baricentro verso il centro, cioè il livello dell'Unione, sebbene restino in essere meccanismi di coordinamento con i soggetti nazionali.

4.2. Il mercato dell'energia e il nuovo ruolo della politica

Passando ora a considerare il mercato energetico, nell'ultimo decennio il settore si è trovato a completare la fase di liberalizzazione e, allo stesso tempo, a dover progettare e mettere in atto importanti misure di tutela ambientale e di lotta al cambiamento climatico.

La convergenza tra politiche per l'energia e per il clima ha prodotto un progressivo spostamento degli obiettivi da quelli tradizionali di regolazione e apertura dei mercati a quello della de-carbonizzazione. Allo stesso tempo la politica di liberalizzazione portata avanti dalla Commissione è entrata in conflitto con le politiche e le misure nazionali in gran parte finalizzate alla riduzione dei gas serra attraverso l'uso di fonti alternative come le rinnovabili. Questo ha fatto riemergere marcate differenze di condizioni tra gli stati sia riguardo il sistema degli approvvigionamenti e delle fonti, che per il diverso peso delle energie rinnovabili o per i primi risultati delle politiche di efficienza energetica. In effetti, mentre il processo di liberalizzazione è stato realizzato seguendo un comune percorso di rimozione dei monopoli pubblici verso un mercato più

²⁹ Sul punto in particolare E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Giappichelli, Torino, 2017, 206 ss.

aperto ed integrato, le politiche di de-carbonizzazione sono messe in atto dai governi nazionali con l'unico intento di portare avanti le proprie necessità.

Questo movimento 'al contrario' ha come effetto una sorta di ri-nazionalizzazione del mercato dell'energia e una distorsione del mercato interno. Perciò, per la Commissione, promuovere l'Unione dell'energia è per qualche aspetto una strada obbligata per raggiungere una convergenza tra i diversi meccanismi nazionali. La proposta di un "processo di *governance* dinamico" per l'Unione dell'energia tende a dare un assetto coerente alle azioni per l'energia e il clima potenzialmente confliggenti.

Di fronte ad un mercato a macchia di leopardo, nonostante una armonizzazione di base prodotta dalla regolazione di apertura dei mercati, il punto cruciale è quello del coordinamento delle politiche degli stati membri in vista del perseguimento di obiettivi comuni definiti a livello dell'Unione. Il cd *Winter Package* del 30.11.2016 propone un vasto pacchetto di misure ("*Clean energy for all Europeans*") che la Commissione europea ritiene necessarie per "guidare" la transizione verso un'energia pulita.

Senza poter entrare qui nel merito di questo intricato disegno, viene delineato un meccanismo nuovo e flessibile per connettere il livello dell'Unione e gli SM. La nuova architettura del sistema è definita in un progetto di regolamento sulla "*Governance dell'Unione dell'energia*", inteso come una 'cassetta degli attrezzi' che consenta di "ottimizzare, semplificare e accrescere la coerenza" delle diverse politiche e dare omogeneità alle relazioni tra i livelli di governo³⁰.

In un contesto in cui acquistano di nuovo un peso crescente le politiche nazionali e quindi le scelte dei governi in merito alle fonti e alle misure di supporto e incentivazione dobbiamo chiederci innanzitutto come si ridefinisce la relazione tra politica e regolazione (indipendente) e ancora quale ruolo sia affidato ai regolatori nazionali rappresentati nella rete all'interno dell'ACER.

Si assiste ad un riposizionamento della Commissione in rapporto ai governi nazionali che, attraverso un complesso meccanismo di pianificazione, comunicazione e monitoraggio, ha come obiettivo prioritario la convergenza delle politiche nazionali in vista del perseguimento di obiettivi comuni vincolanti fissati a livello europeo.

Riguardo il ruolo ed il funzionamento dell'ACER il nuovo disegno del mercato sembra tener fermo quello di coordinatore dell'azione dei regolatori nazionali. Tuttavia gli assegna limitate competenze addizionali nelle aree "where fragmented national decision-making on issues with cross-border relevance would lead to problems or inconsistencies for the internal market"³¹. D'altra parte l'opzione di centralizzare i poteri regolatori nelle mani dell'ACER, come nel caso delle Autorità dei mercati finanziari, non ha mai incontrato il favore né dei governi né degli *stakeholders*.

In ogni caso, dato che la cooperazione cross-border rappresenta elemento fondamentale di un effettivo mercato unico, i regolatori nazionali all'interno dell'ACER possono giocare un ruolo importante nelle politiche di decarbonizzazione. La loro cooperazione all'interno dell'Agenzia può avere come effetto non solo il coordinamento degli "sforzi" degli stati ma anche la riduzione delle loro divergenze³².

³⁰ Proposta per un Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio *sulla Governance dell'Unione dell'energia*, (COM(2016) 759 final del 30 novembre 2016).

³¹ *Ivi*, Explanatory Memorandum, 11.

³² V. L. AMMANNATI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione euro-*

5. Qualche considerazione di chiusura

L'analisi dei mercati presi come esempio in questo lavoro ha mostrato una evoluzione basata su movimenti e meccanismi differenti che si ripercuotono sui soggetti e sui modi della *governance*.

Da una parte, i mercati finanziari sui quali la crisi nei suoi molteplici aspetti ha evidenziato la necessità di un più alto tasso di armonizzazione non solo attraverso una regolazione uniforme ma soprattutto attraverso meccanismi di centralizzazione dell'*enforcement*. Questo movimento ha prodotto un primo mutamento nel modello di integrazione che ha poi trovato una completa espressione nell'Unione bancaria.

Se consideriamo questa evoluzione dal punto di vista degli attori e delle forme della *governance* vediamo come progressivamente il modello della rete in quanto luogo di composizione e coordinamento di interessi diversi sia ormai relegato sullo sfondo. Ciò che emerge sono nuovi meccanismi di accentrimento di tipo latamente gerarchico.

Dall'altra, il mercato dell'energia dove, accanto ad un processo di integrazione del mercato costruito sull'obiettivo di apertura dei mercati e attraverso meccanismi regolatori comuni, il peso delle politiche per il clima ha prodotto profondi effetti. Su questi mutamenti ha avuto una significativa influenza l'art. 194 Tfeue dopo Lisbona che riconosce una sorta di 'sovranità energetica' agli stati membri. Questo ha reso necessario trasferire ogni vincolo connesso alle politiche di de-carbonizzazione dal livello statale a quello europeo.

Così il processo di integrazione del mercato è ora affidato ad un modello di *governance* costruito su complessi meccanismi di relazione tra i diversi livelli. Si tratta comunque di relazioni singole tra Commissione e stati nazionali che, pur potendo predisporre politiche differenziate, debbono 'negoziare' il loro 'adeguamento' agli obiettivi fissati a livello centrale.

Siamo qui di fronte, per un verso, ad un superamento del modello della rete a favore di procedure a contenuto differenziato seppure finalizzate a perseguire obiettivi comuni posti come vincolanti. Per un altro, ad un suo permanere come asse dell'Agenzia anche se con un ruolo più debole.

Ricollegandoci a quanto detto inizialmente, la compresenza di modelli di *governance* diversi non solo tra i diversi mercati ma all'interno di uno stesso mercato può essere vista come un modo di 'sperimentare' soluzioni diversificate in un quadro in costante evoluzione e caratterizzato, adesso più che in altri momenti, da condizioni di incertezza. Innanzitutto incertezza sull'approdo del processo di integrazione portato avanti finora ma anche incertezza nel definire e dare strumenti a politiche in gran parte connesse, se non dipendenti, da un contesto globale estremamente mutevole.

pea. *Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Giappichelli, Torino, 2018, 3-25.



SAGGI

La commissione UE tra politica e regolazione dell'energia

di Filippo Donati

ABSTRACT

The European regulatory framework in the energy sector sets out a governance model based, at national level, on the separation between politics and regulation. This model has its own logic. No one can deny that the basic political choices in the field of energy policy must be reserved for the representative legislator. However, the advantages deriving from the separation between politics and regulation are undoubted, in terms of greater stability and technical adequacy of the market discipline, entrusted to bodies with specific expertise and subtracted from changes due to the alternation of political majorities.

The EU legislator has only partially implemented this model. While strengthening the autonomy and independence of national regulators from political pressures, it continues to entrust significant regulatory powers to the European Commission, which is accountable before the European Parliament. The Lisbon Treaty has strengthened this accountability, by providing that the President of the Commission is elected by the European Parliament and that the European Council, in proposing the candidacy, must take into account the results of the political elections.

As of today, the resistance to the establishment of an independent European regulatory authority still seems insurmountable. In fact, the energy sector reform plan known as the "Winter Package" or "clean energy package for all Europeans", strengthens the role of the Commission, to the detriment of that assigned to independent regulation.

Is such a choice really necessary?

This essay, aimed at answering such question, is divided into three parts. In the first one, I will analyse the case law which, according to a widespread opinion, would prevent the creation of independent European regulatory authorities. Secondly, I will refer to the evolution of the regulatory and jurisprudential framework which, after the entry into force of the Lisbon Treaty, would seem to allow a strengthening of independent regulation also at European level. Finally, I will move to the analysis of the main issues arising out from the energy governance model outlined in the Winter Package.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La creazione di autorità europee di regolazione tra Meroni e Romano. – 3. Il Trattato di Lisbona. – 4. La svolta della Corte di giustizia. – 5. Il Winter Package. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il quadro normativo europeo nel settore dell'energia delinea un modello di *governance* fondato sulla separazione politica e regolamentazione¹. Il legislativo

¹ Con il termine regolazione (o regolamentazione) si intende generalmente far riferimento al-

re dell'Unione europea, infatti, ha imposto agli Stati membri la creazione di autorità nazionali di regolamentazione (ANR), con posizione di autonomia e indipendenza non solo dal potere economico ma anche da quello politico. Il legislatore ha fissato inoltre gli obiettivi che le stesse sono chiamate a perseguire nell'esercizio delle loro attività, e le ha inserite in una rete volta a garantire un forte coordinamento tra le autorità nazionali e la Commissione e ad assicurare un'attuazione uniforme del quadro normativo su tutto il territorio dell'Unione.

In particolare, il cosiddetto terzo pacchetto energia del 2009² ha affidato alle ANR il compito di garantire la corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione su tutto il territorio europeo. A tal fine le nuove direttive hanno individuato espressamente gli obiettivi generali che le ANR sono chiamate a perseguire³ e ne hanno esteso le competenze⁴, affidando alle stesse anche il potere di irrogare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive alle imprese elettriche che non ottemperano agli obblighi ad esse imposti sulla base della normativa applicabile⁵. Le autorità nazionali sono chiamate ad operare in stretta cooperazione con la Commissione, con l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia («Acer»)⁶ e con le autorità degli altri Stati membri⁷. Le nuove direttive hanno poi imposto agli Stati membri l'obbligo di assicurare l'indipendenza delle autorità di regolazione non solo dalle imprese regolate, ma anche dal potere politico⁸. A tal riguardo le autorità nazionali,

la disciplina volta a conformare il mercato in vista del conseguimento di determinati interessi pubblici che il mercato da solo non può assicurare (cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 11 ss. secondo cui la regolazione deve essere limitata «a quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare». In questa prospettiva v. anche G. MARZI-L. PROSPERETTI-E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 18. In argomento v. ora L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 77 ss.). Alla definizione ed applicazione di questa disciplina, i cui tratti essenziali sono stabiliti attraverso gli ordinari strumenti di produzione normativa, comunitari e nazionali, possono partecipare autorità indipendenti (anche se non tutte le autorità indipendenti svolgono funzioni di regolazione: cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.) alle quali può essere attribuito il potere di dettare sia regole generali (in argomento cfr., fra gli altri, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 2004; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, p. 85 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 135 ss.; G. DE MINICO, *Antitrust e Consob obiettivi e funzioni*, Padova, Cedam, 1997, p. 227 ss.; Id., *Regole comando consenso*, Giappichelli, Torino, 2004) sia atti a carattere provvedimento (per un complessivo esame degli atti (generali ed individuali) delle autorità di regolamentazione cfr. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 297 ss.).

² Il terzo pacchetto comprende due direttive (la direttiva 2009/72/CE sul mercato interno dell'energia elettrica e la 2009/73/CE, sul mercato interno del gas), e tre regolamenti (il regolamento n. 713/2009, che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, e i regolamenti n. 714/2009 e n. 715/2009 in materia di accesso alle infrastrutture di trasmissione e trasporto dell'energia elettrica e del gas).

³ Cfr. l'art. 36 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 40 direttiva 2009/73/CE.

⁴ Cfr. l'art. 37 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41 direttiva 2009/73/CE.

⁵ Cfr. l'art. 37(4)(d) della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41(3)(d) della direttiva 2009/73/CE.

⁶ Regolamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia.

⁷ Cfr. al riguardo gli artt. 34 ss. della direttiva 2009/72/CE e gli artt. 39 ss. della direttiva 2009/73/CE.

⁸ Cfr. l'art. 35 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 39 direttiva 2009/73/CE.

nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione, non possono sollecitare né accettare istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati e devono essere messe in condizione di poter prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico⁹. È infatti evidente che, ove le ANR fossero dipendenti dagli organi politici nazionali e tenute pertanto a seguire gli indirizzi fissati da questi, risulterebbe impossibile garantire la necessaria uniformità nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Questo modello ha evidentemente una sua logica. Nessuno può negare che le scelte di fondo in materia di politica energetica debbono essere riservate al legislatore rappresentativo. Tuttavia sono indubbi i vantaggi che derivano dalla separazione tra politica e regolazione, in termini di maggiore stabilità e adeguatezza tecnica della disciplina di mercato, affidata ad organi dotati di specifica competenza nel settore e sottratta ai cambiamenti dovuti alle alternanze delle maggioranze politiche¹⁰.

Il legislatore dell'Unione europea, tuttavia, ha dato attuazione parziale a questo modello. Se da una parte ha rafforzato l'autonomia e l'indipendenza dei regolatori nazionali dagli organi di indirizzo politico, infatti, dall'altra parte continua ad affidare importantissime funzioni di regolamentazione e di vigilanza alla Commissione, che pure è un organo politico. È vero che il sistema dell'Unione garantisce l'indipendenza della Commissione¹¹ e che la stessa opera attraverso apparati amministrativi altamente specializzati con una approfondita conoscenza tecnica del settore. Resta però il fatto che la Commissione risponde del proprio operato dinanzi al Parlamento europeo, il quale può censurarla e esigerne le dimissioni, come è accaduto per il collegio presieduto da *Jacques Santer* a seguito della mozione di censura del 16 marzo 1999. Il Trattato di Lisbona ha del resto rafforzato il carattere «politico» della Commissione, prevedendo che il Presidente della Commissione venga eletto dal Parlamento europeo e che il Consiglio europeo, nel proporre la candidatura, deve tenere conto dei risultati delle elezioni politiche¹². Alla base delle vecchie proposte volte ad istituire un'autorità indipendente per la concorrenza in Europa stava appunto il rilievo che la Commissione, essendo un'istituzione politica, non garantirebbe sufficientemente la neutralità necessaria all'applicazione delle regole *antitrust*¹³. La Commissione, del resto, si è sempre opposta a iniziative volte a circoscriverne i poteri.

L'ambizioso piano di riforma del settore dell'energia presentato lo scorso 30 novembre 2016 dalla Commissione, conosciuto come «*Winter Package*» o «pacchetto energia pulita per tutti gli europei»¹⁴, pur contenendo importanti

⁹ L'indipendenza garantita alle autorità di regolazione dell'energia appare superiore rispetto a quella riconosciuta alle ANR nel settore delle comunicazioni elettroniche, per le quali l'indipendenza riconosciuta dall'art. 3, comma 3 *bis*, direttiva 2002/21/CE (come modificata dalla direttiva 2009/140/CE) «*non osta alla supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale*».

¹⁰ Sui vantaggi di questo modello si vedano, oltre alle considerazioni esposte nel testo, le riflessioni di E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *questa Rivista*, n. 1/2014.

¹¹ I commissari sono scelti in base alla loro competenza generale e offrono ogni garanzia di indipendenza e non possono ricevere istruzioni da nessun governo o organismo degli Stati membri (articolo 17 TUE).

¹² Cfr. l'art. 17 TUE.

¹³ Cfr. per tutti G. AMATO, *Perché un'Autorità indipendente per la concorrenza in Europa*, in *Contratto e impresa – Europa*, 1997, pp. 512-513; D.WOLF, *Il dibattito su un'Autorità antitrust europea*, in *Contratto e impresa – Europa*, 1997, p. 514 ss.

¹⁴ Il Pacchetto legislativo è introdotto da una comunicazione «*Clear Energy for All Euro-*

innovazioni per completare il mercato interno e rafforzare la produzione e il consumo di energie rinnovabili, non ha eliminato questa “asimmetria”.

Obiettivo del nuovo pacchetto è quello di realizzare gli obiettivi indicati nella tabella di marcia per l’energia 2050¹⁵ e nell’Accordo di Parigi adottato nell’ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, firmato il 22 aprile 2016 e ratificato dall’Unione europea il 5 ottobre 2016. Per realizzare un piano così ambizioso, il pacchetto contiene due proposte di regolamento che riguardano la *governance* dell’Unione in materia di energia e l’Acer.

Le resistenze all’istituzione di una vera autorità di regolazione europea paiono tuttavia ancora insuperabili. Il «*Winter Package*» propone infatti un modello di *governance* caratterizzato dal rafforzamento del ruolo della Commissione, a scapito di quello affidato alla regolazione indipendente.

Una scelta del genere è davvero necessaria, oppure esistono ancora margini per consentire, nel corso dei procedimenti legislativi originati dalla proposta della Commissione, un rafforzamento della regolazione indipendente?

Qui di seguito svolgerò alcune considerazioni per rispondere a questo interrogativo. In primo luogo richiamerò il quadro giurisprudenziale che, secondo una diffusa opinione, impedirebbe la creazione di autorità europee indipendenti di regolamentazione. In secondo luogo farò riferimento all’evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale che, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, parrebbe consentire un rafforzamento della regolazione indipendente anche in Europa. Infine cercherò di evidenziare alcuni aspetti critici che il modello di *governance* dell’energia proposto con il «*Winter Package*» solleva.

2. La creazione di autorità europee di regolazione tra Meroni e Romano

La creazione di autorità europee di regolazione continua a trovare un forte ostacolo nella cosiddetta dottrina Meroni, in forza della quale eventuali deleghe dalla Commissione ad organismi autonomi possono avere ad oggetto soltanto poteri di esecuzione ben definiti, il cui esercizio sia sottoposto al pieno controllo dell’autorità delegante. La delega di un potere che implica «un ampio margine di discrezionalità», secondo la Corte, finirebbe per violare il principio dell’equilibrio istituzionale previsto dai Trattati¹⁶.

peans» e contiene otto proposte legislative in 4 ambiti: (i) per il mercato elettrico, la proposta di direttiva sulle regole comuni del mercato elettrico europeo, la proposta di revisione del regolamento sul mercato elettrico, la proposta di regolamento per la preparazione al rischio nel settore elettrico, che abroga la Direttiva 2005/89/CE e la proposta di revisione del regolamento per l’istituzione dell’agenzia per la cooperazione dei regolatori dell’energia; (ii) per le fonti rinnovabili, la proposta di revisione della direttiva 2009/28/CE sulle fonti rinnovabili; (iii) per l’efficienza energetica, la proposta di revisione della direttiva 2012/27/CE sull’Efficienza Energetica e la proposta di revisione della direttiva 2010/31/CE sulla prestazione energetica nell’edilizia (accompagnata da una iniziativa europea per l’edilizia), e (iv) per la *governance* la proposta di regolamento sulla *governance* dell’Unione dell’energia.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti, «*Una strategia quadro per un’Unione dell’energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*», COM(2015) 80 final.

¹⁶ Corte di Giustizia, sentenze 13 giugno 1958, causa 9/56, Meroni c. Alta Autorità, in *Racc.*, 1958, 11, e 13 giugno 1958, causa 10/56, Meroni c. Alta Autorità, in *Racc.*, 1958, 51.

Questa impostazione è stata però adottata in un contesto assai diverso da quello attuale. Si trattava infatti di valutare la compatibilità rispetto al Trattato CECA di una delega dell'Alta autorità in favore di due società private di diritto belga per la regolazione di alcuni aspetti relativi a transazioni su rottami ferrosi. La dottrina Meroni è stata tuttavia costantemente richiamata negli anni successivi come limite al conferimento di poteri alle agenzie, che via via andavano proliferando nel panorama europeo¹⁷, nonostante che la decisione Meroni non facesse affatto riferimento alle agenzie¹⁸.

In particolare, la Commissione ha sempre sostenuto che le varie agenzie europee, comprese quelle che vengono indicate come «agenzie di regolazione», sono soggette ai limiti stabiliti in Meroni. Secondo questa impostazione, le agenzie europee di regolazione *«non hanno il potere di adottare misure normative di tipo generale. Esse possono esclusivamente adottare, in condizioni ben definite e senza un reale potere discrezionale, decisioni individuali in settori specifici in cui è richiesta una particolare competenza tecnica. Inoltre, non possono esercitare poteri suscettibili di influire sulle competenze che il trattato ha esplicitamente attribuito alla Commissione (ad esempio nella sua funzione di custode del diritto comunitario)»*¹⁹.

Un approccio ancor più rigido volto a limitare la possibilità di delegare poteri di regolazione è stato seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza Romano²⁰. La questione riguardava i poteri di un ente pubblico, istituito da un regolamento²¹, di imporre alle autorità nazionali di previdenza alcuni criteri per l'applicazione della disciplina europea in materia di pensione di invalidità.

In questa decisione la Corte ha escluso la possibilità di delegare ad organi diversi dalla Commissione e dal Consiglio il potere di adottare atti di natura normativa, sulla base di due argomenti. Il primo è collegato al fatto che l'allora vigente art. 155 TCE (poi divenuto art. 211 TCE) prevedeva la possibilità per Consiglio di delegare poteri di attuazione alla Commissione, non invece ad altri organi. In secondo luogo, il Trattato al tempo prevedeva un controllo giurisdizionale solo sugli atti delle istituzioni, non permettendo quindi la delega di potere a soggetti i cui atti sono sottratti al controllo di legalità.

Questa conclusione lasciava intendere che il divieto sancito in Romano fosse di portata addirittura più ampia di quello contenuto in Meroni. Anche gli atti che non costituiscono esercizio di un «ampio margine di discrezionalità», che pure non incorrono nel divieto sancito in Meroni, ove delegati a soggetti estranei all'apparato istituzionale della Comunità finivano infatti per essere sottratti ad ogni forma di sindacato giudiziale. Questa lettura pare del resto avvalorata dalle conclusioni dell'Avvocato generale Warner nel caso Romano,

¹⁷ Cfr. E. CHITI, *An Important Part of the Eu's Institutional Machinery: features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *CMLREV.*, 2009, p. 1420 ss.

¹⁸ Cfr. le considerazioni di M. CHAMON, *EU Agencies Between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue*, in *CMLREV.*, 2011, spec. p. 1056 ss.

¹⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio su «*Il futuro delle agenzie europee*», 11 marzo 2008, COM(2008) 135 definitivo. Sulle proposte della Commissione in materia di agenzie europee cfr. F. COMPTE, *Agence européennes: relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2008, p. 461 ss.

²⁰ Corte di giustizia, sentenza 14 maggio 1981, causa 98/90, Romano contro Institut national d'assurance maladie-invalidité, EU:C:1981:104.

²¹ La Commissione amministrativa delle Comunità europee per la previdenza sociale dei lavoratori migranti, di cui al regolamento del Consiglio n. 574/72.

secondo il quale «l'ipotesi che la Comunità possa istituire un organo amministrativo fornito del potere di adottare provvedimenti giuridicamente vincolanti, ma non soggetti, in quanto tali, al sindacato di questa Corte, mi sembra incompatibile col sistema del Trattato. D'altronde, ho l'impressione che la figura di un organo amministrativo i cui provvedimenti non siano soggetti a controllo giurisdizionale non sia nemmeno compatibile con i principi costituzionali riconosciuti in tutti gli Stati membri e, credo, in tutte le nazioni civili».

Nonostante un orientamento giurisprudenziale così rigido, però, negli ultimi venti anni il legislatore europeo ha creato un numero crescente di agenzie, inducendo alcuni autori a parlare di una vera e propria «agenzificazione»²². Alcune di queste sono chiamate soltanto a fornire pareri non vincolanti alla Commissione²³, altre possono adottare decisioni vincolanti senza l'intervento della Commissione²⁴.

Questa proliferazione di agenzie, in contrasto con la posizione di forte chiusura assunta dalla Corte di giustizia nelle sentenze Meroni e Romano, rende evidente la necessità di un intervento chiarificatore del legislatore.

3. Il Trattato di Lisbona

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha mutato soltanto in parte il quadro di riferimento.

Il primo degli argomenti addotti in Romano per escludere che la Commissione possa delegare poteri alle agenzie era desunto dall'allora vigente art. 155 TCEE, che prevedeva la possibilità di delega solo in favore della Commissione. Sotto questo profilo, però, il Trattato di Lisbona non ha introdotto novità di rilievo. L'art. 290 TFUE prevede infatti che il legislatore possa delegare il potere di adottare atti non legislativi di portata generale soltanto a favore della Commissione. L'art. 291 TFUE consente inoltre la delega di poteri di attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione solo alla Commissione e, in casi specifici, al Consiglio. Queste disposizioni parrebbero dunque precludere al legislatore la possibilità di delegare atti non legislativi di portata generale o atti esecutivi ad agenzie, e tanto meno ad autorità indipendenti di regolazione.

Il secondo argomento impiegato in Romano faceva leva sull'assenza di un controllo giurisdizionale sugli atti delle agenzie. Il Trattato di Lisbona ha però colmato questo vuoto ed aperto la possibilità di una delega di poteri anche a enti diversi dalle istituzioni dell'Unione. Gli artt. 263, 265, 267 e 277 TFUE, infatti, attribuiscono espressamente alla Corte di giustizia giurisdizione su tutti gli atti adottati dagli «organi o organismi dell'Unione».

In definitiva, ad oggi, il TFUE non prevede ancora la possibilità di costituire agenzie o altri organismi indipendenti cui affidare poteri di regolazione, prevedendo tuttavia un controllo giudiziario sugli atti adottati da tali enti. La previ-

²² Cfr. di recente C. Tovo, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 3 ss.

²³ Cfr. ad esempio l'Autorità europea per la sicurezza alimentare o l'Agenzia europea del farmaco.

²⁴ Cfr. la classificazione di GRILLER-ORATOR, *Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine*, in *EL Rev.*, 2010, p. 1 ss.

sione di un controllo giurisdizionale anche sugli atti delle agenzie destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi presuppone però, logicamente, la possibilità di conferire poteri alle stesse. Inoltre l'evoluzione del processo di integrazione europea rispetto al periodo in cui furono adottate le decisioni Meroni e Romano è stata talmente radicale, da giustificare un ripensamento dei principi ivi stabiliti alla luce del nuovo contesto di riferimento²⁵.

Nella sentenza Meroni, adottata nel 1958, la Corte era chiamata a verificare la conformità rispetto al Trattato CECA di una singolare delega di poteri a favore di soggetti privati di diritto belga. Il caso Romano fu deciso nel 1981, quando lo sviluppo dello Stato regolatore in Europa²⁶ era appena all'inizio. In quel periodo storico, come è stato efficacemente sottolineato, non era ancora emersa l'esigenza di delegare poteri a organi non menzionati nei Trattati. Questa esigenza è però ben presto emersa con la progressiva espansione delle competenze dell'Unione, per effetto delle revisioni dei Trattati²⁷. Questa espansione ha del resto toccato settori che richiedono una forte competenza tecnica e specializzazione. Di qui la scelta di istituire agenzie o organismi specializzati, con funzioni di supporto della Commissione e talvolta con poteri decisionali autonomi.

La questione relativa al conferimento di ampi poteri discrezionali ad un organo estraneo al sistema istituzionale dell'Unione si è posta nel caso *Schröder*²⁸, con riferimento ai poteri dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali, ma il Tribunale l'ha affrontata sotto il profilo dei limiti al sindacato giurisdizionale esercitabile nei confronti di tale organo, non invece sotto il profilo dei limiti alla delegazione di poteri derivanti dalla giurisprudenza Meroni e Romano.

In mancanza di un intervento decisivo del legislatore, era dunque inevitabile che la Corte di giustizia fosse presto chiamata nuovamente a risolvere il problema relativo alla possibilità, nel mutato contesto dell'Unione europea, di delegare poteri di attuazione del diritto dell'Unione a soggetti diversi dalla Commissione e dal Consiglio.

4. La svolta della Corte di giustizia

La Grande Sezione della Corte di giustizia ha fornito importanti chiarimenti nella sentenza del 22 gennaio 2014, relativa ai poteri dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA)²⁹.

Con un ricorso ex art. 263 TFUE, il Regno Unito ha chiesto l'annullamento dell'art. 28 del regolamento sulle vendite allo scoperto³⁰. Tale disposizione au-

²⁵ Cfr. al riguardo le considerazioni di M. CHAMON, *EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense*, in *MJ*, 2010, p. 281 ss.

²⁶ A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

²⁷ Cfr. le considerazioni di M. CHAMON, *EU Agencies Between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue*, cit., spec. p. 1072 ss.

²⁸ Tribunale dell'UE, Settima Sezione, sentenza 19 novembre 2008, causa T-187/06, Ralf Schröder c. Ufficio comunitario delle varietà vegetali.

²⁹ Grande Sezione, 22 gennaio 2014, C-270/12, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea. Su tale decisione cfr. C.F. BERGSTROM, *Shaping the new system for delegation of powers to EU agencies: United Kingdom v. European Parliament and Council (Shoert Selling)*, in *CMLREV.*, 2015, p. 219 ss.

³⁰ Regolamento (UE) n. 236/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo

torizza l'ESMA a imporre, con provvedimenti di natura vincolante, limitazioni sulle vendite allo scoperto, quando ravvisa «una minaccia all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o alla stabilità di tutto o di parte del sistema finanziario dell'Unione e sussistono implicazioni transfrontaliere». La Corte era chiamata a stabilire se il conferimento di poteri siffatti fosse compatibile con i principi in materia di delega di poteri enunciati nelle sentenze Meroni e Romano.

L'istituzione dell'ESMA si inserisce all'interno di una serie di misure introdotte dal legislatore europeo, a seguito della grave crisi dei mercati finanziari scoppiata nel 2009³¹. Per fronteggiare la crisi, che rischiava di mettere a repentaglio la tenuta complessiva dell'unione economica e monetaria (UEM), vennero introdotti molteplici misure.

In primo luogo vennero adottati strumenti volti a permettere un maggiore coordinamento tra le politiche economiche degli Stati membri e a garantire il rispetto dei vincoli al debito pubblico introdotti con il Patto di stabilità e crescita del 1997³². In questa categoria rientrano il cosiddetto *six pack* (un insieme di misure volte a rafforzare il rispetto del Patto prevedendo – tra l'altro – un semi-automatismo per l'irrogazione delle sanzioni nei confronti dei Paesi che ne violano le regole³³), il «*Fiscal Compact*» (un trattato internazionale sottoscritto il 2 marzo 2012 da 25 dei 27 Stati dell'Unione europea, che prevede tra l'altro l'obbligo delle parti contraenti di inserire nel proprio ordinamento interno – preferibilmente a livello costituzionale – il principio del pareggio di bilancio), e il «*two pack*» (che introduce tra l'altro una procedura di vigilanza rafforzata, nell'ambito della quale gli Stati sono chiamati a sottoporre al controllo della Commissione il progetto di bilancio).

In secondo luogo vennero introdotte misure volte a permettere il salvataggio degli Stati in crisi. Tra queste misure rientrano il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF), uno strumento di assistenza finanziaria per gli Stati minacciati da gravi difficoltà basato sull'art. 122, comma 2 TFUE, il fondo europeo per la stabilità finanziaria (FESF), uno strumento provvisorio di aiuto finanziario agli Stati dell'eurozona in difficoltà, e il meccanismo europeo di stabilità (MES), costituito nel corso del 2012 in sostituzione del MESF e del FESF come strumento permanente di sostegno finanziario volto a salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso³⁴.

Anche la BCE ha svolto un importante ruolo di sostegno agli Stati più colpiti dalla crisi, mediante operazioni di acquisto di titoli del debito pubblico sul mercato secondario³⁵.

2012, relativo alle vendite allo scoperto e a taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap).

³¹ Al riguardo cfr., eventualmente, F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 337 ss.

³² Rapporto deficit/PIL sotto il 3% e debito pubblico sotto il 60% del PIL.

³³ Le sanzioni sono infatti raccomandate dalla Commissione e si considerano approvate dal Consiglio a meno che esso non la respinga con voto a maggioranza qualificata («maggioranza inversa») degli Stati dell'area euro, senza tenere conto del voto dello Stato interessato.

³⁴ Per una efficace sintesi dei vari strumenti introdotti per affrontare la crisi dell'eurozona cfr. da ultimo C. CARUSO-M. MORVILLO, *Economic governance and budgetary rules in the European context: a call for a new European constitutionalism*, di prossima pubblicazione su *Il Diritto dell'Unione europea*, e ivi un richiamo all'amplessima letteratura sul tema.

³⁵ Il Consiglio direttivo della BCE, nella riunione del 14 maggio 2010, ha approvato il Securities Market Program (SMP), un piano di acquisto sul mercato secondario di titoli statali di debito pubblico dei paesi dell'eurozona. Per effetto di tale decisione, la BCE ha acquistato sul mercato

In questo contesto, il legislatore ha ritenuto indispensabile istituire anche autorità poteri di vigilanza e di intervento sui mercati finanziari, al fine di garantirne il corretto funzionamento e di evitare il ripetersi di pericolose crisi. In questa prospettiva sono state istituite l'Autorità bancaria europea³⁶, l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali³⁷, nonché l'ESMA³⁸.

Il regolamento istitutivo dell'ESMA ha attribuito alla stessa il potere di adottare decisioni individuali nei confronti delle autorità nazionali competenti e dei partecipanti ai mercati finanziari al fine di garantire il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione³⁹. L'art. 28 del regolamento n. 236/2012 sulle vendite allo scoperto ha poi attribuito all'ESMA il potere, quando sussiste «una minaccia all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o alla stabilità di tutto o di parte del sistema finanziario dell'Unione e sussistono implicazioni transfrontaliere», di adottare una serie di misure individuali o generali volte ad imporre obblighi di trasparenza sulle operazioni di vendita allo scoperto ovvero a limitarne o proibirne il compimento.

Il Regno Unito, con ricorso ex art. 263 TFUE, ha sostenuto che l'art. 28 del regolamento n. 236/2012 riconosce all'ESMA un potere discrezionale così ampio nello stabilire i presupposti del suo intervento e nella scelta del tipo di misura da adottare, da risultare in netto contrasto con l'equilibrio dei poteri sancito dai trattati, come interpretato dalla Corte in particolare nella giurisprudenza Meroni e Romano.

La Corte di giustizia ha sottolineato in primo luogo che la sentenza Meroni riguarda un caso di delega di poteri a soggetti di diritto privato, mentre l'ESMA «è un ente dell'Unione creato dal legislatore di quest'ultima». Ciò premesso, la Corte, pur riaffermando la perdurante validità dei principi sanciti in Meroni, ha ritenuto che, nel caso di specie, la previsione da parte del legislatore di criteri e condizioni che delimitano l'esercizio del potere affidato all'agenzia sia suffi-

secondario obbligazioni degli Stati dell'eurozona in difficoltà per un importo di circa 210 miliardi di euro. La BCE, nel settembre 2012, ha poi annunciato l'introduzione del programma relativo alle ODM, un meccanismo che consente acquisti illimitati sul mercato secondario di titoli del debito pubblico degli Stati dell'eurozona. L'attivazione di ODM è subordinata all'adesione da parte dello Stato interessato a un programma dell'EFSF o del MES, nonché dall'assunzione da parte dello Stato interessato di misure volte al risanamento finanziario. In tal modo si realizza una forte complementarità tra gli interventi del MES, finalizzati a garantire aiuti agli Stati bisognosi, e quelli della BCE, finalizzati a garantire il corretto funzionamento della politica monetaria. Sul ruolo giocato dalla BCE nella gestione della crisi che ha colpito l'eurozona cfr., tra gli altri, T. BEUKERS, *The New EBC and its Relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention*, in *CMLREV.*, 2013, p. 1579 ss., il quale evidenzia alcune forzature degli interventi effettuati rispetto alla posizione di indipendenza che il Trattato di Maastricht attribuisce alla BCE.

³⁶ Cfr. il regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione.

³⁷ Cfr. il regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/79/CE della Commissione.

³⁸ Cfr. il regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/77/CE della Commissione.

³⁹ Cfr. gli artt. 8 e 9 del regolamento (UE) n. 1095/2010.

ciente per escludere il conferimento di un «vero potere discrezionale», incompatibile con il TFUE ai sensi della dottrina Meroni. Sotto questo profilo la Corte ha evidenziato, tra l'altro, che la disciplina impugnata prevede un meccanismo procedurale basato sulla consultazione con altre amministrazioni competenti e sull'obbligo di trasmettere alle autorità nazionali competenti interessate la misura di cui si propone l'adozione, con i dettagli della stessa e le motivazioni che la giustificano.

La Corte ha inoltre ritenuto che il nuovo quadro istituzionale dettato dal Trattato di Lisbona permetta di ritenere ormai superati i due ostacoli che, secondo Romano, impedivano al legislatore la delega del potere di emanare «atti di portata generale» a favore di soggetti diversi dalla commissione o dal Consiglio (assenza di controllo giurisdizionale e mancata previsione nei Trattati di un potere di delega a soggetti diversi dal Consiglio e dalla Commissione).

In primo luogo, infatti, il Trattato di Lisbona ha formalmente esteso il controllo di legittimità della Corte di giustizia anche agli atti delle agenzie. Una conclusione analoga per vero era già desumibile dai principi affermati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza sul caso *Les Verts*⁴⁰. In quella decisione, infatti, la Corte ha ritenuto possibile assoggettare al proprio controllo un atto del Parlamento europeo, nonostante che l'allora vigente art. 164 TCEE prevedesse un controllo di legittimità soltanto sugli atti del Consiglio e della Commissione⁴¹. Le nuove previsioni contenute negli articoli 263, 265, 267 e 277 TFUE, in ogni caso, hanno ormai chiarito che la Corte di giustizia esercita il controllo di legittimità sugli tutti gli atti delle istituzioni e degli organi o organismi dell'Unione, nessuno escluso, destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

In secondo luogo, anche se i Trattati non contengono alcuna disposizione che consenta di attribuire competenze a un organo o a un organismo dell'Unione, un'interpretazione sistematica degli stessi permette di ritenere che la delega di poteri a favore dell'ESMA contenuta nell'art. 28 del regolamento sulle vendite allo scoperto non può essere ritenuta illegittima. In particolare, «pur essendo vero che i trattati non contengono alcuna disposizione che consenta di attribuire competenze a un organo o a un organismo dell'Unione», la previsione di un controllo giurisdizionale della Corte di giustizia tutti gli «organi» e gli «organismi» dell'Unione presuppone l'esistenza di una siffatta possibilità⁴². La Corte ha poi aggiunto che l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 fa parte di un insieme di disposizioni volte a dotare le autorità nazionali competenti e l'ESMA di poteri di intervento per fronteggiare gravi crisi finanziarie, attraverso la possibilità di imporre restrizioni temporanee alla vendita allo scoperto di taluni titoli finanziari o alla conclusione di contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente

⁴⁰ Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 1986, *Parti ecologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo*, causa 294/83.

⁴¹ *La Corte ha affermato in questa decisione che «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato».*

⁴² Di qui la conclusione che «il quadro istituzionale stabilito dal Trattato FUE – in particolare agli articoli 263, primo comma, TFUE e 277 TFUE – consente espressamente agli organi e agli organismi dell'Unione di adottare atti di portata generale» (Grande Sezione, 22 gennaio 2014, C-270/12, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, punto 65).

(credit default swap) o ad altre operazioni. Questi enti, sottolinea la Corte di giustizia, «dispongono di un elevato livello di perizia professionale e collaborano strettamente nel perseguimento dell'obiettivo di stabilità finanziaria all'interno dell'Unione».

In definitiva, la Corte di giustizia ha ritenuto possibile l'attribuzione ad un organo o organismo dotato di un elevato livello di perizia professionale di poteri siano volti al perseguimento di fini di interesse generale, stabiliti dal legislatore dell'Unione, sulla base di criteri e condizioni tali da evitare un eccessivo margine di discrezionalità nel loro esercizio.

In tal modo la Corte di giustizia ha definitivamente chiarito che le sentenze Meroni e Romani non sono più invocabili per impedire la creazione di un'autorità europea indipendente di regolazione⁴³.

5. Il Winter Package

L'attuale quadro normativo europeo, quale emerge dal cosiddetto terzo pacchetto, delinea un sistema di *governance* fondato su due pilastri, le autorità indipendenti (ANR e ACER) e la Commissione europea, con un equilibrio tutto a favore del secondo, perché la Commissione continua indubbiamente a svolgere il ruolo di guida sia nella definizione degli obiettivi di politica energetica sia nelle scelte di natura regolatoria in materia.

L'ACER non rappresenta un mero braccio operativo della Commissione. Si tratta, infatti, di un organismo indipendente, istituito al fine di assicurare l'uniformità delle funzioni di regolazione svolte dalle autorità nazionali⁴⁴, che ha rappresentato un decisivo salto di qualità rispetto al Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità istituito nel 2003⁴⁵.

Molti avevano auspicato che l'istituzione dell'ACER potesse essere considerata come un passaggio verso la creazione di un regolatore europeo indipendente dell'energia. Sotto questo profilo, tuttavia, le nuove proposte non solo non contengono alcuna novità, ma addirittura sembrano fare un passo indietro: anziché muovere verso la regolazione indipendente, mirano a un ulteriore rafforzamento della Commissione.

Il ruolo centrale della Commissione emerge con nettezza dalla proposta di regolamento sulla *governance* europea dell'energia, che prevede un forte potere di controllo e di guida della Commissione sulle scelte strategiche degli Stati membri in materia di energia. In particolare, gli Stati sono tenuti a sottoporre i piani nazionali per il clima e i piani nazionali per le rinnovabili e l'efficienza energetica alla Commissione, la quale può inviare raccomandazioni e controllarne l'attuazione⁴⁶.

⁴³ Sulla questione relativa alla possibilità e ai limiti della delega di poteri di regolazione ad amministrazioni europee, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e dei contributi dottrinali in materia, cfr. da ultimo M. SIMONCINI, *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine. A Study on EU Agencies*, Hart, 2018.

⁴⁴ Art. 1, comma 2, regolamento n. 713/2009/CE.

⁴⁵ Cfr. la decisione della Commissione dell'11 novembre 2003 che istituisce il gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità (2003/796/CE), in GUCE 14 novembre 2003, L 296/34.

⁴⁶ Cfr. al riguardo, eventualmente, F. DONATI, *La Roadmap 2050 e la governance europea dell'Energia*, in *questa Rivista*, 2014.

Dall'altro lato, la proposta di regolamento sull'ACER⁴⁷ continua a configurare tale organo essenzialmente come centro di coordinamento delle ANR, anziché come vera e propria autorità europea di regolazione. La nuova proposta, inoltre, depotenzia sotto certi profili i poteri dell'ACER ed assoggetta la stessa ad un maggior controllo della Commissione. In particolare, viene previsto un rafforzamento delle competenze del consiglio d'amministrazione e del direttore dell'ACER, a scapito di quelle del comitato dei regolatori, ed una riduzione della garanzia di indipendenza dei membri del consiglio d'amministrazione e del direttore. Nella nuova proposta, infatti, il divieto per i membri del consiglio d'amministrazione di sollecitare o di accettare istruzioni dalla Commissione viene espressamente abrogato⁴⁸.

La Commissione, in sostanza, ha proposto un disegno di riforma volto a rafforzare il proprio ruolo nella *governance* europea dell'energia.

6. Considerazioni conclusive

L'assetto di *governance* che emerge dal cosiddetto «*Winter Package*» è soddisfacente, oppure è auspicabile un rafforzamento della regolazione indipendente?

Un esempio delle distorsioni che possono discendere dall'ingerenza politica su scelte che, per la materia cui accedono, dovrebbero essere rimesse alla regolazione indipendente, è offerto dal caso Europa Way e Persidera, recentemente deciso dalla Corte di giustizia⁴⁹.

La questione riguarda le procedure per l'assegnazione delle frequenze televisive in Italia, nell'ambito del passaggio dall'analogico al digitale terrestre⁵⁰. L'iniziale disciplina fissata dall'AGCom, che prevedeva l'assegnazione gratuita delle frequenze all'esito di una procedura di «*beauty contest*», prevedeva l'attribuzione a titolo gratuito di alcuni *multiplex* a piccoli operatori e nuovi entranti sul mercato. Tale disciplina è stata dapprima sospesa⁵¹, e poi sostituita

⁴⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (rifusione), Bruxelles, 23 febbraio 2017, COM(2016) 863 *final*/2.

⁴⁸ Cfr. il nuovo art. 19, comma 6, introdotto dalla proposta di regolamento in esame, che elimina per i consiglieri di amministrazione il divieto di sollecitare e accettare istruzioni politiche. In nuovo art. 23, comma 6 della proposta mantiene invece, per il solo comitato dei regolatori, l'obbligo di agire «*in piena autonomia, senza chiedere né accettare istruzioni da parte dei governi degli Stati membri, dalla Commissione o da un altro soggetto pubblico o privato*».

⁴⁹ Corte di giustizia, Quarta sezione, sentenza 26 luglio 2017, causa C-560/15, Europa Way s.r.l. e Persidera S.p.A. c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e altri. Nello stesso giorno la Corte di giustizia si è pronunciata anche su una diversa causa relativa a un rinvio pregiudiziale di cui è parte Persidera (causa C-112/16, Persidera S.p.A. c. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), anch'essa relativa all'assegnazione delle frequenze televisive in Italia, nell'ambito del passaggio dall'analogico al digitale terrestre. Questa seconda causa riguarda le modalità di assegnazione di otto *multiplex* e, in particolare, l'attribuzione a Rai e Mediaset di due *multiplex* ciascuna, a dispetto dell'unico *multiplex* assegnato a Persidera. La questione attiene alla compatibilità del fattore di conversione di frequenze applicato in Italia con i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza e proporzionalità.

⁵⁰ La maggiore efficienza della tecnologia digitale (che permette trasmissione simultanea di più programmi su una stessa radiofrequenza) rispetto a quella analogica ha reso disponibili una serie di radiofrequenze (il cosiddetto «dividendo digitale»).

⁵¹ Decreto del Ministero dello Sviluppo economico 20 gennaio 2012.

dal Governo con procedura di selezione pubblica onerosa⁵². La Corte di Giustizia, nel giudizio di rinvio ex art. 267 TFUE, ha riconosciuto che un intervento del Governo volto a sospendere la procedura di assegnazione delle frequenze e a cambiarne le regole, contrasta con la disciplina europea in materia di comunicazioni elettroniche, che affida le funzioni di regolamentazione del mercato televisivo ad una autorità amministrativa indipendente dal potere politico⁵³.

In particolare, la Corte di giustizia ha sottolineato che il legislatore europeo ha ritenuto necessario garantire ciascuna ANR contro «*qualsiasi intervento esterno o pressione politica che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere*».

Considerazioni del genere, dettate con specifico riferimento alla disciplina sulle comunicazioni elettroniche, valgono evidentemente anche per il settore dell'energia, dove la disciplina del 2009 ha espressamente tutelato l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione dalle ingerenze di ogni potere, sia esso economico o politico.

La mancata previsione nel sistema dell'Unione di organi corrispondenti alle ANR non significa il disconoscimento – a livello europeo – di quelle esigenze che hanno giustificato la previsione a livello nazionale di tali figure. Del resto l'art. 16 TFUE prevede che il controllo sul rispetto delle regole in materia di protezione dei dati di carattere personale sia affidato a autorità indipendenti. Il diritto dell'Unione presuppone inoltre, in determinati campi, che l'esercizio dei poteri di regolazione o di vigilanza venga attribuito a organi dotati di indipendenza e specifica competenza tecnica. La BCE ne è un emblematico esempio. La recente disciplina dell'Unione, del resto, ha ritenuto necessario affidare importanti funzioni di vigilanza e di intervento sui mercati finanziari ad autorità dotate di specifica competenza tecnica, poste al riparo da pressioni di carattere politico.

Appare quindi un paradosso che, mentre il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di affidare a autorità specializzate dotate di adeguata indipendenza le funzioni di regolazione per l'attuazione del quadro normativo in materia di energia, sul piano europeo le funzioni di regolamentazione rimangano affidate alla Commissione.

È dunque auspicabile una modifica del sistema di *governance* nel campo dell'energia prefigurato dal cosiddetto «*Winter Package*», nel senso di un rafforzamento della regolazione indipendente.

⁵² Art. 3 *quinquies* del d.l. 2 marzo 2012, n. 16 – Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento – convertito nella legge del 26 aprile 2012, n. 44.

⁵³ La Corte ha osservato a tal riguardo che l'indipendenza di una autorità «*sarebbe compromessa se fosse consentito ad enti esterni, quali il Ministro dello Sviluppo economico italiano ed il legislatore italiano nel procedimento principale, di sospendere o persino di annullare, al di fuori delle ipotesi di supervisione e di ricorso di cui all'articolo 3, paragrafo 3 bis, primo comma, della direttiva quadro, una procedura di selezione per l'assegnazione delle radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata sotto la responsabilità della citata autorità*» (par. 56) e che «*pertanto, la necessità di garantire l'indipendenza delle ANR osta a simili interventi*» (par. 57).



SAGGI

La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali

di Marco Lipari

ABSTRACT

ANAC's power to adopt acts of "flexible regulation", introduced by the Code of Public Contracts (Legislative Decree No. 50/2016), undoubtedly extends to the so-called special sectors (i.e. water, energy, transport and postal services), despite the obvious peculiarities of this segment of the public contracts market. However, ANAC's power must be reconciled with the pivotal principle, expressed by European legislation, which guarantees the regulatory and organizational autonomy of contracting authorities. In practice, the regulatory acts implemented by the Authority have had, so far, little impact in the special sectors, both from a quantitative and qualitative perspective. The reasons for this lack of attention can be ascribed to multiple reasons. These include the legislative tendency to reduce the distance between ordinary and special sectors and, above all, the lack of clarity in the systematic positioning and legal effectiveness of the innovative regulatory instruments envisaged by the code. In particular, while the code indicates with sufficient precision the effects of the standardized calls for tender adopted by ANAC ("bandi tipo"), defined as conditionally binding, it does not in any way define the legal nature of the guidelines. In the legislative design, these acts are characterized by a complex physiognomy, which is reflected in the degree of their binding nature. At the current state of the debate, the prevalent thesis assigns regulatory value to binding guidelines and assimilates the others, i.e. the guidelines containing mere suggestions and indications of objectives, to directives. The problem of the exact qualification – as binding acts or otherwise – of the single hypotheses of guidelines remains open. The experience of flexible regulation gained thus far has accentuated the doubts about the role of the power assigned to ANAC and leads to evaluate, in perspective, the opportunity to define a clearer and more streamlined legislative and regulatory discipline, reducing the weight of flexible regulatory acts.

SOMMARIO: 1. Il sistema delle fonti nel mercato dei contratti pubblici e la regolazione flessibile. L'estensione dei poteri dell'ANAC ai settori speciali. – 2. L'autonomia normativa e organizzativa delle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali. La compatibilità con il potere di regolazione dell'ANAC. – 3. La puntuale indicazione delle disposizioni applicabili ai settori speciali e il ruolo della regolazione flessibile. – 4. L'esercizio concreto dei poteri di regolazione flessibile. La scarsa incidenza quantitativa e qualitativa delle linee guida nei settori speciali. – 5. L'esperienza concreta dei bandi tipo. L'inapplicabilità diretta ai settori speciali e l'esortazione non vincolante dell'ANAC alla loro osservanza spontanea. – 6. L'oggettiva assenza di rilievo della *regolazione flessibile* nei settori speciali e le sue possibili ragioni. Le criticità degli strumenti innovativi previsti dal codice. – 7. La flessibilità nelle direttive del 2014: la duttilità degli istituti, la discrezionalità delle singole stazioni appaltanti e la chiarezza delle norme primarie. – 8. I principi della regolazione flessibile affermati dalla legge n. 16/2016. – 9. Dalla *regolamentazione* alla *regolazione* flessibile: le previsioni del codice n. 50/2016. – 10. Le regole generali riguardanti il procedimento di *formazione* della *regolazione flessibile*. La pubblicazione. – 11. L'ipotesi tipica dei *bandi-tipo*: la *vincolatività condizionata* delle prescrizioni stabilite dall'ANAC. –

12. Le *linee guida* nel sistema della regolazione flessibile. La riscontrata assenza di un modello unitario. Le principali ipotesi di classificazione e di qualificazione giuridica. – 13. Le LG approvate con decreto ministeriale. La loro natura regolamentare e le criticità aperte. La nozione sostanziale di «linee guida». – 14. La tecnica linguistica di espressione delle linee guida: la flessibilità e il carattere «aperto» della prescrizione. La struttura «discorsiva» della statuizione: la sua persuasività e la maggiore chiarezza analitica. – 15. La natura regolamentare delle linee guida vincolanti. L'efficacia delle linee guida non vincolanti. – 16. La natura giuridica delle linee guida in materia di affidamenti sottosoglia. – 17. Il ruolo effettivo della nozione di regolazione flessibile nel sistema delle fonti. – 18. La flessibilità della regolazione in senso «diacronico» e l'adattabilità sincronica alle mutevoli circostanze. – 19. La flessibilità dei poteri dell'ANAC e il rispetto dell'autonomia normativa delle regioni, delle amministrazioni e delle stazioni appaltanti. I limiti costituzionali dell'art. 117. Il rapporto dell'ANAC con il Governo. – 20. Flessibilità e intensità del sindacato giurisdizionale. Il problema specifico delle linee guida non vincolanti. – 21. Un possibile ripensamento della espansione della regolamentazione flessibile: il ritorno alla tecnica normativa tradizionale?.

1. Il sistema delle fonti nel mercato dei contratti pubblici e la regolazione flessibile. L'estensione dei poteri dell'ANAC ai settori speciali

Il quadro delle fonti di disciplina dei contratti pubblici, delineato dal nuovo codice, è caratterizzato da un dato significativo: l'inedito potere dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)¹ di adottare *linee guida* e di emanare, in una dimensione più ampia, altri atti di *regolazione flessibile*, tipici (bandi tipo, contratti tipo e capitolati tipo), o innominati.

Questa impostazione del sistema normativo non subisce alterazioni nel-

¹ La letteratura sul ruolo dell'ANAC e sui poteri di regolazione ad essa attribuiti, prima e dopo l'entrata in vigore del codice, è già vastissima: M. BALLORIANI, *Il nuovo ruolo dell'ANAC*, Italia Oggi, 2016; R. CANTONE-F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015; M.P. CHITI, *Il nuovo Codice dei contratti*, M.P. CHITI-G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2017; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2007; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Atti del Convegno *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma «Madia»*, Lecce, 28-29 ottobre 2016, in www.italiappalti.it; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo «Codice». Opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: L'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n.4/2016, 499 ss.; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *Dalla legge delega al nuovo «Codice»: opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 2/2017, p. 2 ss.; G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2005; R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Giuffrè, Milano, 2016; M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 684 ss.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it; G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti delle autorità amministrative indipendenti e principi di legalità e buon andamento*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, intervento al 62° convegno di studi amministrativi di Varenna, 22-24 settembre 2016; I. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016; V. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *questa Rivista*, 1/2016, p. 9 ss.

l'ambito dei settori speciali². Secondo il codice, la disciplina derogatoria posta in recepimento della direttiva n. 25/2014/UE, infatti, non prevede espressamente, per questi settori, né una diversa collocazione istituzionale dell'ANAC, né l'attribuzione di poteri differenti, per ampiezza, qualità, o efficacia, né fonti di disciplina di altro genere.

Secondo l'art. 213, comma 1, con disposizione di carattere generalissimo e programmatico, si afferma che «*La vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal presente codice, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 19 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione.*».

Una ulteriore conferma in tal senso, ancora più puntuale, è costituita dall'art. 213, comma 3, del codice, il quale stabilisce che i poteri di *vigilanza* dell'Autorità si riferiscono, senza eccezioni, modifiche o adattamenti, anche ai contratti nei *settori speciali* e comprendono tutti i *contratti esclusi*³.

Da questa indicazione deriva la diffusa convinzione secondo cui i complessi temi riguardanti la natura e gli effetti delle *linee guida* e della *regolazione flessibile* debbano essere esaminati unitariamente, senza particolari approfondimenti relativi ai settori speciali.

L'esattezza di questo assunto, però, andrebbe verificata con maggiore attenzione, sia sul versante dell'astratto disegno normativo delle fonti, sia nell'esperienza pratica, per accertare se, effettivamente, l'esercizio concreto della regolazione flessibile nei settori speciali abbia mostrato particolarità degne di nota, rispetto al quadro dei settori ordinari.

Sul piano del diritto positivo, la formula del citato art. 213, comma 3, nonostante la sua esteriore perentorietà, genera alcuni dubbi, in ordine alla precisa estensione, oggettiva e soggettiva, dei poteri di intervento e di regolazione spettanti all'ANAC.

a) Intanto, a stretto rigore, la norma considerata (art. 213, comma 3) si riferisce, espressamente, al solo potere di *vigilanza* appartenente all'Autorità e

² La formula definitoria dei «settori speciali» è quella tradizionale, derivante del diritto dell'Unione europea, ora recepita dal codice dei contratti pubblici, all'art. 5, comma 1, lett. *hh*: «“settori speciali” i settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del presente codice;». Ai fini del presente contributo non è necessario analizzare, nel dettaglio, gli aspetti riguardanti l'esatta delimitazione dell'ambito dei confini della categoria normativa.

³ «3. *Nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità:*

a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera f-bis), della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice. Anche la nuova lettera *h-bis*), riferendosi genericamente ai «*contratti pubblici*»,) prevede un potere di regolazione di amplissima estensione: ma la formula è piuttosto imprecisa e non si comprende se essa riguardi tutti i contratti nei settori speciali (che a rigore non sono sempre *pubblici*, e se possa estendersi anche ad ambiti merceologici diversi dai lavori, servizi e forniture. «*h-bis*) al fine di favorire l'economicità dei contratti pubblici e la trasparenza delle condizioni di acquisto, provvede con apposite linee guida, fatte salve le normative di settore, all'elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi, avvalendosi a tal fine, sulla base di apposite convenzioni, del supporto dell'ISTAT e degli altri enti del Sistema statistico nazionale, alle condizioni di maggiore efficienza, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione, avvalendosi eventualmente anche delle informazioni contenute nelle banche dati esistenti presso altre Amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici.».

non anche a quello propriamente *regolatorio*, che l'art. 213 considera, separatamente, al precedente comma 2.

Questa previsione, a sua volta, omette ogni testuale riferimento ai settori speciali e ai contratti esclusi e non definisce, né positivamente, né negativamente, i confini della funzione regolatoria.

Il criterio esegetico dell'*argumentum a contrario* potrebbe suggerire, allora, che il perimetro del potere di regolazione dell'ANAC, descritto dal comma 2, sia più ristretto di quello della funzione di vigilanza, prevista dal comma 3. Si tratterebbe, del resto, di una soluzione plausibile sul piano logico e degli interessi in gioco. Le due funzioni sono effettivamente ben distinte e potrebbe comprendersi perché la funzione regolatoria, per il suo maggior peso, sia circoscritta in una cornice più stretta rispetto a quella di vigilanza.

Le peculiarità dei settori speciali e, a maggior ragione, le particolarità dei contratti esclusi potrebbero spiegare la scelta legislativa di sottrarre questi ambiti dalla funzione regolatoria dell'ANAC.

Né, in senso contrario, avrebbe portata determinante la previsione generalissima del comma 1, riferito ai poteri di regolazione e vigilanza su tutti i contratti pubblici. Tale disposizione, posta all'esordio dell'art. 213, avrebbe lo scopo di indicare genericamente la posizione dell'ANAC e le sue prerogative, mentre l'effettiva articolazione dei loro distinti ambiti sarebbe compiuta dai commi successivi.

b) La norma di cui all'art. 213, comma 3, poi, non stabilisce se questa oggettiva latitudine dei poteri di vigilanza dell'ANAC, concernente, genericamente, tutti i *contratti esclusi*, comprenda, al proprio interno, anche i «*contratti esenti*», o «*estranei*», dei settori speciali. Si tratta della categoria dei contratti ritenuti non funzionali alle attività dei settori speciali, affidati da soggetti non aventi natura di amministrazioni aggiudicatrici, i quali sono pacificamente sottratti alle direttive UE e alle disposizioni del codice⁴.

Pertanto, i contratti esenti non dovrebbero rientrare nella nozione dei *contratti pubblici*. E non potrebbero intendersi compresi nemmeno nella nozione di *contratti dei settori speciali*, attesa la loro estraneità a tali attività. Una maggiore precisione testuale della norma avrebbe permesso di prevenire ogni dubbio interpretativo.

Non sembra risolvere la questione la previsione dell'art. 4, comma 1, secondo cui «*L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.*».

⁴ Secondo l'impostazione seguita da Adunanza Plenaria 1° agosto 2011, n. 16, nell'ambito dei contratti «esclusi» dalla applicazione della disciplina ad evidenza pubblica, si opera, quindi, una precisa distinzione fra:

- appalti «esenti», aventi ad oggetto attività che «rientrano nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria», con riferimento ai quali l'ente aggiudicatore è tenuto al rispetto dei principi del Trattato CE in materia di concorrenza (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità);
- appalti «estranei» (categoria elaborata proprio dalla pronuncia della Plenaria) aventi ad oggetto attività «del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario» (da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione ovvero aggiudicati da enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali ex art. 217 del d.lgs. n. 163/2006), che, qualora, affidati da imprese pubbliche non soggiacciono alla disciplina dei settori ordinari ma al solo rispetto dei principi civilistici.

Infatti, la disposizione non fa riferimento alla nozione dei contratti *estranei*, coniata dalla giurisprudenza proprio per segnare la distinzione dai contratti esenti, in seno alla più ampia categoria dei contratti esclusi.

c) Si potrebbe sostenere, peraltro, che i contratti «*estranei*», ferma restando l'affermata inapplicabilità delle norme del codice, resterebbero soggetti ai poteri di vigilanza (se non a quelli di regolazione) dell'ANAC, ma nei soli limiti strettamente connessi alla *finalità di prevenzione della corruzione*: tale obiettivo, infatti, ha una dimensione oggettiva e soggettiva molto più larga di quella della disciplina dei contratti pubblici disciplinati dal codice, o, comunque, da disposizioni di «evidenza pubblica».

Non sarebbero consentiti, invece, interventi – regolatori o di vigilanza – genericamente riferiti alla *efficienza* del mercato dei contratti di lavori servizi o forniture.

Anche questa soluzione interpretativa non convince. L'art. 213 si riferisce pur sempre alle funzioni dell'ANAC nel campo dei contratti pubblici, in piena coerenza con l'attuazione del codice. Sono ipotizzabili dei poteri dell'ANAC incidenti in modo più esteso e profondo nei contratti estranei dei settori speciali, ma il loro fondamento andrebbe ricercato nelle altre norme che disciplinano l'attività anticorruzione e non nel codice.

d) In ogni caso, l'art. 213 non è richiamato espressamente tra le disposizioni applicabili ai settori speciali. Vero è che, trattandosi di norma strutturale sulla *governance* dei contratti pubblici e non di disposizione tipica dei *settori ordinari*, potrebbe risultare inappropriato un riferimento all'ambito oggettivo di applicazione. Ma il dato formale, incentrato sulla puntuale individuazione delle norme del codice applicabili ai settori speciali, non può essere trascurato.

Si deve comunque replicare a queste obiezioni che l'art. 213, comma 2, collega la regolazione flessibile all'attività di tutte le «*stazioni appaltanti*»: «L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti (...)».

Questa indicazione potrebbe avere carattere risolutivo: anche nei settori speciali, il potere di regolazione riguarda i soli contratti in cui il committente possa qualificarsi come *stazione appaltante*, in senso tecnico. Ne deriva, quindi, un preciso limite oggettivo della sola funzione regolatoria dell'ANAC, prevista dall'art. 213, comma 2, non estensibile ai contratti *estranei*.

Più larga è invece la dimensione del potere di vigilanza concreta.

Quest'ultimo dato, merita qualche ulteriore riflessione, perché pone in luce la problematica relazione tra il potere di vigilanza «atomistico» e quello regolatorio, che possono essere logicamente dissociati.

2. L'autonomia normativa e organizzativa delle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali. La compatibilità con il potere di regolazione dell'ANAC

Vi è poi un problema di ordine sistematico, che dovrebbe condizionare profondamente l'effettivo spazio, nei settori speciali, dell'idea della regolazione flessibile disposta dall'ANAC.

Occorre evidenziare, infatti, che, in questo campo, è affermato, da tempo,

un principio di accentuata autonomia organizzativa delle singole stazioni appaltanti, riferito a profili essenziali delle procedure di affidamento, comprensivi dei sistemi di qualificazione degli operatori economici e delle modalità di affidamento dei contratti sotto soglia.

Quindi, nei settori speciali, il concetto generale di *flessibilità* disciplinare è inteso anche in senso *soggettivo*, poiché i poteri decisionali non sono assegnati ad una Autorità centrale di regolazione, ma sono riconosciuti, direttamente, in capo a ciascun ente.

Si prospetta, allora, la questione della sovrapposizione e del possibile conflitto tra fonti diverse, tutte ispirate, in qualche modo, dal concetto di *flessibilità*.

Per i soli *settori speciali* sono previste, in particolare, ulteriori disposizioni riguardanti le «*fonti di disciplina secondaria, o terziaria*», di non immediata qualificazione giuridica e non coordinate espressamente con l'attività regolatoria dell'ANAC: si pensi alla previsione degli autonomi sistemi di qualificazione posti in essere dalle singole stazioni appaltanti (art. 128) e, soprattutto, all'ipotesi fondamentale di cui all'art. 36, comma 8, secondo cui «*Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza.*».

La norma risulta in sostanziale continuità con il regime previgente e, comunque, attua il principio di cui all'art. 1, comma 1, lett. *ii* della delega: «*garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte, prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nonché un'adeguata rotazione, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a tutela della concorrenza.*».

Va notato il significativo passaggio dalla formulazione della norma di delega alla dizione prevista dalla sua disposizione attuativa nel codice. La delega prevede, letteralmente, la salvezza della *facoltà*, per le imprese pubbliche, di adottare appositi regolamenti. L'art. 36 non ripete il riferimento alla mera *facoltà*, ma contempla i regolamenti delle imprese pubbliche come unica fonte di disciplina degli appalti sotto soglia. Da qui si potrebbe trarre il corollario che l'adozione dei regolamenti sia doverosa e che la disciplina codicistica sia totalmente inapplicabile.

Questa soluzione, seppure teoricamente conforme alla lettera della disposizione, risulta però scarsamente convincente e ne resterebbe oscura la finalità. Non si comprende, infatti, per quale motivo le imprese pubbliche non possano scegliere, nella loro autonomia, di autovincolarsi alle disposizioni previste per i settori ordinari. A tal fine, non sembra necessaria l'adozione di uno specifico atto regolamentare. La semplice inerzia dovrebbe giustificare l'operatività, *residuale*, della disciplina legislativa di cui all'art. 36.

Probabilmente, la formulazione prescelta dal codice si differenzia da quella della delega perché vorrebbe sancire una più spiccata preferenza per i regolamenti autonomi delle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali.

Nulla dice, però, la disposizione in ordine alla natura giuridica di tali «*rego-*

*lamenti»*⁵, alla loro collocazione nella gerarchia delle fonti, al loro carattere *flessibile* o meno. Le ricadute derivanti dall'esatta qualificazione dovrebbero essere di estrema importanza, anche ai fini della tutela giurisdizionale (riparto, ambito del sindacato, ecc.)⁶.

Le LG dell'ANAC n. 4, in materia di affidamenti sottosoglia, non affrontano in modo esplicito il tema del rapporto tra le diverse fonti di disciplina nell'ambito dei settori speciali.

La timidezza dell'intervento dell'Autorità è in qualche misura condizionato dalla discutibile premessa secondo cui le LG di cui all'art. 36 sarebbero prive di efficacia vincolante (vedi *infra*), con la conseguenza che il problema del coordinamento tra le fonti potrebbe essere risolto solo dal giudice e non con un atto dell'ANAC privo di carattere imperativo.

In questa prospettiva, al punto 1.1., le LG, allo scopo di definire l'ambito di applicazione delle discipline, si limitano a statuire che *«1.1 Le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice e le presenti linee guida si applicano alle stazioni appaltanti – ad eccezione delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121 del Codice – (di seguito solo stazioni appaltanti), che intendono affidare lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice:*

a) nei settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all'allegato IX;

b) nei settori speciali, in quanto compatibili.»

Al punto 1.2., poi, le LG si fermano a una schematica parafrasi testuale dell'art. 36, comma 8, del codice:

«1.2. Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE, in particolare quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, di trasparenza a tutela della concorrenza.»

⁵ Anche al di fuori dei settori speciali, tuttavia, si pone il problema dei regolamenti adottati dalle singole stazioni appaltanti per disciplinare la propria attività contrattuale. Il codice dei contratti pubblici non prende posizione al riguardo, né vietandoli, né contemplandoli positivamente. L'ANAC nelle LG in materia di affidamenti sottosoglia ha incoraggiato le stazioni appaltanti a prevedere una disciplina regolamentare, allo scopo di predeterminare i criteri di svolgimento dell'attività. Evidentemente, un potere regolamentare potrà svolgersi solo nel rispetto del principio di legalità e, quindi, solo se previsto da una fonte legislativa. In tali casi, però, si apre un ulteriore interrogativo, riguardante il rapporto di gerarchia rispetto alle LG vincolanti.

⁶ Altre questioni propone l'art. 54, comma 6, in materia di accordi quadro: *«Nei settori speciali, gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati in base a regole e criteri oggettivi che possono prevedere la riapertura del confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro concluso. Tali regole e criteri sono indicati nei documenti di gara per l'accordo quadro e garantiscono parità di trattamento tra gli operatori economici parti dell'accordo. Ove sia prevista la riapertura del confronto competitivo, l'ente aggiudicatore fissa un termine sufficiente per consentire di presentare offerte relative a ciascun appalto specifico e aggiudicano ciascun appalto all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione stabiliti nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro. L'ente aggiudicatore non può ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l'applicazione del presente decreto o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.»*

La disciplina della procedura è fissata dalla stazione appaltante con maggiori margini di flessibilità, ma attraverso gli atti di gara e non con disposizioni «regolamentari».

Si deve notare che, in questo modo, l'ANAC, nell'atto che dovrebbe fornire un decisivo «*supporto*» alle stazioni appaltanti:

- non si preoccupa affatto di spiegare, nemmeno sommariamente quali siano le regole legislative per gli affidamenti sotto soglia previste per i settori ordinari ma compatibili con i settori speciali e a questi applicabili;

- non indica chiaramente nemmeno quali parti delle LG siano applicabili ai settori speciali e, se del caso, con quali adattamenti, fermandosi al generico richiamo alla valutazione di compatibilità;

- non puntualizza alcun criterio di redazione dei regolamenti delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi;

- non fissa alcun rapporto di coordinamento o di gerarchia tra tali regolamenti e le LG.

La soluzione più plausibile è che le LG n. 4, relative agli affidamenti sotto-soglia riguardino, nei settori speciali, solo le amministrazioni aggiudicatrici e che, in tale ambito oggettivo e soggettivo, esse si applichino, integralmente, senza alcuna deroga o limitazione.

Per gli altri soggetti aggiudicatori nei settori speciali, invece, prevale, incondizionatamente, il principio di *autonomia* disciplinare e organizzativa, espresso attraverso i regolamenti adottati dai singoli enti, subordinati solo al rispetto dei principi del Trattato. Pertanto, le LG non sembrano avere alcuno spazio operativo, se non nella forma eventuale degli atti meramente interpretativi, privi di efficacia vincolante.

Evidentemente, su temi di così rilevante impatto, riguardanti la stessa architettura delle fonti, il codice avrebbe dovuto esprimersi in termini più trasparenti, e, in mancanza, l'ANAC, attraverso le proprie LG, eventualmente anche solo non vincolanti, dovrebbe fornire ogni utile chiarimento.

3. La puntuale indicazione delle disposizioni applicabili ai settori speciali e il ruolo della regolazione flessibile

Un altro aspetto relativo alla portata della regolamentazione flessibile nei settori speciali riguarda il significato di uno dei principi cardine della materia. La legge n. 11/2016, all'articolo 1, comma 1, lettera h), prevede il seguente criterio di delega: «*h) puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati.*».

La finalità principale del criterio riguarda, quindi, la definizione, *chiara* e analitica, della disciplina applicabile ai settori speciali.

Vanno comunque sottolineati due elementi, in parte contraddittori, ricavabili dal citato criterio di delega.

Da una parte, infatti, la richiesta «*precisione*» della disciplina sembrerebbe scarsamente compatibile con la tecnica della regolazione flessibile.

Dall'altro lato, però, emerge la consapevolezza della esistenza, nei settori speciali, di distinti «*relativi mercati*», dotati di proprie peculiarità. Questa oggettiva differenziazione, al contrario, potrebbe giustificare interventi di regolazione flessibile «*orizzontale*»: vale a dire linee guida che modulino la disciplina applicabile in funzione del settore speciale considerato.

Riguardo al primo punto, però, è ragionevole ritenere che il principio di pre-

cisione riguardi essenzialmente la normativa primaria. Nel tendenziale avvicinamento tra i settori ordinari e quelli speciali, le differenze devono essere limitate e razionalmente giustificate. Pertanto, esse devono risultare con chiarezza.

Il codice, peraltro, non ha realizzato pienamente questo risultato di auspicata nitidezza.

Ma sembra corretto ritenere che la «*precisa individuazione*» delle disposizioni legislative applicabili ai settori speciali non preclude l'applicazione degli strumenti di regolazione flessibile da queste espressamente richiamate.

Per quanto riguarda i possibili contenuti degli interventi regolatori in ambiti riferiti tanto ai settori ordinari quanto a quelli speciali, il significato del criterio di delega non è univoco.

Si fronteggiano, infatti, nell'intenzione del legislatore, due visioni diverse dei settori speciali, che riflettono, probabilmente, le ambiguità di tali mercati e della loro trasformazione in atto.

a) Da una parte, si vorrebbe valorizzare l'idea della uniformità e della semplificazione. Pertanto, le LG non dovrebbero mai prevedere regimi differenziati per i settori ordinari e per quelli speciali, a meno che ciò non sia stabilito dalla norma primaria.

b) Dall'altro lato, la *differenziazione* dei mercati caratterizzanti i settori speciali potrebbe giustificare e incoraggiare la previsione di regole *ad hoc*, in conformità al principio di flessibilità orizzontale.

Una possibile ipotesi ricostruttiva intermedia, che risulta decisamente preferibile, potrebbe distinguere due situazioni diverse. Il codice, infatti, può stabilire, alternativamente:

I) L'incondizionata applicazione di disposizioni previste per i settori ordinari;

II) L'applicazione delle norme ordinarie solo «*in quanto compatibili*». Questa ipotesi è di notevole ampiezza, perché riguarda, fra l'altro, tutti gli articoli da 1 a 58.

Nel primo caso, la differenziazione incentrata sul carattere ordinario o speciale del settore non pare di per sé sufficiente per giustificare LG dal contenuto disomogeneo.

Nel secondo caso, invece, l'ANAC potrebbe e dovrebbe indicare gli eventuali elementi di *distinzione* che sorregge la scelta di uniformare o distinguere la disciplina attuativa del codice.

Come efficacemente sottolineato dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere del 21 marzo 2016, «*il codice (...) individua, per i settori speciali, la disciplina applicabile con una triplice tecnica:*

– *la inclusione, già nella parte generale, di disposizioni specifiche per i settori speciali;*

– *la ricognizione delle disposizioni applicabili, dettate per i settori ordinari;*

– *le disposizioni specifiche».*

Va, poi, dato conto della soppressione della facoltà generale, in capo agli enti aggiudicatori nei settori speciali, di optare per l'applicazione, su base volontaria, delle disposizioni dettate per i settori ordinari, secondo quanto già previsto dall'art. 206, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 («*nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta*»), e nell'art. 339, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 («*gli enti aggiudicatori han-*

no comunque facoltà di applicare, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, le disposizioni del presente regolamento diverse da quelle elencate al comma 1, con apposita previsione contrattuale dandone preventiva comunicazione nell'avviso con cui si indice la gara o nell'invito a presentare offerta»).

Il venir meno di tale possibilità pare doversi correlare al divieto di gold plating contenuto nella legge delega, ossia al «*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*».

Così facendo, se da un lato si rende immune la disciplina dei settori speciali da eventuali dilatazioni del suo 'normale' campo di applicazione, dall'altro lato se ne compromette però significativamente la sua *flessibilità* che, storicamente, l'ha sempre contraddistinta da quella dei settori ordinari.

4. L'esercizio concreto dei poteri di regolazione flessibile. La scarsa incidenza quantitativa e qualitativa delle linee guida nei settori speciali

Già da queste prime osservazioni emerge la sensazione che i settori speciali non siano particolarmente permeabili alla tecnica della regolazione flessibile.

Può essere utile, allora, dare conto anche di quale sia stato, finora l'effettivo esercizio della regolazione flessibile intestata all'ANAC, e in quale modo essa abbia inciso partitamente sui settori speciali.

Al momento, risultano varati:

- un solo contratto tipo;
- 8 linee guida, alcune delle quali già modificate;
- 2 bandi tipo.

Questi sono, nel dettaglio, i provvedimenti, oggi vigenti, di regolazione flessibile.

Determinazione n. 618 del 08/06/2016, recante Linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi.

Linee Guida n. 1 – Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Linee Guida n. 2 – Offerta economicamente più vantaggiosa.

Linee Guida n. 3 – Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni.

Linee Guida n. 4 – 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.

Linee Guida n. 5 – Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.

Linee Guida n. 6 – Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice.

Linee Guida n. 7 – Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle ammini-

strazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016.

Linee Guida n. 8 – Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili.

Bando-tipo numero 1 del 22/11/2017, recante Schema di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo;

Bando-tipo numero 2 del 10/01/2018, recante Schema di disciplinare di gara Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di pulizia di importo pari o superiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Si tratta, all'evidenza, di un quadro ancora lontano dal completamento della disciplina attuativa del codice, ma che consente già di cogliere gli indirizzi generali seguiti dall'ANAC, l'impostazione di fondo dei loro contenuti, lo *stile* utilizzato. Un primo sommario esame di tali atti permette anche di valutare quale sia stato l'impatto della regolazione flessibile nei settori speciali, sotto due concorrenti aspetti: la quantità e profondità degli interventi dell'ANAC; l'attitudine dei provvedimenti ad accentuare o ridurre le distanze tra i settori ordinari e i settori speciali.

I primi commentatori⁷ avevano preconizzato che «*Un ruolo attivo nella differenziazione tra i due regimi andrà riconosciuto – ma non è dato ancora sapere in quale misura – anche all'Autorità Nazionale Anticorruzione cui è demandata in larga parte l'attuazione del Codice «attraverso linee guida, bandi tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile» (art. 213) che, di certo, investiranno anche i settori speciali. Si evidenzia, peraltro, che nessuno dei documenti di consultazione relativi alle «linee guida attuative del nuovo codice» sinora resi disponibili tratta in modo specifico la materia degli appalti dei settori speciali.»*

Ma, finora, la prassi della regolazione flessibile specificamente dedicata ai settori speciali non sembra essere andata in questa direzione. L'impressione complessiva è che l'ANAC non abbia ancora compiuto scelte consapevoli in ordine al trattamento sistematico dei settori speciali, limitandosi a interventi episodici e marginali.

L'Autorità, infatti, non ha ritenuto di occuparsi in modo mirato dei settori speciali. D'altro canto, come si è già osservato, nessuna disposizione del codice prevede particolari interventi regolatori tipici riferiti puntualmente ai settori speciali.

Più nel dettaglio, in concreto, si può osservare che il contratto-tipo relativo ai servizi assicurativi e le linee guida («LG») n. 2, 5 e 7 non fanno alcuna menzione dei settori speciali. Si tratta di una lacuna assai criticabile, perché la definizione precisa del campo di applicazione dovrebbe essere uno dei principi cardine di ogni intervento di regolazione: ma si sconta, evidentemente, l'eterogeneità dei provvedimenti regolatori adottati e la diversità delle tecniche di redazione.

La LG n. 8, più correttamente, menziona i settori speciali, ma solo per chiarire, opportunamente, che anche essi ricadono nel campo di applicazione del

⁷ H. D'HERIN, *I settori speciali sempre meno speciali (e sempre più ordinari)*, in *Urb. e app.* 2016, p. 1029 ss., specie p. 1037.

provvedimento. Quindi, l'atto assume una posizione per così dire «*neutrale*» in ordine al tema del rapporto con la disciplina dei settori ordinari. Limitandosi ad una sintetica ricognizione del dato normativo primario, l'ANAC non intende né ridurre, né accentuare, i profili di differenziazione stabiliti dal codice.

Anche le altre LG (1, 3, 4 e 6) menzionano i settori speciali, al solo scopo di chiarire quale sia l'ambito di applicazione della disciplina recata dal singolo atto regolatorio, in conformità alla previsione della normativa primaria. In questi casi, si registra un maggiore sforzo di elaborazione compiuto dall'ANAC. Ma l'intento perseguito dall'Autorità è palesemente interpretativo del dato offerto dal codice. Manca qualsiasi ambizione di sviluppare innovativamente la disciplina stabilita dalla disciplina primaria.

Così, nelle LG n. 1, al punto 5.2., si chiarisce, in via interpretativa, che il divieto di cui all'art. 59 del codice «*non trova applicazione nei settori speciali, non essendo la norma richiamata dall'art. 114 del Codice né dalle successive disposizioni di dettaglio. È da ritenersi principio generale, come tale applicabile anche sei settori speciali, qualora si ricorra ad appalto integrato, che il progettista deve essere adeguatamente qualificato il relazione al servizio che si intende allo stesso affidare.*»

Anche il punto n. 2.1.1 delle stesse LG n. 1 si limita ad un chiarimento interpretativo riguardante la disciplina di livello legislativo applicabile ai settori speciali: «*Gli incarichi di importo superiore a centomila euro sono affidati solo con procedura aperta o ristretta ai sensi degli artt. 60 e 61 (art. 157, comma 2, ultimo periodo). La norma deve essere interpretata in combinato disposto con il comma 1 del medesimo articolo che rende applicabile agli incarichi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria la parte Parte II, Titolo I, II, III e IV del Codice, ne deriva che il riferimento all'importo superiore a 100.000 euro deve essere inteso come compreso tra 100.000 e la soglia di rilevanza comunitaria, fissate in euro 135.000 e 209.000, rispettivamente per le autorità centrali e quelle sub-centrali (art. 35, comma 1, lettere b) e c), nei settori ordinari, e in euro 418.000 per i settori speciali (art. 35, comma 2, lett.b)), ai quali trovano applicazione le disposizioni dei settori ordinari nei limiti di quanto previsto dall'art. 114 del Codice.*»

Analogamente, le LG n. 3, in materia di responsabile unico del procedimento (RUP), al punto n. 1, ricordano quale sia la normativa legislativa applicabile ai settori speciali, senza dettare ulteriori disposizioni particolari.

«*1.1. L'art. 31 individua le funzioni del RUP negli appalti di lavori, servizi e forniture e nelle concessioni. Le disposizioni in esso contenute si applicano anche alle stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza o che operano in aggregazione e, per espresso rinvio dell'art. 114, ai settori speciali (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica). Disposizioni particolari sono, invece, previste per i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, per il caso di appalti di particolare complessità e per gli appalti di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, mentre la norma in esame non si applica alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni ed enti pubblici. Dette stazioni appaltanti sono tenute a individuare, secondo i propri ordinamenti e nel rispetto dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del Codice alla cui osservanza sono tenute.*»

Come già ricordato, le LG n. 4, al punto 1.1, stabiliscono l'ambito di appli-

cazione dell'atto di regolazione, richiamando, pedissequamente, l'art. 36 del codice: *Le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice e le presenti linee guida si applicano alle stazioni appaltanti – ad eccezione delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121 del Codice – (di seguito solo stazioni appaltanti), che intendono affidare lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice:*

a) nei settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all'allegato IX;

b) nei settori speciali, in quanto compatibili. 1.2. *Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE, in particolare quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, di trasparenza a tutela della concorrenza.»*

Infine, nelle LG n. 6, si descrive l'ambito di applicazione del provvedimento, richiamando l'art. 80 e l'art. 136: «1.1. *L'art. 80 del codice e, segnatamente, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lett. c) si applica agli appalti e alle concessioni nei settori ordinari sia sopra che sotto soglia (art. 36, comma 5) e, ai sensi dell'art. 136 del Codice, ai settori speciali quando l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice.*

1.2. *Se l'ente aggiudicatore non è un'amministrazione aggiudicatrice, le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere iscritti in un sistema di qualificazione o che richiedono di partecipare alle procedure di selezione possono includere i motivi di esclusione di cui all'art. 80, alle condizioni stabilite nel richiamato art. 136.»*

Dal punto di vista oggettivo, quindi, tanto l'unico contratto tipo, quanto le 8 LG finora varate dall'ANAC non prevedono alcuna prescrizione differenziata per i settori speciali, nemmeno nella forma attenuata del consiglio, dell'esortazione, della indicazione della migliore pratica.

Né l'istruttoria degli atti evidenzia una particolare consapevolezza della scelta compiuta.

Presumibilmente, nei casi considerati non sono emerse ragioni peculiari di differenziazione e l'Autorità ha finito, in sostanza, per incoraggiare il processo di omogeneizzazione delle procedure, stabilito dalla legge.

Al tempo stesso, in questo modo, gli interventi regolatori sembrano coerenti con il principio del divieto del *gold plating*, perché non aggiungono, per i settori speciali, livelli di disciplina non necessari e non espressamente previsti.

Ancora, in questo modo, risulta ampiamente garantita la flessibilità e l'autonomia delle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali

Resta però la sensazione che l'ANAC non abbia inteso affrontare seriamente il tema della possibile flessibilità «orizzontale» della regolazione che, forse, avrebbe potuto indirizzare verso atti più articolati e differenziati.

D'altro canto, nemmeno gli *stakeholders* dei settori speciali hanno manifestato particolare interesse per l'adozione di regole diversificate, né, all'opposto, si sono espressi nel senso di accentuare la convergenza verso la disciplina dei settori ordinari.

5. L'esperienza concreta dei bandi tipo. L'inapplicabilità diretta ai settori speciali e l'esortazione non vincolante dell'ANAC alla loro osservanza spontanea

A considerazioni parzialmente diverse in ordine alle peculiarità dei settori speciali conduce la valutazione dei due *bandi tipo* finora adottati dall'ANAC.

Va premesso che l'art. né l'art. 71, relativo ai bandi tipo, né l'art. 59 (che, disciplinando il bando nei settori ordinari, richiama espressamente l'art. 71) sono applicabili ai settori speciali. In tale ambito, del resto, il codice prevede un'apposita dettagliata disciplina riguardante i contenuti del disciplinare di gara e il suo procedimento di formazione.

Pertanto, entrambi i bandi tipo muovono dalla corretta affermazione della inapplicabilità delle regole da esse stabilite ai settori speciali.

Tuttavia, con molta prudenza, l'ANAC, in entrambi i provvedimenti, «*invita*» le stazioni appaltanti non soggette al vincolo condizionato del bando tipo a uniformarsi ad esso, se non vi sono norme «incompatibili».

In particolare, il primo bando tipo varato dall'ANAC ribadisce il carattere *vincolante* delle prescrizioni, indicando le possibilità di deroga, in alcuni casi incoraggiando le stazioni appaltanti a modificare il disciplinare.

Ad esempio, si dice che «*La circostanza che la gara sia telematica costituisce adeguata motivazione di scostamento dalle previsioni del Disciplinare tipo, pertanto, in caso di gara telematica le stazioni appaltanti apportheranno le opportune modifiche al testo del Disciplinare.*».

«*Nel caso in cui la Stazione appaltante voglia prevedere un Bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, il Disciplinare può essere opportunamente adattato e utilizzato nella misura in cui sia compatibile.*».

Di notevole interesse è anche l'articolato riferimento ai settori speciali.

Secondo l'ANAC, soltanto le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a farne applicazione, ma solo per l'affidamento di forniture e servizi non connessi con le attività di cui agli artt. da 115-121. Altrimenti, per tutti gli enti aggiudicatori, l'utilizzo del bando tipo, sebbene non obbligatorio, è «consigliato».

«*Il Disciplinare in parola non è vincolante per gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali. Tuttavia, si invitano gli stessi ad utilizzare le parti dello schema proposto, in quanto compatibili con la disciplina dei suddetti settori, al fine di ottenere una maggiore standardizzazione dei bandi di gara. Il modello è obbligatorio per le amministrazioni aggiudicatrici che operano nei settori speciali quando affidano servizi e forniture non connesse con le attività di cui agli articoli da 115 a 121 del Codice, in quanto la disciplina di riferimento, in tal caso, resta quella dedicata dal Codice ai settori ordinari.*»

A stretto rigore, questa «raccomandazione» dell'ANAC sembrerebbe del tutto estranea ai contenuti tipici del bando tipo. Questo deve prevedere prescrizioni vincolanti, salvo deroga motivata.

D'altro canto, una volta correttamente riconosciuto l'ambito di applicazione delle prescrizioni, non estensibili ai settori speciali, l'intervento dell'Autorità in questo ambito dovrebbe reputarsi precluso.

Insomma, vi sarebbero due ragioni distinte per dubitare della pertinenza delle indicazioni fornite dall'ANAC:

- in generale, il bando tipo deve contenere solo *vincoli* condizionati e non consigli;
- non può riguardare un oggetto estraneo al suo ambito di applicazione.

Entrambe le affermazioni devono essere valutate con attenzione.

I primi commentatori ritengono che l'ANAC sia titolare, comunque, di un generalissimo potere di impulso, di promozione e di supporto, che, anche al di fuori della nozione di regolazione flessibile, potrebbe manifestarsi attraverso determinazioni interpretative, esortative, collaborative, ecc.

Questo potere avrebbe la massima dimensione e, quindi, non richiederebbe specifiche disposizioni autorizzative. Sul piano formale, poi, i «consigli» dell'ANAC ben potrebbero essere contenuti in altri diversi atti.

È però necessario che l'Autorità chiarisca perfettamente la distinzione tra prescrizioni vincolanti, regole semi-vincolanti, mere raccomandazioni, se contenuti in un unico atto.

Inoltre, sembrerebbe precluso all'ANAC di degradare nella forma di mere raccomandazioni quelle che dovrebbero essere, secondo la norma primaria, vere e proprie prescrizioni.

In questa prospettiva, allora, si possono prospettare due conclusioni, riferite ai contenuti dei bandi-tipo.

a) Per i settori ordinari, l'inclusione di indicazioni prive di carattere prescrittivo risulta inopportuna e fuorviante e non è comunque ammessa negli ambiti in cui l'ANAC è tenuta a fissare le regole del disciplinare di gara.

b) Per i settori speciali, al di fuori dello spazio di obbligatorietà dei bandi tipo, sono ammissibili raccomandazioni, del tutto non vincolanti, dell'Autorità.

Ma quali sono gli effetti giuridici di tali «esortazioni»?

È fuori discussione che le stazioni appaltanti siano esonerate da qualsiasi motivazione qualora scelgano di discostarsi dal bando-tipo.

Si possono però considerare due situazioni problematiche, in cui la raccomandazione potrebbe assumere rilievo.

A) La prima è l'ipotesi in cui il singolo disciplinare di gara, difforme dal bando tipo, sia giudicato illegittimo. La circostanza che l'ANAC abbia suggerito di farne applicazione «spontanea» potrebbe determinare, indubbiamente, conseguenze sul piano delle responsabilità della stazione appaltante e dei suoi agenti.

B) La seconda ipotesi è in un certo senso speculare e riguarda il caso in cui la stazione appaltante abbia adottato, di propria iniziativa, un disciplinare di gara conforme al bando tipo, ma poi risultato illegittimo. In questa eventualità, sembrerebbe espandersi l'*effetto di liceità* che caratterizza le raccomandazioni non vincolanti. L'agente che ne abbia fatto spontanea applicazione è certamente scusato. Non sembra, invece, che nell'ipotesi formulata sussista un onere di doppia impugnazione: la lesione deriva dal bando concreto e non dalla prescrizione generale del bando tipo. Tuttavia, non dovrebbe escludersi, a priori, la facoltà di impugnare anche la clausola del bando tipo, nella parte riguardante la sua applicabilità ai settori speciali, prospettando la lesione anche meramente potenziale derivante dalla sua riconosciuta applicabilità ai settori speciali.

6. L'oggettiva assenza di rilievo della *regolazione flessibile* nei settori speciali e le sue possibili ragioni. Le criticità degli strumenti innovativi previsti dal codice

Fermandosi ad una considerazione di tipo meramente *quantitativo*, allora, colpisce il peso davvero modesto che la regolazione flessibile ha avuto finora

nei settori speciali. Né, in prospettiva, ci si deve attendere un significativo sviluppo nell'uso di tali strumenti.

Le ragioni di questo oggettivo insuccesso dipende da ragioni proprie dei settori speciali e da cause riferite alle criticità della stessa figura della regolazione flessibile delineata dal codice.

Nei settori speciali il principio della flessibilità è già largamente consolidato, sin dalle direttive del 2004 e dal previgente codice. Ma esso è declinato con efficacia attraverso il riconoscimento della potestà autorganizzativa dei singoli enti e mediante l'applicazione di appositi istituti di semplificazione.

In questi ambiti, lo spazio di intervento dell'ANAC non svolge alcun ruolo utile e, al contrario, potrebbe complicare il quadro della disciplina.

Le «peculiarità» dei mercati di riferimento possono spiegare l'introduzione di particolari norme derogatorie, le quali devono essere chiare e puntuali, stabili nel tempo, e non strutturate con la fisionomia incerta delle linee guida.

Ma le cause della scarsa fortuna di regolazione flessibile nei settori speciali derivano anche, e soprattutto, dalle numerose criticità che presentano, in generale, tali strumenti.

Occorre allora ampliare l'orizzonte di indagine e interrogarsi sui caratteri propri della *regolazione flessibile*, in particolare, delle linee guida e dei bandi tipo, per stabilirne le potenziali applicazioni ai settori speciali.

Il tema è stato largamente analizzato sotto due profili distinti, anche se strettamente intrecciati:

- la descrizione della disciplina e della natura giuridica degli strumenti della regolamentazione flessibile prevista dal codice;
- la *giustificazione*, per così dire *logica*, della introduzione del potere di regolazione flessibile nel sistema e della intestazione di tale potere in capo all'ANAC.

Entrambi i percorsi di indagine sono stati accompagnati, frequentemente, dalla esplicita affermazione di «*giudizi di valore*» contrapposti sull'efficacia e sull'utilità dell'impostazione seguita dal codice.

Si può anticipare che, allo stato, sembrano prevalenti atteggiamenti radicalmente critici verso il sistema codicistico, riferiti, in particolare, alla scelta di attribuire il potere di regolazione all'Autorità e alla eccessiva indeterminatezza dello stesso concetto di regolazione flessibile. Le obiezioni «politiche» investono, più in generale, il ruolo e la fisionomia dell'ANAC e si connettono alla prospettata illegittimità costituzionale delle norme che assegnano all'Autorità così ampi poteri normativi.

Non meno diffuso è un orientamento tendenzialmente *scettico* sulla effettiva portata innovativa del concetto di regolazione flessibile e della sua utilità pratica. Da questo punto di vista, si osserva che, in ultima analisi, i poteri dell'ANAC sono riconducibili ai collaudati schemi giuridici dei regolamenti, degli atti generali e delle direttive. Gli auspicati risultati di miglioramento dell'efficienza del mercato dei contratti pubblici, si dice, potrebbero essere realizzati mediante l'uso degli strumenti tradizionali: ciò che conta sono i contenuti e non gli schemi formali, tanto più se essi determinano infiniti dubbi e incertezze operative.

Si aggiunge, poi, che il disegno delle fonti previsto dal codice presenta contorni incerti e che, in concreto, il lento e ancora incompleto procedimento di attuazione della normativa primaria ha portato a risultati deludenti, senza migliorare il vecchio sistema incentrato sull'unico regolamento generale (n. 207/2010).

È forse opportuno, allora, svolgere alcune considerazioni sul tema della at-

tuale conformazione della *regolamentazione flessibile* dei contratti pubblici, distinguendo:

- l'impostazione generale seguita dalle direttive europee;
- i principi espressi dalla legge di delega n. 11/2016;
- la disciplina fissata dal codice n. 50/2016.

7. La flessibilità nelle direttive del 2014: la duttilità degli istituti, la discrezionalità delle singole stazioni appaltanti e la chiarezza delle norme primarie

L'idea-base di una normativa «duttile» e «malleabile», sia pure di livello *subprimario*, applicabile alla materia dei contratti pubblici, non sembra affatto corrispondere ad una indicazione precisa imposta dal *diritto europeo* e, segnatamente, dalle direttive del 2014. Né, del resto, pare questa la strada seguita nel recepimento effettuato dagli altri Stati membri dell'Unione.

Ciò non significa, tuttavia, che il concetto amplissimo di *flessibilità* sia del tutto privo di rilievo nella normativa comunitaria, ancorché con riferimento ad aspetti del tema diversi da quello del carattere assunto dalla disciplina nazionale di recepimento.

D'altro canto, non si può nemmeno prospettare, a prima vista, alcun dubbio di radicale incompatibilità tra le direttive e la normativa di attuazione nazionale *morbida*. Resta fermo il principio secondo cui il diritto «*flessibile*» nazionale non dovrebbe mai costituire una sorta di mascherata elusione dei vincoli europei, determinando un recepimento incompleto o «attenuato» del diritto UE. Anzi, l'effettività delle direttive del 2014 deve essere garantita attraverso adeguati strumenti processuali e sostanziali. Ma, all'interno di questo ovvio confine, spetta al legislatore nazionale l'individuazione degli idonei strumenti di diritto interno che assicurino l'efficace attuazione della normativa UE.

Il diritto europeo intende senz'altro valorizzare la «*flessibilità*» delle procedure di affidamento e degli strumenti contrattuali messi a disposizione delle stazioni appaltanti⁸, accentuando gli autonomi poteri di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici, nel rispetto delle finalità generali dell'ordinamento. Le direttive attribuiscono espressamente alle stazioni appaltanti (tanto nei settori ordinari, quanto, in modo più accentuato, nei settori speciali) un largo potere di autorganizzazione, non solo strutturale, ma anche di gestione e sviluppo del *procedimento* diretto all'affidamento del contratto.

Questo principio viene esplicitato proprio con riguardo ai *settori speciali*. Secondo il *Considerando 2* della direttiva 2014/25/UE, «Al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento per i contratti con valore superiore a una certa soglia. Tale coordinamento è necessario per assicurare l'effetto dei principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non

⁸ Sul rapporto tra flessibilità procedimentale e rischio di possibili abusi, cfr. P.L. PORTALURI, Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 403 ss.

discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati, il coordinamento delle procedure d'appalto a livello di Unione, pur continuando a salvaguardare l'applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e *permettere la massima flessibilità.*»⁹.

Ma questo importante concetto di «*elasticità*» – è bene sottolinearlo – riguarda non tanto la *struttura* della disciplina normativa e la sua forza di resistenza passiva, quanto, piuttosto, l'esercizio delle funzioni delle singole stazioni appaltanti, la loro discrezionalità, connessa alla dinamicità dei rapporti economici.

L'elasticità delle *procedure*, del resto, dovrebbe essere bilanciata dalla coerenza dei principi generali UE, concernenti, in particolare, la trasparenza delle attività svolte dalle stazioni appaltanti e la non discriminazione.

Si potrebbe affermare, quindi, che la tendenza del legislatore europeo sia quella di creare una sorta di ampia «*forbice*» tra poche regole fisse e inderogabili, espresse dalle direttive e strutturate come chiari principi, da una parte, e i poteri di scelta delle amministrazioni, contrassegnati da larghi margini di elasticità e di apprezzamento tecnico-discrezionale, dall'altra parte.

Nel diritto UE, poi, il concetto di *flessibilità*, è utilizzato in specifici, ma eterogenei contesti: ad esempio per giustificare la possibilità di modifica del contratto aggiudicato, per effetto di fatti esterni sopravvenuti, senza necessità di attivare una nuova procedura di scelta del contraente.

Secondo il Considerando n. 115 della direttiva n. 25/2014/UE, «*Gli enti aggiudicatori si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo. In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto. Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile*»¹⁰.

Ancora, la nota della *flessibilità* è utilizzata per delineare, in via del tutto descrittiva, alcuni moderni meccanismi di affidamento. Si veda il Considerando n. (126): «*Tradizionalmente si è fatto ricorso ai concorsi di progettazione soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati. Occorre tuttavia rammentare che tali strumenti flessibili potrebbero essere utilizzati anche per altri scopi e che si può stabilire che i successivi contratti di servizio siano aggiudicati al*

⁹ Secondo il Considerando n. (92), la flessibilità condiziona l'estensione ai settori speciali della direttiva 2014/24/UE per quanto riguarda i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle prove documentali. «*Sempreché sia compatibile con la necessità di assicurare la realizzazione dell'obiettivo di pratiche commerciali leali pur permettendo la massima flessibilità, è opportuno prevedere l'applicazione della direttiva 2014/24/UE per quanto riguarda i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle prove documentali. Agli enti aggiudicatori dovrebbe essere pertanto consentito di applicare i criteri di selezione di cui a tale direttiva e, qualora essi lo facciano, dovrebbero avere l'obbligo di applicare determinate altre disposizioni che riguardano, in particolare, il massimale relativo ai requisiti sul fatturato minimo nonché in materia di utilizzo del documento di gara unico europeo.*».

¹⁰ Nello stesso senso si pone il Considerando n. 109 della direttiva 24/2014/UE.

vincitore o a uno dei vincitori del concorso di progettazione mediante una procedura negoziata senza pubblicazione¹¹.

Anche la direttiva n. 24/2014/UE, nei Considerando n. (42) e n. (61), utilizzano la nozione di flessibilità per giustificare la disciplina delle procedure negoziate e degli accordi quadro.

«È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione» (42).

Le condizioni oggettive per stabilire quale tra gli operatori economici parte dell'accordo quadro debba svolgere un determinato compito, per esempio forniture o servizi destinati a essere usati da persone fisiche, possono includere, nel contesto di accordi quadro che stabiliscano tutti i termini, le esigenze o la scelta delle persone fisiche interessate.

«(...) Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero beneficiare di una maggiore flessibilità quando aggiudicano appalti nell'ambito di accordi quadro conclusi con più di un operatore economico e in cui sono riportati tutti i termini» (61).

Dunque, il concetto di flessibilità, significativamente presente nelle sole premesse delle direttive, ma non nell'articolato, non pare fornire particolare supporto alla tecnica della regolazione flessibile.

Un discorso separato sul ruolo della flessibilità normativa meritano, ovviamente, le prescrizioni delle direttive a *recepimento facoltativo* e i casi in cui sia la stessa disciplina europea a prevedere più opzioni alternative per la realizzazione delle finalità prese di mira. In entrambe tali eventualità vi è un'attenuazione della rigidità delle regole europee, ma gli Stati membri sono comunque tenuti a completare la disciplina interna, che, una volta delineata, deve mantenere i caratteri della sufficiente rigidità, per assicurare certezza giuridica agli operatori economici e alle stazioni appaltanti.

A fronte della descritta distanza tra le regole inderogabili europee e la duttilità delle opzioni riservate alle stazioni appaltanti, ci si potrebbe chiedere quale sia, allora, lo spazio per una ulteriore *regolamentazione flessibile* nazionale, riferita ai contratti soggetti alle direttive.

Un'eventuale regolazione «morbida», infatti, potrebbe, alternativamente, palesare il rischio di:

- attenuare la descritta «durezza» delle norme europee;
- irrigidire, al contrario, la malleabilità delle procedure, elidendo il potere di scelta discrezionale riconosciuto in capo alle singole stazioni appaltanti¹².

In entrambe le eventualità, si realizzerebbe un assetto difficilmente compatibile con il diritto UE.

Si potrebbe replicare che le stazioni appaltanti potrebbero apprezzare suggerimenti, indicazioni operative, criteri interpretativi diretti a supportarle nelle loro autonome scelte. Ma, in questo modo, potrebbero giustificarsi solo gli atti delle Autorità di vigilanza privi di efficacia vincolante.

Si ricava quindi l'impressione che, seppure confinata al livello della norma-

¹¹ Nello stesso senso si pone il Considerando n. 120 della direttiva 24/2014/UE.

¹² Parte della dottrina (F. CINTIOLI, *op. cit.*, nota 38, evidenzia come «la principale sfida per ANAC sarà quella di bilanciare soprattutto il fine «anticorruzione» con questi altri obiettivi, sfuggendo alla tentazione di risolvere i problemi con l'equazione «più gare e più oneri procedurali uguale a migliore legalità e minore corruzione» e cercando di evitare di addossare alle stazioni appaltanti sempre maggiori oneri formali e procedurali e il rischio di connesse responsabilità».

tiva secondaria, la *regolamentazione flessibile* nazionale non sia affatto incoraggiata nella prospettiva del diritto UE dei contratti pubblici e non sia considerata particolarmente utile per rendere effettiva la disciplina cogente racchiusa nelle direttive.

Sarà dunque necessario verificare, di volta in volta, se gli atti di esercizio del potere di regolamentazione flessibile dell'ANAC determinino, o no, un indebolimento delle prescrizioni inderogabili del diritto dell'Unione europea, o riducano eccessivamente i margini di scelta delle stazioni appaltanti.

Va ancora aggiunto che nelle direttive del 2014, dal punto di vista della organizzazione strutturale del sistema dei contratti pubblici, le *Autorità di controllo* sono menzionate (ma solo al *Considerando* n. 122), quali titolari di poteri di *vigilanza*, senza attribuzione necessaria di poteri di carattere normativo o regolatorio.

Si può osservare che, del resto, nell'ambito dei contratti pubblici, sembrano meno rilevanti, rispetto ad altri settori, i «*concetti indeterminati*», di contenuto tecnico, che richiedono di essere sviluppati con appositi atti generali.

Né parrebbe sufficiente il riferimento, nel diritto UE, alla rapidità dell'evoluzione del sistema e alla differenziazione geografica.

In ogni caso, quella della *regolazione flessibile* dei contratti pubblici, quindi, risulta un'opzione del tutto *autonoma* del legislatore italiano, la quale deve essere analizzata nel quadro del sistema nazionale.

8. I principi della regolazione flessibile affermati dalla legge n. 16/2016

Il dato positivo nazionale è incentrato, anzitutto, nella formula «*strumenti di regolamentazione flessibile*», prevista dall'art. 1, comma 1, lettera t), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, nell'ambito, quindi, della enunciazione dei principi generali della materia, destinati ad essere attuati nel codice e a orientarne l'interpretazione.

«*t) attribuzione all'ANAC di più 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 linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa;*».

La disposizione ha una struttura piuttosto articolata e sembra preoccupata di sottolineare, essenzialmente, l'idea di una radicale estensione dei *poteri* (già larghi) dell'ANAC, effettuata mediante una vasta elencazione di competenze e funzioni, delineate con espressioni piuttosto eterogenee.

Si parte, infatti, dal duplice *riferimento*:

- alla funzione di «*promozione dell'efficienza*»;
- al compito di «*sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche*».

A ben vedere, in questo contesto linguistico, *promozione dell'efficienza* e *sviluppo delle migliori pratiche* assumono la connotazione di «finalità», piuttosto che di autonome *funzioni* in senso proprio.

Si enunciano, poi, in modo più concreto, dopo *i poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio*, i distinti poteri di «*adozione di atti di indirizzo*».

All'interno di questa nozione degli *atti di indirizzo*, sono indicati alcuni tipi specifici (*linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo*), insieme alla categoria residuale degli *strumenti di regolamentazione flessibile*.

Si menziona, poi, l'eventualità che tali atti (d'indirizzo) abbiano «*efficacia vincolante*», lasciando chiaramente intendere che potrebbero anche esserne privi, ancorché non emerga, nella disposizione, un criterio discriminante tra le due eventualità.

Da ultimo, si fa «*salva*» l'impugnabilità dinanzi al TAR, con una espressione che pare riferita, però, a tutti gli atti dell'ANAC e non ai soli atti di indirizzo e di regolamentazione flessibile.

La disposizione della legge di delega contempla, quindi, una categoria generale, formalmente «residuale»: la *regolamentazione flessibile*, inserita all'interno della figura più ampia degli «*atti di indirizzo*», ma distinta da quella degli atti di (mera) raccomandazione.

Muovendo da una scomposizione letterale della disposizione legislativa di delega, si potrebbero svolgere le prime considerazioni esegetiche.

– L'ANAC ha, insieme ad altre funzioni, il potere generale di adottare *atti di indirizzo*, di amplissimo oggetto, contenuto, efficacia e fisionomia.

– Tra questi atti di indirizzo sono compresi, anche, in via meramente esemplificativa, le *linee guida*, i *bandi-tipo* e i *contratti-tipo*.

– L'elencazione degli atti tipici non delimita le modalità di esercizio del potere di indirizzo assegnato all'Autorità, che potrebbe svolgersi, comunque, anche attraverso altri strumenti.

– Tutte le figure tipizzate elencate dalla disposizione vanno ricondotte, in ogni caso, alla nozione larga di «*regolamentazione flessibile*».

– Tali atti possono assumere, o meno, *efficacia vincolante*, ma, indipendentemente da tale qualificazione, restano sempre inquadrati nella categoria legislativa della *regolamentazione flessibile*.

– Gli atti di indirizzo e la *regolamentazione flessibile* perseguono sempre gli obiettivi amplissimi di *promozione* dell'efficienza e di *sostegno* delle migliori pratiche.

Il percorso logico svolto dalla disposizione, pertanto, sembrerebbe svolgersi in questa direzione:

1) l'ANAC è titolare di un generalissimo potere di *indirizzo*, funzionalizzato all'obiettivo dell'efficienza;

2) la *regolamentazione flessibile* costituisce lo *strumento giuridico* principale per attuare questa funzione;

3) le *linee guida*, a loro volta, sono una delle manifestazioni del potere di indirizzo attuato con la *regolamentazione flessibile*.

L'art 1, comma 5, della legge prevede, poi, un'ulteriore previsione, secondo cui, «*sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere.*»

Si dovrebbe trattare di un'ipotesi diversa, sia per il rilievo dell'approvazione ministeriale e il passaggio attraverso l'avviso delle Camere, sia per la connessione con il «riordino», sia, infine, per il carattere generale della previsione. Ma si utilizza, comunque, la formula «*linee guida*», che deve essere coordina-

ta con l'impostazione complessiva della legge delega.

L'attuazione di tale ultima previsione era stata compiuta attraverso l'art. 214, comma 12, del codice: «*Ai sensi dell'articolo 1, comma 5 della legge 28 gennaio 2016, n. 11, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti può adottare linee guida interpretative e di indirizzo, su proposta dell'ANAC, sentite le Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al presente codice*».

Ma tale ultima previsione, rimasta priva di applicazioni, è stata definitivamente abrogata dall'art. 126, comma 1, lett. f, del *decreto correttivo* del codice, di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Pertanto, la sua importanza sistematica è ora venuta meno.

9. Dalla *regolamentazione* alla *regolazione flessibile*: le previsioni del codice n. 50/2016

L'attuazione dei succinti principi stabiliti dalla delega è compiuta nel codice dei contratti pubblici (n. 50/2016) in un modo piuttosto sintetico, che si snoda attraverso due, formalmente brevi, passaggi.

– Anzitutto, vi è una complessa previsione generale, costituita, essenzialmente, dall'art. 213, comma 2. La disposizione è destinata a delineare i poteri generali di intervento dell'ANAC.

– Disseminate nel codice, poi, vi sono numerose disposizioni speciali che contemplan le singole ipotesi di intervento regolatorio di attuazione. Tali norme presentano contenuto e fisionomia eterogenei e omettono un puntuale richiamo all'art. 213.

La disposizione generale si limita, peraltro, ad una deludente enunciazione, molto sommaria, che ribadisce la titolarità della funzione regolatoria in capo all'ANAC, ma non sviluppa la disciplina del loro oggetto e della loro efficacia, limitandosi a incompleti riferimenti al procedimento di formazione degli atti

Secondo la citata disposizione del codice (art. 213, comma 2), infatti, «*L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*».

Evidentemente, il codice non compie, in questa disposizione, uno sviluppo formale particolarmente significativo delle norme della delega, che risulta riprodotta quasi pedissequamente.

Sarebbe stata certamente auspicabile una precisazione più chiara e analitica dei poteri assegnati all'ANAC, solo abbozzati dalla norma di origine parlamentare. Al contrario, la locuzione utilizzata nel codice conserva l'impostazione generale e approssimativa della delega, ribadendone gli stessi contorni incerti e problematici.

Non solo, ma l'imprecisione definitoria è aggravata ulteriormente dalla circostanza che nell'art. 213 si introducono alcune *varianti* lessicali rispetto alla previsione della delega.

Intanto, nell'art. 213 scompare il più ampio riferimento ai *poteri* e alle *funzioni* di *indirizzo* dell'Autorità.

Resta comunque meglio chiarita la proiezione finalistica dei poteri del-

l'ANAC verso la promozione dell'efficienza, superandosi l'imprecisa dizione della legge delega che confondeva questi obiettivi con delle specifiche *funzioni*.

Nella formula codicistica, poi, si deve notare un'altra duplice sfumatura letterale che dovrebbe richiedere la massima attenzione:

– non si menziona più la «*regolamentazione*» prevista dalla delega, ma si considera la «*regolazione*»;

– nel codice, poi, non si ripete più l'inciso riguardante l'espressa possibilità di attribuire efficacia «*anche vincolante*» agli atti generali di competenza dell'ANAC.

L'aggettivo *vincolante*, riferito agli atti dell'ANAC, è invece ora contemplato nell'art. 211, ma soltanto con riguardo ai pareri di precontenzioso, nel caso in cui sia manifestato il preventivo consenso delle parti (comma 1), ed era previsto al comma 2 (*raccomandazioni vincolanti*), prima dell'abrogazione di tale discussa figura, stabilita dal decreto correttivo.

Altra importante differenza, poi, riguarda la circostanza che l'elenco degli atti di regolazione flessibile compiuto dalla delega è integrato, nel codice, dal riferimento ai «*capitolati tipo*».

Infine, nella dizione codicistica, si enuncia più chiaramente il principio di atipicità e il carattere non nominato degli atti di regolazione flessibile.

Si potrebbe riflettere anche sulla possibile diversità della formula *regolazione*, scelta dal codice e diversa da quella contemplata dalla legge delega (*regolamentazione*).

Probabilmente, la formula intende collegarsi più strettamente all'idea della *funzione di «regolazione»* attribuita alle Autorità indipendenti. Al tempo stesso, poi, la locuzione potrebbe accentuare il valore *meno rigido* delle prescrizioni, rispetto alla tipica produzione normativa attuata attraverso lo strumento tipico del regolamento.

Si evidenzerebbe, con questa locuzione più «scolorita», il carattere tecnico e neutrale delle prescrizioni e il loro riferimento ad una funzione diversa da quella di produzione delle norme giuridiche.

Se fosse questo il senso della diversa espressione, però, sarebbe palese la violazione della delega, che, indiscutibilmente, intendeva attribuire all'ANAC un potere di *regolamentazione* – per quanto flessibile – e non di *mera regolazione*.

10. Le regole generali riguardanti il procedimento di formazione della *regolazione flessibile*. La pubblicazione

Anche nel codice, quindi, si registra una evidente lacunosità della disciplina «sistematica» generale della «*regolamentazione flessibile*». Si potrebbe forse sostenere che ciò dipenda dalla natura stessa della tecnica della regolazione flessibile, la quale, ontologicamente, non dovrebbe essere sottoposta a vincoli troppo stretti. Pertanto, il codice avrebbe consapevolmente evitato un dettagliato sviluppo del principio stabilito dall'art. 213, rimettendo all'ANAC la facoltà di esercitare la propria funzione regolatoria.

Si sarebbe introdotta, così, una sorta di «*flessibilità*» di secondo grado, correlata proprio alla possibilità di adottare plurimi strumenti dotati di diversi gradi di duttilità, con riguardo all'ambito di operatività, al procedimento e all'efficacia.

Ora, è forse vero che nella legge delega la sinteticità e genericità della pre-

visione generale sulla natura dei poteri dell'ANAC potrebbe essere giustificata, in qualche limitata misura, poiché si tratta di fissare solo i *principi* portanti della materia. Ma, nel codice, occorre la massima chiarezza, considerando l'impatto pratico delle determinazioni dell'Autorità.

Solo l'art. 213, comma 2, ultimo periodo, contiene un'importante previsione generale, secondo cui «L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio 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 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».

A questa, il correttivo ha aggiunto un'altra indicazione (comma 17-bis), che appare visibilmente ispirata dalla natura sostanzialmente normativa degli atti di regolazione flessibile: «L'ANAC indica negli strumenti di regolazione flessibile, di cui al comma 2, e negli ulteriori atti previsti dal presente codice, la data in cui gli stessi acquistano efficacia, che di regola coincide con il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e che, in casi di particolare urgenza, non può comunque essere anteriore al giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Gli atti stessi si applicano alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o gli avvisi, con cui si indice la procedura di scelta del contraente, siano pubblicati successivamente alla data di decorrenza di efficacia indicata dall'ANAC ai sensi del primo periodo; in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi si applicano alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di decorrenza di efficacia, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte» (art. 213, comma 17-bis).

In questa previsione risulta evidente l'applicazione del principio di irretroattività delle norme giuridiche. Da notare che questo principio riguarda indistintamente tutte le ipotesi di regolazione flessibile, compresi i bandi-tipo, che assumono efficacia solo parzialmente vincolante e non sono riconducibili al modello del regolamento.

Anche il comma 17 dello stesso art. 213 prevede una disposizione *procedimentale* «generale», ma, a ben vedere, scarsamente significativa. La norma riguarda la fase successiva a quella di perfezionamento dell'atto, conseguente alla stessa integrazione dell'efficacia, introducendo una forma di mera pubblicità notizia: «Al fine di garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall'ANAC comunque denominati, l'ANAC pubblica i suddetti provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento».

Si tratta, quindi, di una disposizione «complementare», che riguarda solo gli strumenti di conoscibilità «empirica» degli atti dell'Autorità, senza toccarne i contenuti sostanziali. Oltre tutto, il generico regime di pubblicità integrativa previsto dalla disposizione non sembra nemmeno qualificabile come condizione di efficacia dell'atto dell'ANAC.

11. L'ipotesi tipica dei *bandi-tipo*: la *vincolatività condizionata* delle prescrizioni stabilite dall'ANAC

Il codice, quindi, rinuncia a configurare in modo preciso e unitario il concetto di regolazione flessibile. Omette, poi, un'accurata disciplina generale delle linee guida. Tali strumenti sono considerati distintamente in singole disposizioni, anche esse piuttosto avare di precise indicazioni.

Al contrario, il codice definisce con sufficiente chiarezza il regime dei bandi tipo.

Secondo l'art. 71, comma 1, «1. Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 59, comma 5, secondo periodo, e 63, tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara. Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. Essi contengono le informazioni di cui all'allegato XIV, Parte I, lettera C, e sono pubblicati conformemente all'articolo 72. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo.».

Va premesso che la figura dei bandi-tipo non è una nuova nel nostro ordinamento. La differenza sistematica della disciplina codicistica sembra connettersi, ora, al previsto inquadramento nella *regolazione flessibile*, assente nel codice del 2006.

Si dovrebbe allora verificare se gli elementi, pur circoscritti, della disciplina espressa dalla disposizione possano considerarsi davvero rilevanti per individuare le caratteristiche peculiari dello strumento e possano contribuire anche alla definizione della natura giuridica della categoria generale della regolazione flessibile.

In questa parte, l'indicazione normativa appare effettivamente densa di significato e rispecchia un modello collaudato, riconducibile allo schema tradizionale della «*direttiva*» e degli *atti di indirizzo*. Il vincolo imposto dall'ANAC, mediante, il bando-tipo, così come la sua finalità di «*agevolare le stazioni appaltanti*» (anziché di imporre *autoritativamente* delle prescrizioni rigide), risulta ben definito, ma non è pieno, perché il destinatario potrebbe sempre discostarsi dalla statuizione, purché motivi adeguatamente la scelta compiuta.

Evidentemente, i problemi posti dal modello della direttiva, in sede di teoria generale e di applicazione concreta nelle diverse esperienze, sono ancora molto complessi. Probabilmente, si dovrebbe riconoscere l'ampiezza e la varietà della categoria, che si accompagna ad un'attuazione ancora più differenziata, perché il soggetto titolare del potere di indirizzo potrebbe, di volta, in volta, optare per prescrizioni più o meno dettagliate.

Ma occorre sottolineare che, almeno per i *bandi-tipo*, la chiara indicazione legislativa determina le coordinate interpretative entro cui deve qualificarsi l'atto.

Come si è ricordato, i due primi bandi tipo varati dall'ANAC ribadiscono il carattere vincolante delle prescrizioni, indicando le possibilità di deroga.

In alcuni casi le stazioni appaltanti sono incoraggiate a modificare il disciplinare di gara per adeguarlo alle loro specifiche esigenze. In altri passaggi si prospettano le ipotesi in cui la deroga appare giustificata: «*La circostanza che la gara sia telematica costituisce adeguata motivazione di scostamento dalle previsioni del Disciplinare tipo, pertanto, in caso di gara telematica le stazioni appaltanti apporteranno le opportune modifiche al testo del Disciplinare.*».

In altri casi, però, l'astratto riconoscimento della derogabilità si ferma a suggerimenti piuttosto poveri: «*Nel caso in cui la Stazione appaltante voglia prevedere un Bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, il Disciplinare può essere opportunamente adattato e utilizzato nella misura in cui sia compatibile.*». Infatti, in casi del genere, spetterebbe all'ANAC il compito di delineare i contenuti di un bando tipo adattato al criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante.

Nel codice manca, invece, una disciplina di dettaglio per i *capitolati-tipo* e per i *contratti tipo*. Da qui il dubbio sulla loro vincolatività, resi, poi, più gravi dalle persistenti incertezze sulla natura e sul contenuto di tali atti.

Una soluzione ragionevole potrebbe essere quella di ritenere che anche essi siano dotati della stessa vincolatività condizionata dei bandi tipo, tenendo conto della circostanza che la storica e oggettiva connessione con i bandi suggerisce di prevedere una disciplina unitaria.

Vero è che il tradizionale *argumentum a contrario* potrebbe indurre a ritenere applicabile una disciplina differenziata, ma proprio l'omogeneità tendenziale della regolazione flessibile stabilita dall'art. 213 dovrebbe suggerire di generalizzare l'espressa disciplina dell'art. 71, incentrata sulla formula della *vincolatività condizionata*.

12. Le linee guida nel sistema della regolazione flessibile: la riscontrata assenza di un modello unitario. Le principali ipotesi di classificazione e di qualificazione giuridica

Lo strumento delle *linee guida*, come da molti osservato, è disciplinato dal codice in modo incompleto e disordinato.

Incompleto, perché, a parte le limitate previsioni sul procedimento di formazione, manca la definizione puntuale del loro oggetto e della loro efficacia.

Disordinato, perché, se si esclude la menzione generale nell'art. 213, le linee guida sono contemplate da numerose disposizioni sparse nel codice, che utilizzano un lessico privo di omogeneità e chiarezza.

Ed è piuttosto singolare, che il legislatore abbia scelto di affidare alle LG un ruolo così pervasivo nella attuazione e specificazione del codice e, al tempo stesso abbia ommesso di fornire una disciplina chiara della loro fisionomia e del loro contenuto, tanto nella parte generale, quanto nelle disposizioni riguardanti i singoli ambiti di intervento.

L'assenza di regole generali ha condotto alla convinzione, ormai assodata, che la formula legislativa comprende figure assai diverse, nonostante la comune nomenclatura e il riferimento alla nozione unitaria, più generale, di *regolazione flessibile*.

Anche alla luce di alcune indicazioni dei commentatori e dei primi pareri consultivi del Consiglio di Stato, sembra plausibile una *tripartizione*:

- 1) LG approvate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- 2) LG dotate di efficacia pienamente «vincolante»;
- 3) LG non vincolanti.

A questa tripartizione si aggiungono altre ipotesi, caratterizzate da una rilevante differenza nel procedimento di formazione, ma che si risolvono anche esse, in sostanza, in LG vincolanti.

Prima di approfondire l'esame delle tre indicate categorie, occorre dar con-

to di altri due importanti criteri di classificazione, che interferiscono con il precedente.

A) LG *tipiche* da una parte e LG *innominate* dall'altro;

B) LG la cui adozione è *obbligatoria* per l'ANAC e LG *facoltative*.

Secondo l'impostazione dell'art. 213, lo strumento delle LG sembra avere portata generale e, quindi, l'ANAC potrebbe utilizzarlo anche al di fuori dei casi espressamente previsti (tipici).

Inoltre, in alcuni casi, l'adozione delle LG risulta «obbligatoria» per l'ANAC, perché riguarda il necessario completamento attuativo di disposizioni legislative. Di contro, in altre ipotesi, pur essendo contemplate da apposite disposizioni del codice, le LG non sembrano obbligatorie, costituendo mero supporto delle stazioni appaltanti e degli operatori.

Combinando i diversi criteri classificatori, si dovrebbe ritenere che tutte le LG «atipiche» sono facoltative e totalmente non vincolanti.

L'affermazione della loro vincolatività violerebbe palesemente il principio di legalità e il divieto di *gold plating*.

Di contro, tutte le LG vincolanti devono ritenersi tipiche e obbligatorie per l'ANAC.

Le LG non vincolanti, secondo l'interpretazione prevalente, possono anche essere tipizzate. In tali casi, peraltro, dovrebbe restare ferma la loro obbligatoria adozione.

13. Le LG approvate con decreto ministeriale. La loro natura regolamentare e le criticità aperte. La nozione sostanziale di «linee guida»

Ciò, posto, le LG approvate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non hanno determinato particolari problemi di inquadramento giuridico, perché sono state ricondotte alla categoria dei regolamenti governativi «speciali», in riferimento al loro procedimento di adozione, cui partecipa l'ANAC con un ruolo attivo, sostanzialmente codecisorio.

Questa soluzione interpretativa consente di risolvere molti, ma non tutti i problemi applicativi.

Il primo riguarda l'esatta collocazione nella gerarchia delle fonti, con particolare riguardo al rapporto con le altre fonti subprimarie. La tesi più semplice e convincente è quella secondo cui il loro rango è pienamente equiparato a quello dei regolamenti ministeriali. Non sono, quindi, né sottordinate (quali fonti *terziarie*), né sopraordinate ai regolamenti ministeriali, nemmeno applicando il criterio di «competenza» o specialità, nella risoluzione del conflitto apparente tra norme.

Il secondo e il terzo problema, strettamente connessi, riguardano le conseguenze pratiche riguardanti la loro qualificazione stabilita dal codice, contenutistica e funzionale, al tempo stesso, quali «*linee guida*» e come atti di «*regolazione flessibile*».

La questione potrebbe essere liquidata, in verità, svalutando il senso della nomenclatura prevista dal codice: l'espressione «*linee-guida*» andrebbe ricondotta ad un significato meramente descrittivo e finalistico, senza alcuna conseguenza giuridica.

Ma è ragionevole ritenere che il riferimento ad un preciso contenuto, costi-

tuito dalla fissazione di «*linee guida*» intenda fissare anche alcuni vincoli positivi e determinati limiti negativi al potere regolatorio. Altrimenti, il codice avrebbe richiamato la dizione generale dei regolamenti di cui all'art. 17 della legge n. 400/1988, salve le deroghe espressamente contemplate.

Ciò chiarito, allora, si tratta di stabilire se sia possibile attribuire un preciso significato preciso alla nozione di «*linee guida*», già da tempo presente, ma con molteplici valori semantici e senza ambizioni sistematiche, nella nostra legislazione.

Si è ipotizzato, infatti, che il concetto di LG indicherebbe un particolare contenuto o una particolare modalità espressiva del precetto giuridico, che potrebbe essere compatibile con qualsiasi *livello formale* della fonte in cui lo strumento è collocato.

Ma anche nello stesso codice n. 50/2016, le LG sono considerate come un «contenuto» particolare, sganciato dal livello della fonte e dal soggetto che le adotta.

Basterebbe osservare la previsione di cui all'art. 25, comma 13, del codice, riguardante la previsione di linee guida governative. «*Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, entro il 31 dicembre 2017, sono adottate linee guida finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo. Con il medesimo decreto sono individuati procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera.*»

La disposizione riguarda una procedura in cui appaiono prevalenti gli interessi pubblici intestati alle amministrazioni statali e, pertanto, potrebbe apparire giustificata l'arretramento della funzione regolatoria dell'ANAC. Non si spiega, però, la totale assenza di coinvolgimento dell'Autorità. Piuttosto, va sottolineato che il potere di intervento statale non è qualificato come regolamentare e si menziona la *tecnica* delle linee guida.

La caratteristica distintiva delle LG riguarderebbe, infatti, il contenuto e la fisionomia dell'atto, nettamente distinti dal precetto nella sua comune forma di comando seguito dalla minaccia di una sanzione, o, se si segue l'impostazione kelseniana, come giudizio ipotetico strutturato nella descrizione di una fattispecie seguita da un effetto (*se A, allora B*).

Questo modo di ragionare potrebbe portare molto lontano, perché coinvolge sofisticati argomenti di teoria generale sulla struttura della norma giuridica.

Ma il tema conserva interesse pratico relevantissimo perché, sul terreno concreto, incide sulla tecnica di redazione delle linee guida.

A tale riguardo, peraltro, in termini molto schematici, sembrano contrapporsi due idee simmetriche, che valorizzano, rispettivamente, la parola «linee» e il vocabolo «guida» della locuzione.

Dal primo punto di vista si dice che la prescrizione dovrebbe circoscriversi alla indicazione generali delle linee, dei contorni dei precetti, i quali dovrebbero restare meramente abbozzati. Ricorrendo ad una immagine, si potrebbe dire che, in quest'ottica, le linee guida dovrebbero configurarsi come precetti ad una sola dimensione lineare, mentre la norma, in via ordinaria, sarebbe «colorata» al suo interno, assumendo carattere per così dire «*bidimensionale*».

Altri, invece, valorizzando il concetto di «*guida*», evidenzia che tali atti intendono descrivere analiticamente il percorso procedimentale necessario per raggiungere un obiettivo dato: pertanto, lungi dal fissare principi sintetici, le li-

nee guida potrebbero risultare molto dettagliate e analitiche.

Nell'uno e nell'altro caso, però, si dice che le LG possano, o debbano, assumere una forma discorsiva, o, comunque, strutturarsi senza rispettare i criteri redazionali stabiliti per gli atti normativi.

Occorre considerare, allora, la possibile doppia anima delle linee guida.

A) In via di principio, si dovrebbe trattare di prescrizioni dirette a svolgere, senza errori, un percorso complesso, per giungere ad un risultato indicato dalla fonte legislativa. La norma primaria non può e non deve scendere ad un livello di dettaglio eccessivo, in particolare quando si tratta di indicare aspetti tecnici ed operativi. In questa prospettiva, allora, le LG possono essere minuziose e molto complesse anche dal punto di vista quantitativo. Ma il loro scopo è proprio quello di descrivere i passaggi operativi, ove occorra «spiegando» le norme primarie o le loro finalità. In questi casi, le LG, isolatamente considerate non sono affatto «flessibili». Ma la duttilità della regolamentazione va apprezzata nel suo complesso, con particolare riguardo alla formulazione della normativa primaria, che si limita a indicare scopi generali, lasciando alla normativa secondaria il compito di attuare tali prescrizioni.

B) Al contrario, invece, le LG possono limitarsi a dettare non prescrizioni di dettaglio, ma indicazioni molto generiche. Questo può avvenire nelle ipotesi in cui la normativa primaria lascia ampi margini di discrezionalità alle singole stazioni appaltanti e il ruolo della normazione secondaria è solo quello di fornire strumenti per attuare correttamente il potere di scelta. Analogamente, le LG a carattere «generico» potrebbero trovare qualche spazio nelle ipotesi di interventi «atipici» compiuti dall'ANAC, destinati alla realizzazione delle «finalità generali descritte dall'art. 213. In tali eventualità, l'intervento dell'ANAC non potrebbe essere strutturato attraverso l'adozione di prescrizioni puntuali.

In entrambi i casi, per ragioni diametralmente opposte, le LG assumono una connotazione espressiva diversa da quella dei precetti «tradizionali».

14. La tecnica linguistica di espressione delle linee guida: la flessibilità e il carattere «aperto» della prescrizione. La struttura «discorsiva» della statuizione: la sua persuasività e la maggiore chiarezza analitica

La *flessibilità* della regolamentazione potrebbe volere indicare anche altri profili attinenti ai limiti entro cui il potere dell'ANAC può esplicarsi, con particolare riferimento alla *struttura* e alla formulazione dell'atto e ai suoi specifici contenuti obbligatori.

Potrebbe evidenziare, infatti, la necessità di dettare prescrizioni (solo) «*per obiettivi*», o «*per risultati*», allo scopo di preservare i margini di autonomia e responsabilità delle singole stazioni appaltanti. All'ANAC dovrebbe essere precluso di intervenire in modo perentorio, con l'imposizione di regole «puntuali». Anche in questo caso, i caratteri della prescrizione sarebbero modellati sulle direttive e sugli atti di indirizzo, benché non risulti ancora attenuata la riconosciuta natura regolamentare delle LG.

Ciò porta alla conclusione che le LG approvate con decreto ministeriale conservano comunque una loro peculiarità. E spiega, perché, nella prassi applicativa, l'ANAC abbia sempre seguito una tecnica di redazione distante da quella tradizionale, manifestata anche attraverso il ricorso a moderni accorgi-

menti espressivi quali «box», neretti e corsivi in funzione espressiva, ecc.

Si è molto discusso sulla struttura espressiva assunta concretamente dalle linee guida, che sembra allontanarsi dalla fisionomia tradizionale delle disposizioni normative, incentrate sulla fissazione di un precetto e la previsione di una «sanzione», o, più in generale, di un effetto giuridico.

Le linee guida sono formulate secondo una tecnica espressiva variabile, caratterizzata quasi sempre da una struttura discorsiva, talvolta molto analitica, che non rispecchia i criteri di redazione degli atti normativi seguiti dal Governo e dal Parlamento, più volte codificati.

Vi è spesso una sovrapposizione tra la delibera che contiene le LG propriamente detta, la relazione illustrativa, l'AIR. Nel proprio sito, poi, l'ANAC pubblica, accanto alle LG il parere del Consiglio di Stato, il testo preliminare posto in consultazione, le osservazioni e i suggerimenti formulati dagli interessati.

Occorrerebbe approfondire l'analisi di questa modalità di redazione degli atti generali, la sua funzione e utilità.

Da una parte l'ANAC ha inteso agevolare la comprensione dalla normativa di livello primario, svolgendo un compito non molto dissimile da quello delle circolari interpretative. È un'attività molto apprezzata dalle stazioni appaltanti, specie da quelle meno attrezzate.

Resta il rischio di intrecci e contraddizioni con gli interventi ermeneutici di altri soggetti: ogni amministrazione con una struttura articolata potrebbe avere l'esigenza di dettare istruzioni interpretative ai propri organi, senza sentirsi vincolata alle opinioni espresse dall'ANAC.

In ogni caso, poi, l'ultima parola sulla uniforme e corretta interpretazione delle norme legislative compete al giudice amministrativo. E non è un caso che, molto spesso, l'ANAC recepisce e sviluppa proprio le pronunce nomofilattiche che affrontano questioni di massima.

Il passaggio attraverso il parere facoltativo del Consiglio di Stato dovrebbe valorizzare la parte interpretativa delle LG, fermo restando che la sede del contenzioso giurisdizionale risulterà decisiva per consolidare il diritto vivente.

L'impostazione «discorsiva» delle LG, peraltro, non guarda solo al «passato» delle disposizioni legislative, ma intende spiegare anche le finalità perseguite dall'ANAC e le ragioni delle scelte compiute.

Si registra, in questo senso, il duplice tentativo di «*persuadere*» i destinatari in ordine alla utilità della prescrizione e, in ogni caso, di agevolare l'applicazione della disposizione, anche attraverso la descrizione della sua finalità.

Qualche volta, però, la fisionomia della LG strutturata secondo la mera definizione di scopi od obiettivi manifesta una persistente incertezza in ordine alle condotte richieste alle stazioni appaltanti e agli operatori.

Il carattere discorsivo della LG, poi, dovrebbe essere considerato un valore aggiunto, perché consentirebbe di esprimere la massima chiarezza e semplicità del precetto.

Su quest'ultimo aspetto, però, il dibattito resta aperto e si connette al tema tradizionale della tecnica di formazione delle regole giuridiche, e del livello, analitico o sintetico, della loro formulazione.

Il grado di precisione di un enunciato normativo è condizionato da molteplici fattori, collegati, fra l'altro, alla effettiva coerenza del linguaggio complessivo del legislatore. Non è un caso, del resto, che l'ordinamento europeo presti moltissima attenzione alla tecnica normativa basata sulle «definizioni», a volte anche con alcuni eccessi.

Il legislatore nazionale è molto più altalenante e solo raramente segue lo stesso stile. Quando adotta la tecnica delle definizioni, troppo spesso dimentica la coerenza, omettendo definizioni che sembrerebbero centrali, oppure non utilizzando quelle previste. Lo stesso codice manifesta carenze molto gravi: si pensi al concetto di «evidenza pubblica», spesso considerato, ma mai descritto.

Le LG ANAC dovrebbero, in primo luogo, incoraggiare la precisione e coerenza del linguaggio.

Dovrebbe poi essere meglio spiegata la scelta tra prescrizioni «*sintetiche*», ma chiare, e LG più «*annacquate*».

Come efficacemente sottolineato dalla dottrina, le LG, in ultima analisi possono anche presentarsi come «*comandi vestiti da consigli*»¹³. Determinano vincoli ed obblighi, ancorché siano presentate come *logici* corollari di norme legislative e di obiettivi condivisi.

Sono possibili altre considerazioni.

Da tempo si è notata la tendenza del legislatore di esplicitare le finalità delle disposizioni con enunciati espressamente riferiti agli obiettivi perseguiti. Le obiezioni di fondo a questa tecnica di redazione dei testi legislativi sono fin troppo note.

Ma si è anche replicato che l'esplicitazione della *ratio legis* costituisce pur sempre un criterio interpretativo utile, che non va trascurato in sede applicativa.

Né merita censura aprioristica la funzione «politica», se non etica o *pedagogica*, della asserzione generale di principi, purché pertinenti alla disciplina e sufficientemente precisi.

Questa modalità di redazione delle prescrizioni richiede comunque attenzione e accuratezza, altrimenti rischia di diventare vuota e inutile.

Un altro aspetto riguarda la questione dei destinatari delle disposizioni e il correlato tema della chiarezza e precisione degli enunciati normativi.

La materia dei contratti pubblici continua ad essere caratterizzata da un'eccessiva complicazione delle regole e della loro formulazione. Ma si è anche evidenziato che i destinatari delle norme sono, in linea di massima, soggetti qualificati professionalmente.

Pertanto, il tecnicismo delle norme e la scarsa qualità della loro fattura non determinerebbero troppi inconvenienti.

Ma va replicato che, ormai, l'ambito delle stazioni appaltanti resta ancora molto ampio e anche il mercato degli operatori economici vede affacciarsi piccole e micro imprese, dalle quali non può esigersi una preparazione tecnico giuridica troppo specialistica.

In ogni caso, poi, l'esigenza di una disciplina pulita e lineare deve essere sempre soddisfatta.

Secondo tale prospettiva, allora, può essere apprezzato ogni tentativo svolto dall'ANAC diretto a decifrare e riformulare le prescrizioni legislative, individuando il coordinamento sistematico tra norme diverse.

Il dinamismo temporale delle LG, poi, dovrebbe riguardare l'adeguamento delle prescrizioni analitiche al mutamento delle circostanze, come emerse nell'esperienza pratica.

¹³ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 273.

15. La natura regolamentare delle linee guida vincolanti. L'efficacia delle linee guida non vincolanti

Secondo la dottrina, soltanto alcune delle LG sono *certamente* dotate di efficacia pienamente «vincolante»¹⁴.

In nessuna ipotesi il codice indica espressamente la natura vincolante delle LG. Pertanto, tale qualificazione deriva da indicazioni implicite – ma ritenute univoche – della disciplina positiva. In questo ambito si dovrebbero collocare, secondo la *communis opinio*: l'art. 31, comma 5, a proposito del responsabile del procedimento; l'art. 38, comma 6 ss., a proposito dei sistemi di qualificazione delle imprese; l'art. 78, a proposito dei criteri e requisiti per essere nominati componenti delle commissioni aggiudicatrici.

Nell'ipotesi di cui all'art. 31, comma 5, il carattere vincolante (oltre che obbligatorio per l'ANAC potrebbe derivare, oltretutto, dalla previsione di un *termine*, ancorché non perentorio, per la loro adozione. *L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con le medesime linee guida sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Fino all'adozione di detto atto si applica l'articolo 216, comma 8.*

Potrebbe essere valorizzata anche la circostanza che, in assenza delle LG, in questa materia ha operato, transitoriamente, la disciplina di cui all'art. 216, comma 8. Ma tale argomento non risulta decisivo, poiché analoga previsione suppletiva riguarda le LG in materia di appalti sotto soglia, le quali, invece, sono considerate non vincolanti dalla prevalente dottrina¹⁵ e dal Consiglio di Stato in sede consultiva.

L'ultima ipotesi classificatoria riguarda, secondo la dottrina¹⁶, le LG «*non vincolanti*», anche esse individuate in funzione delle indicazioni espresse o implicite della fonte legislativa che le prevede.

Tra queste ipotesi si possono indicare l'art. 80, comma 13, a proposito del modo in cui accertare le carenze nell'esecuzione dei precedenti contratti, ai fini dell'esclusione dal procedimento, col fine di «garantire omogeneità di prassi».

16. La natura giuridica delle linee guida in materia di affidamenti sottosoglia

Alle ipotesi «certe» di LG non vincolanti si aggiunge anche, secondo unanime opinione, l'ipotesi dell'art. 36, comma 7, a proposito del «*supporto*» da dare alle stazioni appaltanti in merito alla scelta dei contraenti dei contratti sot-

¹⁴ G. MORBIDELLI, *op. cit.*

¹⁵ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 2016 e in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ G. MORBIDELLI, *op. cit.*

tosoglia. In particolare, secondo la disciplina dell'art. 36, comma 7, «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.»

Il carattere non vincolante di tali LG è ritenuto dalla stessa ANAC, che, in concreto, le ha emanate con contenuti decisamente «esortativi» e fin troppo prudenti.

A ben vedere, però, questa soluzione interpretativa non pare così scontata. Il solo riferimento legislativo alla descritta finalità di «supportare le stazioni appaltanti» non è decisivo, considerando il suo palese *atecnicismo* e la scarsa rilevanza che dovrebbe avere l'indicazione dell'obiettivo atteso da un intervento regolamentare. D'altro canto, sembra comune a tutte le LG una finalità di generale ausilio delle attività delle stazioni appaltanti.

Semmai, l'espressione «*modalità di dettaglio*» potrebbe far pensare all'adozione di una disciplina di carattere attuativo delle disposizioni di rango legislativo.

A stretto rigore, poi, la norma primaria distingue molteplici contenuti diversi delle emanande LG:

- una generica funzione di *supporto* alle stazioni appaltanti;
- la formazione e la gestione degli elenchi degli operatori economici;
- le specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti;
- le modalità di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata;
- le modalità di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale.

Solo il primo contenuto, per la sua genericità, potrebbe apparire di carattere non vincolante, mentre tutti gli altri sembrano assumere connotati materialmente regolamentari.

In ogni caso, l'asserita natura non normativa e non vincolante non riesce a spiegare la previsione del periodo finale, che fa riferimento all'applicazione della disciplina transitoria legislativa, fino all'entrata in vigore delle LG.

In tale cornice, le LG in parola, determinando un vero e proprio effetto delegificante, devono avere inevitabilmente natura normativa.

Non senza contraddizione, poi, la stessa ANAC invita le stazioni appaltanti ad adottare appositi regolamenti attuativi, riconoscendo l'esigenza di una disciplina di chiusura delle previsioni contenute nell'art. 36.

17. Il ruolo effettivo della nozione di regolazione flessibile nel sistema delle fonti

Ci si deve chiedere, allora, a questo punto se, nel complessivo sistema del codice, la nozione unitaria di «*regolazione flessibile*» abbia un concreto rilievo.

La nota della «flessibilità» sembra voler introdurre una contraddittoria *attenuazione* della imperatività propria del regolamento, addirittura inconciliabile con la stessa *natura normativa* dell'atto e alla nota caratteristica della sua *stabilità*. La «duttilità», al contrario, appare pienamente compatibile con la fisiologia giuridica degli atti generali non normativi.

L'aggettivo «flessibile» è usato in molti significati, per descrivere distinti aspetti della norma giuridica.

In alcuni casi si intende sottolineare la sua «facile» *modificabilità*: si pensi all'espressione «*Costituzione flessibile*», utilizzata per evidenziare la «debole» capacità di resistenza passiva dello Statuto albertino fonte, modificabile da qualsiasi legge posteriore, ancorché la sua posizione sostanziale di cardine dell'ordinamento avrebbe potuto suggerire una forza di resistenza passiva molto più marcata.

Da notare che la *flessibilità* considerata è, in questo contesto, del tutto «negativa», sul piano dei valori in gioco, e logicamente inadatta alla necessaria *stabilità* della norma costituzionale, che dovrebbe condurre, semmai, alla accentuazione della sua rigidità.

Non si può dimenticare, del resto, che le tendenze più recenti del legislatore nazionale (così come di quello europeo) sembrano orientate, in prevalenza, a fissare la «stabilità» della normativa primaria. Questa è la finalità della discussa clausola di *inderogabilità*, se non con disposizione espressa, delle norme legislative contenute in determinati provvedimenti legislativi: secondo l'art. 218, comma 1, del codice n. 50/2016, che riprende l'art. 255, comma 1, dell'abrogato codice n. 163/2006, «1. *Ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute.*»

Gli operatori economici, i cittadini, le stazioni appaltanti, infatti, di solito auspicano norme rigide, dall'applicazione prevedibile, piuttosto che disposizioni mutevoli, soggette a variabili attuazioni.

18. La flessibilità delle regolazione in senso «diacronico» e l'adattabilità sincronica alle mutevoli circostanze

Tuttavia, proprio la nota della rapida e periodica «*modificabilità*» risulta idonea a contrassegnare senz'altro la flessibilità della regolazione posta dell'ANAC. Sul piano del giudizio di valore, in questo caso, la elasticità è presentata dal legislatore proprio come un elemento di qualità e di *forza* della disciplina, perché essa dovrebbe indicare la capacità (o addirittura la necessità) di adattamento continuo alla dinamica dei mutamenti di fatto o di contesto in cui si colloca la disciplina di settore, rimediando anche ad eventuali errori o lacune della disciplina preesistente.

Ora, è oggettivamente difficile comprendere quale sia l'effettiva utilità di questo tipo di «flessibilità», per varie ragioni.

1) La prospettata «velocità» dell'ANAC e dei procedimenti di regolazione flessibile non si è finora manifestata. Le LG sono varate con ritmi piuttosto pacati, non necessariamente più serrati di quelli propri dei regolamenti governativi o delle norme legislative.

2) Può apparire incoerente la scelta della *codificazione*, accompagnata, pe-

rò, dalla programmatica dispersione delle regole attuative in tanti atti, diversi per contenuto e per efficacia, destinati, per giunta, a una fisiologica modificabilità.

3) Non si può trascurare, poi, che proprio in questo contesto si accentua una delle criticità poste in evidenza dalla dottrina¹⁷: il potere normativo sembra intestato ad un soggetto privo di «*rappresentatività democratica*».

4) Il dato della modificabilità nel tempo del precetto, però, non sembra offrire particolari elementi di interesse per definire il carattere davvero innovativo della nota della flessibilità: l'attribuzione di un potere di intervento «continuo» è ovvio principio organizzativo nella distribuzione delle competenze, anche normative. A meno che non si voglia sottolineare, peraltro, la particolare «*agilità*» del procedimento di formazione degli atti generali dell'ANAC, insieme ad un vero e proprio *dovere* di aggiornamento costante della disciplina.

Non a caso, in dottrina si è descritta questa ipotizzata caratteristica come *fast law*, anziché come *soft law*¹⁸.

19. La flessibilità dei poteri dell'ANAC e il rispetto dell'autonomia normativa delle regioni, delle amministrazioni e delle stazioni appaltanti. I limiti costituzionali dell'art. 117. Il rapporto dell'ANAC con il Governo

Una ulteriore possibile finalità perseguita dalla «flessibilità» delle LG e degli altri atti generali dell'ANAC viene ravvisata nel rapporto tra ordinamento statale e autonomia normativa delle Regioni, degli enti locali e delle altre stazioni appaltanti. Questa sarebbe, del resto, una delle ragioni dell'abbandono del regolamento generale attuativo, che poteva apparire invasivo delle competenze regionali.

In particolare, si ipotizza che solo una normativa «leggera» potrebbe limitare il rischio di invasione nella sfera riservata a tali soggetti.

Ma l'argomento non convince, perché i limiti del potere normativo statale, fissati dall'art. 117 Cost. (come tratteggiati dalla Corte cost.) sembrano prescindere dalla fisionomia della norma.

Un filone critico molto serio, come si è detto, dubita, in radice, della stessa legittimità del potere di intervento generale dell'ANAC, alla luce della asserita carenza di legittimazione democratica dell'Autorità e della riscontrata «eccentricità» rispetto al sistema delle fonti secondarie, basato sul disegno della legge n. 400/1988 (centralità del Governo e garanzie procedurali).

In senso opposto, muovendo dalla prospettata mancanza di autonomia e indipendenza dell'ANAC, in virtù del suo rapporto di connessione con il Governo, si sostiene che il potere normativo dell'ANAC risulterebbe caratterizzato da un sostanziale aggiramento delle garanzie procedurali che disciplinano la formazione degli atti normativi del Governo.

La «flessibilità» eliminerebbe, o, quanto meno, attenuerebbe, quindi, questo rischio, riducendo parecchio l'incisività delle LG.

La radicale critica al ruolo dell'ANAC assume però connotazioni più politi-

¹⁷ C. DEODATO, *op. cit.*

¹⁸ M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *questa Rivista*, 2016, p. 2.

che che giuridiche, alla luce del *carattere aperto* delle fonti secondarie, nel rispetto del principio di legalità.

D'altro canto, il riscontrato limite, se appurato, sarebbe comunque travalicato anche in presenza di prescrizioni «*morbide*».

20. Flessibilità e intensità del sindacato giurisdizionale. Il problema specifico delle linee guida non vincolanti

La dottrina più attenta¹⁹ ha evidenziato il rischio che la dichiarata natura «flessibile» della regolazione ANAC potrebbe indurre a limitare il sindacato del giudice amministrativo su tali atto, nonostante la perentoria affermazione, contenuta, nell'art. 213, della loro impugnabilità.

Il punto richiede approfondimento, benché, allo stato, l'esperienza del contenzioso non fornisce elementi di valutazione.

Si possono indicare le due questioni centrali.

La prima riguarda l'intensità del sindacato giurisdizionale, che potrebbe ritenersi intrinsecamente limitato in relazione alla sfera riservata alle Autorità indipendenti.

La seconda riguarda il delicato tema della lesività (immediata) di atti che appaiono concepiti come indicazioni richiedenti applicazioni concrete da parte delle stazioni appaltanti. Si potrebbe affermare, infatti, che le LG, massimamente quelle totalmente non vincolanti, si devono tradurre in provvedimenti concreti successivi, eventualmente conformi alla LG, ma sulla base di un'autonoma scelta della stazione appaltante.

Quindi, non solo sarebbe impossibile ipotizzare l'immediata lesività della LG, ma non vi sarebbe nemmeno l'onere di impugnare la LG «presupposta», perché questa rappresenterebbe mero antecedente temporale, ma non logico necessario, della determinazione concreta.

Per verificare l'esattezza di questi assunti occorrerà distinguere tra le diverse situazioni verificabili nella prassi, tenendo conto dei risultati interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza in relazione allo spinoso tema della impugnabilità delle circolari.

21. Un possibile ripensamento della espansione della regolamentazione flessibile: il ritorno alla tecnica normativa tradizionale?

Alcuni commentatori ritengono che, ora, dopo i primi mesi di esperienza (deludente) della regolazione flessibile si stia realizzando «una significativa «*marcia indietro*» sui poteri regolamentari dell'ANAC in ambiti che attengono a una platea indifferenziata dei destinatari».

Si indica, in tal senso, l'emblematica vicenda della disciplina della qualificazione degli operatori economici, originariamente affidata a linee guida e ora ricondotta a fonti regolamentari governative.

Sia il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice che quello sullo

¹⁹ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. pre-contenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 381.

schema di correttivo avevano osservato in relazione alle linee guida sulla qualificazione degli operatori economici (artt. 83 e 84) che si tratta di materia intrinsecamente normativa, da affidare alle linee guida ministeriali, tradotte in un atto avente la forma e l'efficacia di un regolamento ex art. 17 della legge n. 400/1988²⁰.

Nella sua versione originaria, il codice aveva previsto, al riguardo, un tipo *sui generis* di LG, qualificato, da taluno come un *quartum genus* rispetto ai tre ipotizzati dalla delega, prevedendo LG dell'ANAC sulla qualificazione, previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

Ma era dubbia la costituzionalità di questa previsione: sia per eccesso di delega, sia perché si creava un «atto anomalo» in cui un organo costituzionale quale il Parlamento rende parere ad un organo tecnico che, per quanto indipendente, non ha rango costituzionale. Questo, con le ulteriori implicazioni nel caso in cui l'ANAC si scostasse dal parere (obbligatorio ma mai vincolante) delle Commissioni parlamentari, senza incorrere in alcuna responsabilità politica diversamente da quanto avviene quando è il Governo a disattendere l'avviso del Parlamento nei confronti del Governo²¹.

L'aver previsto il parere delle Camere nel procedimento di formazione delle LG ANAC sulla qualificazione degli operatori economici metteva una seria ipoteca di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, su un pezzo importante della riforma.

Ora, al di là delle questioni riguardanti questo specifico aspetto, resta confermata l'idea di fondo, secondo cui l'architettura complessiva delle linee guida e della regolazione flessibile dell'ANAC non stia determinando risultati particolarmente importanti e non pare destinata a significativi sviluppi nel campo dei settori speciali.

Vero è che molti dei timori paventati dai primi commentatori si sono rilevati privi di fondamento. Ma lo stravolgimento del sistema delle fonti, non pare aver determinato particolari benefici.

Proprio i dati riguardanti i settori speciali risultano in questo senso molto interessanti, perché dimostrano la sostanziale irrilevanza del complesso procedimento diretto alla attuazione della regolazione flessibile e la sostanziale autosufficienza delle regole legislative generali e delle norme organizzative poste autonomamente da ciascuna stazione appaltante.

²⁰ Si legge nel parere sub art. 83: «Il comma 2 affida all'ANAC la disciplina (caratterizzata da generalità e astrattezza) di rilevanti aspetti sostanziali in tema di selezione dei candidati, caratteri del sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento e requisiti e capacità che devono essere posseduti dal concorrente, integrando una parte rilevante della materia disciplinata e incidendo altresì su specifici status soggettivi. Si tratta di materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali».

Alla luce di quanto osservato nella parte generale (sub II.g), si demanda al Governo di valutare se riconfermare il riparto di attribuzioni del presente articolo, ovvero modificarlo affidando una parte di tale materia ai decreti ministeriali adottati su proposta dell'ANAC, lasciando comunque all'ANAC il sistema di premialità e penalità del comma 10, nonché la disciplina delle SOA di cui al successivo art. 84, secondo quanto già previsto dall'abrogando d.lgs. n. 163/2006.

In tale seconda ipotesi, le competenze attribuite all'ANAC in tema di qualificazione avrebbero comunque piena esplicazione attraverso il potere di proposta, che costituisce tipico atto che predetermina il contenuto del provvedimento finale.».

²¹ Per tale riflessione v. anche C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 aprile 2016.



SAGGI

L'art. 117 d.lgs. n. 267/2000 e i limiti alla politica tariffaria degli enti locali

di *Simone Torricelli*

ABSTRACT

The paper aims at identifying juridical criteria for setting tariffs of public services, with a particular attention to sectors where a specific regulation is lacking. In this aim, it focuses on art. 117 TUEELL, according to which tariffs must be able to cover the production costs, and analyses if and how this provision is able to bind public authorities and to protect interests of public service providers and public service users.

SOMMARIO: 1. La politica tariffaria e le coloriture del servizio pubblico. – 2. Il legislatore e il problema della spesa. – 3. Le tariffe, l'obbligo di copertura dei costi e di remunerazione del capitale. – 4. Il rilievo giuridico dei vincoli alla potestà tariffaria nei confronti dell'erogatore. Il caso delle società *in house*. – 4.1. La fissazione imperativa delle tariffe e la posizione giuridica del gestore. – 4.2. Condizioni della negoziazione pubblica e remunerazione dell'impresa. – 5. La potestà tariffaria e i diritti (degli utenti). – 6. Una breve considerazione conclusiva sulle funzioni dell'art. 117 TUEELL.

1. La politica tariffaria e le coloriture del servizio pubblico

Le tariffe costituiscono un elemento ordinante nella disciplina del servizio pubblico. Di fronte alla scelta, ad opera dell'amministrazione, circa il corrispettivo da versare per il conseguimento di una prestazione, le variabili che possono darsi sono molte e, a seconda della costruzione in concreto della tariffa, cambia il contenuto del servizio pubblico. Indicarne alcune può servire a introdurre al tema. Il fatto che il corrispettivo sia o meno tale da coprire per intero i costi della prestazione, imputando a ogni singolo utente l'onere del servizio. Il fatto che il corrispettivo sia o meno congegnato per creare una forma di solidarietà orizzontale tra gli utenti, facendo pagare ad alcuni un di più per compensare il minor importo pagato da altri. Il fatto che il corrispettivo sia o meno tale da produrre effetti redistributivi, impiegando risorse pubbliche ricavate dalla fiscalità generale per consentire l'accesso alla prestazione di tutti o di alcuni cittadini. Il fatto che il corrispettivo tenga o meno conto di alcune esigenze di sviluppo complessivo del sistema, utilizzando la tariffa per incamerare risorse da destinare al potenziamento dell'infrastruttura. Il combinarsi di queste variabili delinea i tratti di un intervento pubblico che, in dipendenza del modo in cui la tariffa è composta, risulta funzionalmente molto diverso.

Certo al fondo vi è sempre una qualche tutela dell'utente e dei suoi interessi alla prestazione, ma non basta questa osservazione a fondare una base sufficientemente solida per delineare una nozione comune di servizio pubblico. La tutela si traduce, talora, nel dare protezione a un soggetto tendenzialmente inserito in una dinamica di mercato, a cui si cerca di garantire che il servizio ci

sia e che si vuole protetto contro la forza dell'erogatore di una prestazione a fruizione necessaria: che paghi, l'utente, ma senza abusi e senza che l'impresa possa approfittare della anelasticità della domanda per procurarsi extra profitti. In altri casi, invece, la tutela è una tutela (per così dire) sociale, che si traduce nella messa a disposizione di tariffe inferiori rispetto ai costi. L'utente è sottratto così al dispiegarsi della logica dei rapporti commerciali e proiettato in una sfera protetta dai pubblici poteri, che chiamano o i contribuenti o gli altri utenti o gli uni e gli altri a un intervento di solidarietà. Si disvela da questa prospettiva il lato passivo di un certo tipo di servizio pubblico, composto da chi paga per l'altrui fruizione.

Non è il caso di entrare nella questione conseguente della frammentazione del servizio pubblico; nella valutazione di molti¹, esso si scinde oggi in una pluralità di tipologie che finiscono per descrivere fenomeni le cui diversità tendono a soverchiare gli elementi comuni. Non è per questo che si sono rese necessarie queste note introduttive, che si propongono piuttosto di evidenziare la centralità del tema della politica tariffaria. E non solo.

La disciplina legislativa in ordine alla definizione delle tariffe è complessivamente sommaria.

Rispetto ai servizi pubblici economici nazionali, il legislatore ha invero predisposto una organizzazione a specchio, che vede interagire il livello politico con una amministrazione indipendente e fortemente tecnica tesa a tradurre in tariffe gli indirizzi generali di politica nazionale, secondo modalità definite in termini generali dalla medesima legge². Ma se il complesso dei servizi pubblici nazionali costituisce una nervatura fondamentale del sistema paese, vi sono molte altre attività, che il legislatore o indica come doverose senza però dettare regole specifiche sulle garanzie³, o che non considera direttamente, ma che nondimeno coinvolgono interessi sensibili dei cittadini: è in questi casi rimessa alle amministrazioni, soprattutto locali, la scelta, nel primo caso, di dare al servizio pubblico un contenuto effettivo, nel secondo, di assumere o meno la responsabilità circa il modo in cui quelle attività sono svolte e, comunque, di intervenire o meno per fornire una tutela⁴.

Accanto ai grandi interessi strategici del paese legati a servizi pubblici che assicurano sì anche bisogni individuali, ma che hanno ricadute dirette sulle capacità di sviluppo e sulla competitività del paese, si scorge così un reticolato di attività di sostegno, la cui capacità di migliorare la qualità della vita delle persone dipende in larga misura dalle disponibilità economiche, dalle competenze tecniche e dalle sensibilità politiche degli enti esponenziali delle comunità locali. In una congiuntura economica come quella attuale, sono soprattutto queste le attività a rischio, su cui i vincoli stringenti di bilancio che gravano sulle amministrazioni possono abbattersi con maggiore violenza. In fondo, è solo considerando il sistema complessivo dei servizi pubblici e tenendo in adeguato conto anche questo più minuto livello di garanzia che si può giungere ad una valutazione effettiva delle garanzie del cittadino rispetto ai bisogni che matura; in sintesi, del livello di stato sociale che la politica decide oggi di assicurare.

¹ Già D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss. Si rinvia sul punto anche a S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dalla unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 299 ss.

² Si vedano specialmente gli artt. 1 e 2 della l. n. 481/1995.

³ Per esempio il trasporto pubblico locale, a norma degli artt. 5 e 7 d.lgs n. 422/1997.

⁴ I servizi a domanda individuale di cui al d.m. 31 dicembre 1983.

Questa la premessa dell'analisi.

Rispetto infatti ad un dibattito articolato che riguarda la pluralità di servizi pubblici tipici, essenzialmente tutti quelli che sono oggetto di discipline tariffarie specificamente regolate, può essere utile porre l'attenzione, sia pure nel limitato angolo visuale del potere tariffario, su quella gamma multiforme di attività che sono necessariamente o sono potenzialmente qualificabili come servizi pubblici locali, sulla base di una scelta dell'ente. In molti di questi casi mancano dei parametri normativi diretti, cosicché occorre fare riferimento, per orientarsi tra i criteri di determinazione delle tariffe, a norme di carattere generale: centrale l'art. 117 TUEELL.

2. Il legislatore e il problema della spesa

Il termine tariffa è un termine fortemente connotato, a cui però l'art. 117 TUEELL dà un contenuto semplificato, definendo come tariffa il corrispettivo dei servizi pubblici⁵. È possibile dunque fare del termine un utilizzo meno tecnico; ragionando sulla falsariga di quella norma, esso può essere tradotto come prezzo amministrato.

Guardando complessivamente agli articoli del TUEELL che si occupano di tariffe, si trovano alcune tracce della rilevanza delle scelte tariffarie e della loro potenziale varietà. In particolare, nel disciplinare i principi in materia di finanza, il TUEELL⁶ apre alla possibilità che le tariffe siano determinate anche in modo non generalizzato, in ciò richiamando l'ente alla responsabilità circa le politiche redistributive da attuare attraverso la discrezionalità tariffaria. Parallelamente, il fatto che la competenza in ordine alla fissazione delle tariffe sui servizi locali di livello comunale sia in principio consiliare, salvo le deroghe previste da normative settoriali, sottolinea ancora la sua valenza politica⁷. Peraltro, anche rispetto ai servizi locali non è escluso che altri enti intendano darsi carico di esigenze specifiche e sociali o economiche da attuare con la politica tariffaria, per esempio nell'opera di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e per soddisfare interessi di natura omogenea; ne segue l'obbligo di garantire agli enti locali risorse finanziarie compensative⁸.

Non vi è molto altro.

Da un lato si trova infatti la sequenza delle disposizioni che impongono tariffe tali da coprire i costi. Prototipo di questa sequenza è l'art. 117 TUEELL, che, con una previsione il cui tenore letterale risulta all'apparenza rigido, obbliga gli enti interessati ad approvare tariffe che assicurino l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione, indicando poi i criteri da seguire per il calcolo⁹. Dall'altro lato, si incontrano norme che si danno carico di disciplinare i casi di disavanzo o dissesto, indicando la possi-

⁵ In termini semplificanti, anche l'art. 2, comma 17, l. n. 481/1995 indica come tariffa "i prezzi massimi unitari dei servizi al netto delle imposte".

⁶ All'art. 149 TUEELL.

⁷ Art. 42, comma 2, lett. f, TUEELL.

⁸ Sempre art. 149 TUEELL.

⁹ In termini analoghi è formulato l'art. 201 TUEELL relativo ai servizi pubblici erogati attraverso la gestione delle opere pubbliche che, rispetto all'altra, si colloca in un rapporto di *species a genus*.

bile o doverosa revisione delle tariffe dei servizi forniti, allo scopo di far fronte ad una situazione di difficoltà economica¹⁰.

In questo senso costituisce un'occasione persa la mancata emanazione del TU sui servizi pubblici, in attuazione della l. n. 124/2015, in cui quantomeno si richiamava l'essenza del servizio dal punto di vista degli utenti riconoscendo loro un diritto alla accessibilità (come anche alla continuità, alla non discriminazione e i migliori livelli di qualità e sicurezza)¹¹. Ridondante? Forse, ma, in una fase di ridimensionamento dello stato sociale tanto lunga da non potersi considerare congiunturale, non sarebbe stato inutile.

Come si vede, ad oggi l'interesse che esprime il legislatore è essenzialmente un interesse alla copertura e agli impatti dei disavanzi, implicitamente rimettendo all'amministrazione locale, nell'ambito del suo indirizzo politico, il compito di definire ampiezza e contenuti delle prestazioni da assicurare, nonché determinare il livello della loro accessibilità. È chiaro allora che le norme di rango legislativo che si danno carico dei profili finanziari della gestione dei servizi debbono essere analizzate tenendo conto dell'interferenza di altre previsioni (le poche di livello legislativo, le molte di livello costituzionale) che garantiscono i diritti e dunque orientano la potestà tariffaria, nonché della competenza generale amministrativa degli enti locali a darsi politiche proprie. L'interazione di questi fattori, infatti, corregge il contenuto testuale di disposizioni di legge che sembrerebbero relativizzare il valore sociale dei servizi pubblici. Tuttavia, rimane il dato culturale di un legislatore che, in quel complesso normativo, tratta solo il profilo della spesa e l'effetto indotto di condizionare la discussione politica e giuridica sul tema sul perno del contenimento dei costi.

3. Le tariffe, l'obbligo di copertura dei costi e di remunerazione del capitale

A dispetto della sua apparente nettezza, l'art. 117 TUEELL lascia aperta una serie di questioni e, comunque, richiede una correzione in sede interpretativa. Ciò a partire dalla questione di base relativa all'esistenza o meno dell'obbligo di coprire per intero i costi di investimento e gestione attraverso le tariffe; è invero fondamentale stabilire se vi sia un potere di scelta dell'ente circa le modalità di copertura, che comprendono necessariamente le tariffe, ma che potrebbero estendersi anche ad altre eventuali forme di finanziamento del servizio.

Nell'affermare che le tariffe dei servizi pubblici garantiscono l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione, la norma manca di dare una risposta; sembra invece più penetrante laddove indica come criterio da seguire quello della corrispondenza tra costi e ricavi, in modo, dispone ancora il legislatore, da assicurare l'integrale copertura dei costi. La stima non è facile, anche perché, evidentemente, dipende dalla domanda di servizi attesa; a prescindere da ciò, se ne ricava un indizio testualmente solido per concludere nel senso nella necessità di una gestione che sia economicamente autosufficiente.

Ora: nei casi in cui la funzione della tariffa è quella di calmierare i prezzi per

¹⁰ Artt. 188 e 193 TUEELL.

¹¹ Art. 12, comma 1, del testo.

evitare eccessi di utile, non si pongono particolari difficoltà. Rispetto ai taxi, per esempio, i cui prezzi regolati non sono ordinariamente protesi a rendere la prestazione accessibile, ma tendono a impedire che la libera negoziazione si traduca in corrispettivi irragionevoli¹², le preoccupazioni circa la sostenibilità espresse dall'art. 117 risultano soddisfatte semplicemente intervenendo con una regolazione della relazione contrattuale tra le parti¹³. Ma qui si è di fronte ad un servizio pubblico *sui generis*, in cui il complesso delle transazioni sono in grado di produrre utili che, regolati e redistribuiti, permettono all'erogatore di conseguire margini di redditività adeguati e al fruitore di conseguire una prestazione a condizioni ritenute soddisfacenti, senza l'esigenza di utilizzare risorse ulteriori.

In molti altri casi, però, la mera regolazione delle condizioni praticate dall'erogatore può non essere sufficiente, per la necessità di assicurare per tutte o per alcune prestazioni, ovvero per tutti¹⁴ o per alcuni utenti, una sorta di fruizione facilitata che non obblighi a farsi carico per intero del costo di produzione.

Adattare a questa esigenza l'art. 117 TUEELL non è semplice.

Se interpretiamo la norma in modo rigido, se ne ricava una sorta di pre-determinazione delle modalità di intervento pubblico. Gli utenti dovrebbero globalmente assicurare l'integrale copertura dei costi tramite le tariffe versate, mentre residuerebbe per l'amministrazione un duplice possibile correttivo. Il primo, di cui meglio si dirà poi in relazione ai suoi molti profili problematici, è quello di una regolazione tariffaria che produca extra profitti su alcune prestazioni, così da integrare la perdita derivante dalle prestazioni rese sottocosto¹⁵. L'altro è costituito dal sostegno alla domanda ricavato dalla fiscalità generale: in un sistema regolato in cui la potestà tariffaria serve essenzialmente ad evitare un eccessivo utile, l'amministrazione dovrebbe poi sviluppare la propria politica sociale sovvenzionando gli utenti in modo più o meno selettivo.

Se si ritiene, come pare evidente, che l'art. 117 lasci aperta questa possibilità, allora il fatto che l'utente versi tariffe corrispondenti al costo, con una erogazione pubblica in suo favore fatta prima o dopo la fruizione, o che l'utente corrisponda una tariffa agevolata, che viene poi integrata dall'ente locale versando somme in compensazione direttamente al fornitore del servizio, è questione non irrilevante ma tutto sommato secondaria. Se l'art. 117 consente la prima opzione, come certamente è, non può che consentire anche la seconda.

Vi sono d'altra parte norme speciali che prevedono anche in modo espresso detta possibilità. Rispetto al trasporto pubblico di linea, per esempio, sono

¹² Ciò sotto vari profili. In particolare la funzione della regolazione tariffaria comprende anche l'esigenza di assicurare l'omogeneità delle tariffe nelle diverse fasce orarie, per evitare che nelle ore di maggiore richiesta i prezzi salgano oltre misura (come accade invece rispetto a forme di erogazione di prestazioni di trasporto non di linea alternative a quelle di servizio pubblico). Per una indagine comparativa sul punto, si veda R. NOGUELLOU-D. RENDERS, *Uber & Taxis: Comparative Law Studies*, Bruxelles, 2018.

¹³ Sulla base delle competenze attribuite a norma dell'art. 5, l. n. 22/1992.

¹⁴ Qui cambia il modello. Tra le molte funzioni che il servizio pubblico può assumere vi è non solo quella di rendere disponibile un servizio, ma anche quella di promuoverne la fruizione in modo generalizzato. Non si tratta in questi casi solamente di sostenere chi altrimenti non potrebbe accedere alla prestazione, ma anche di sviluppare una domanda assicurando condizioni economiche appetibili, inducendo ad accedere alla prestazione chi potrebbe essere portato a non fruirne. Il trasporto pubblico locale lo evidenzia bene: per esso una politica generalizzata di contenimento tariffario può costituire uno strumento imprescindibile per indurre a rinunciare all'impiego di mezzi di trasporto privato che hanno un impatto per molte ragioni negativo sulla collettività

¹⁵ *Infra*, par. 5.

previste delle compensazioni economiche per il gestore del servizio volte a integrare tariffe fissate sotto costo¹⁶. Anche il testo unico sui servizi pubblici adottato e poi decaduto indicava le tariffe come uno degli elementi che contribuivano all'equilibrio finanziario nella gestione del servizio, espressamente contemplando le compensazioni economiche che l'insufficienza delle tariffe rendesse necessaria¹⁷. Ma, in ogni caso, la possibilità di un modello di finanziamento in cui le tariffe non coprono i costi e sono integrate da risorse che si traggono dalla fiscalità generale non può dirsi precluso, perché l'obbligo di copertura va letto in combinato con le generali attribuzioni dell'ente circa la politica sociale da realizzare.

Piuttosto, l'art. 117 esprime un principio di sana contabilità pubblica. Quello per cui occorre una preventiva stima del costo del servizio, con parallela assunzione da parte dell'ente della quota parte eventualmente non coperta e correlativa indicazione del capitolo di bilancio in cui essa dovrà gravare, ponendo anche un parametro normativo che può essere utile ai fini della responsabilità amministrativa. E questo coerentemente con altre norme che impongono, per un verso, la quantificazione preventiva delle tariffe, con atto da allegare al bilancio previsionale, e, per i servizi a domanda individuale¹⁸, della misura percentuale dei costi complessivi coperti con la tariffa, nonché, per altro verso, l'obbligo previsto per i soli enti in dissesto di coprire i costi attraverso le tariffe in una misura minima prestabilita¹⁹.

Quanto al rapporto tra le due modalità di finanziamento del servizio, la giurisprudenza ha riconosciuto amplissima discrezionalità all'ente nel bilanciare la quota parte coperta dalle tariffe a carico degli utenti e quella coperta attraverso compensazioni²⁰, anche a prescindere da una specifica motivazione (salva l'ipotesi in cui l'amministrazione opti per la completa gratuità: poiché, secondo la Corte dei conti, alla gratuità si può ricorrere solo come *extrema ratio*, essa abbisogna di essere specificamente giustificata²¹)²². Tutto ciò appare d'altra parte in linea con una più generale tendenza giurisprudenziale a rispettare in modo molto rigoroso le scelte di spesa delle amministrazioni.

4. Il rilievo giuridico dei vincoli alla potestà tariffaria nei confronti dell'erogatore. Il caso delle società *in house*

Spostando la prospettiva dal rilievo dell'art. 117 TUEELL rispetto all'amministrazione, per agganciare la posizione dell'erogatore del servizio e vedere quale sia l'impatto della norma sulle sue situazioni soggettive, occorre invece tenere distinte ipotesi diverse, perché sono diversi i regimi giuridici dei servizi pubblici. Fondamentale il dato della natura *in house* o esternalizzata della gestione del servizio.

¹⁶ Così l'art. 17 del d.lgs. n. 422/1997.

¹⁷ Art. 25, comma 2, del testo.

¹⁸ Art. 172 TUEELL e art. 6 del d.l. n. 55/1993.

¹⁹ Pari al 36%, a norma dell'art. 243 TUEELL.

²⁰ TAR Piemonte, sez. I, 31 luglio 2014, n. 1365.

²¹ Corte dei Conti, regione Campania, sez. reg. controllo, 21 giugno 2017, n. 222. Si veda anche Corte dei Conti, regione Sicilia, sez. reg. controllo, 9 marzo 2016, n. 7.

²² TAR Emilia Romagna, sez. I, 15 dicembre 2011, n. 835.

Nel caso in cui il servizio sia affidato (senza procedure ad evidenza pubblica) a società il cui capitale sia interamente detenuto dall'amministrazione, la distinzione tra l'ente che stabilisce la tariffa e la rivesta nel contratto di servizio e la società poi direttamente incaricata di dare applicazione alla tariffa è solo apparente; ciò rende l'atto in questione come un atto che, nel rapporto con l'erogatore del servizio, ha un rilievo sostanzialmente organizzativo. È, in fondo, una delle espressioni della relazione di strumentalità che lega la società all'ente. Ma non per questo risulta privo di importanza

Da un lato esso rileva per effetto della distinzione tra il bilancio dell'ente e quello della società, dunque dal punto di vista della correttezza dei rapporti finanziari tra l'uno e l'altra. Si tratta di un profilo che ha un'importanza crescente e che esalta la vocazione dell'art. 117 come norma di contabilità. In questo senso l'art. 117 pone un argine al rischio che l'amministrazione fissi tariffe inferiori al costo di produzione del servizio, riversando sulla società l'onere di individuare una fonte di finanziamento alternativo e, dunque, sottraendosi alla responsabilità del debito che la erogazione del servizio produce²³. D'altra parte, se è vero che la società è un soggetto giuridico autonomo, i cui organi sono autonomamente responsabili per l'efficiente andamento sociale, il fatto che l'ente locale eserciti su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, anche contro la volontà degli amministratori, consentirebbe comunque la facile imposizione di condizioni che non consentano il pareggio di bilancio.

Riferito a questa fattispecie, l'obbligo della copertura dei costi del servizio affidato pone una premessa di corretta gestione, nell'ambito di un quadro normativo più complesso fatto di disposizioni che consentono sì, in caso di crisi di impresa, trasferimenti straordinari a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse, ma condizionandoli comunque al raggiungimento in tre anni dell'equilibrio finanziario²⁴.

Quando invece l'atto di determinazione delle tariffe investa un soggetto che è altro rispetto all'amministrazione che le determina, quell'atto assume un rilievo diverso. Occorre però ancora distinguere, prima di poterlo qualificare, due ipotesi: quella in cui la fissazione delle tariffe ha carattere propriamente imperativo e quella in cui la imperatività risulta in qualche modo temperata, o perché si inquadra in contesti negoziali o perché le tariffe dipendono da scelte consensuali tra amministrazione e gestore.

4.1. La fissazione imperativa delle tariffe e la posizione giuridica del gestore

Nei settori riservati, è l'amministrazione che, con provvedimento costitutivo, attribuisce il diritto del destinatario a svolgere l'attività. Si pensi al caso dei taxi o di concessione di servizi la cui tariffa è soggetta a modifiche unilaterali dell'amministrazione: qui la tariffa è uno degli elementi del provvedimento concessorio che, fissata *ab origine* o in corso di rapporto, consente lo svolgimento del servizio ed è dunque l'espressione di un potere imperativo con cui si conforma l'attività di impresa nell'interesse di soggetti terzi (gli utenti).

²³ Si veda sul punto L. MERCATI, *Esternalizzazioni e vincoli di bilancio (andata e ritorno)*, in C. MARZUOLI-S. TORRICELLI, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, ESI, Napoli, 2017, p. 47.

²⁴ Art. 14, comma 5, d.lgs. n. 175/2016.

Rispetto a questa ipotesi, l'art. 117 fissa il principio della garanzia della copertura dei costi e remunerazione del capitale investito, e, vista dalla prospettiva del fornitore, fonda una situazione soggettiva tutelata rispetto alle scelte tariffarie compiute dall'amministrazione. Se però la norma è certamente in grado di consentire l'impugnazione dei provvedimenti tariffari negli ordinari termini decadenziali e con le relative regole processuali, e premessa dunque la azionabilità dell'interesse del gestore nella forma dell'interesse legittimo e con le connesse regole processuali, essa può lasciare alcuni dubbi circa la sua capacità di costituire un vero e proprio diritto, da far valere nelle forme e nei termini che gli sono propri. Lo testimoniano gli affanni della giurisprudenza, che, di fronte alla violazione dell'art. 117, ha per esempio dovuto rispolverare la discutibile distinzione tra norme di azione e norme di relazione, allo scopo di negare che dall'art. 117 possa derivare il diritto ad avere condizioni di equilibrio finanziario²⁵.

La ricostruzione desta non poche perplessità.

È infatti già dall'art. 41 Cost. che si può ricavare il divieto di incidere sulla libertà economica al punto da imporre condizioni che non assicurino, in astratto e sul parametro di una gestione efficiente, un utile di impresa, nella forma di una ragionevole remunerazione del capitale sociale²⁶. In effetti, alla relativa facilità con cui la giurisprudenza ha ritagliato un nucleo fondamentale dei diritti sociali incompressibili, svolgendo in parallelo un analogo discorso sulla proprietà privata, ha fatto riscontro un certo disagio nell'estendere quel ragionamento alla libertà di impresa. Eppure non sembrano esservi, tra gli uni e l'altra, elementi distintivi che permettano di arrivare ad approdi diversi: sono tutti diritti costituzionalmente garantiti, che trovano nella garanzia costituzionale un nucleo intangibile, che diritto è e diritto rimane. È vero che, per la libertà di impresa, si può arrivare a forme di espropriazione, ma questa è la conferma della tesi: e cioè che non si può pretendere di conformare neppure quella libertà sino al punto da contraddire la sua essenza.

Se ciò è, si può allora mettere da parte, per questo aspetto, l'art. 117 e richiamarsi a dati direttamente costituzionali per concludere nel senso della irriducibilità del diritto dell'impresa rispetto alla garanzia della propria sopravvivenza, ascrivibile a un nucleo fondamentale che non si presta ad essere rappresentato altrimenti che non in termini di diritto. Che poi in materia di servizi pubblici vi sia giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che il giudice amministrativo possa farsene carico (essendo possibile oramai che il giudice amministrativo tratti di diritti fondamentali²⁷), questo è un aspetto che in nulla cambia la sostanza del ragionamento.

Le considerazioni che precedono permettono anche di definire il limite della azionabilità dell'interesse dell'impresa nelle forme del diritto. Vi è infatti, oltre alla soglia tratteggiata, una sfera rispetto alla quale l'ammissione o meno del costo, in relazione alla copertura, importa una attività valutativa rilevante e che dunque rievoca una dinamica di rapporto tra amministrazione e impresa impostata sull'esistenza di un potere. In questo caso, certo che gli

²⁵ TAR Liguria, sez. II, 17 dicembre 2015, n. 103.

²⁶ Questo si trae per esempio dalla decisione relativa ad una modifica unilaterale alla tariffa per i servizi di cremazione in concessione e che introduceva riduzioni per i residenti, in cui si imputava al Comune di non avere comprovato di avere svolto un'istruttoria tecnica volta a dimostrare la possibilità di gestire in modo qualitativamente accettabile il servizio attraverso la corresponsione delle nuove tariffe (TAR Toscana, 3 ottobre 2016, n. 1411).

²⁷ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

artt. 41 Cost. e 117 TUEELL continuano a trovare applicazione, ma nel senso di fondare una pretesa tutelata al rispetto dei parametri cui la discrezionalità si deve informare.

Innanzitutto, l'amministrazione è chiamata a identificare costi la cui assunzione è effettivamente necessaria per la buona gestione del servizio, senza riversare sull'utente oneri che magari l'impresa assume, ma che derivano da inefficienza. Si tratta in questo senso di una valutazione che, ancorché connessa all'esistenza nel mercato di interessi sensibili che non possono essere pregiudicati dalla presenza di imprese inidonee, si mantiene su un piano essenzialmente tecnico. Dunque, il diritto alla sopravvivenza risulta bilanciato da un obbligo di efficienza che si lega al carattere particolare dei servizi pubblici, permeati dall'interesse pubblico a che la prestazione sia accessibile.

Più problematico è capire se l'amministrazione possa anche, selezionando i costi, realizzare una politica conformativa del mercato, interferendo con la libertà di impresa allo scopo, non già di promuoverne l'efficienza, ma di orientarne l'organizzazione e l'attività. La questione si è posta soprattutto rispetto ai servizi a rete oggetto di regolazione ad opera di autorità indipendenti²⁸: vi è tuttavia una diversità rilevante tra i settori soggetti al potere tariffario delle autorità garanti e quelle che viceversa sono affidate agli organi politici delle amministrazioni locali. Nel primo caso abbiamo specifiche norme che consentono di realizzare una propria politica tariffaria tesa a orientare il mercato²⁹, anche in connessione con il carattere tecnico e indipendente del soggetto regolatore, nel secondo una norma del genere non c'è.

Ora: da un lato non si può non consentire all'ente locale di riconoscere costi con intento premiale, cioè computare oneri sostenuti dell'impresa per adattare il processo produttivo in funzione del soddisfacimento di interessi di competenza dell'amministrazione e che l'amministrazione persegue. Dall'altro, invece, in mancanza di una norma specifica, sembra difficile consentire che l'ente possa rifiutare il riconoscimento di costi necessari, rendendo così indispensabile, per garantire la redditività del servizio, una modifica del processo produttivo, con ciò incidendo in modo non già sollecitatorio, ma direttamente imperativo, sull'organizzazione aziendale. Una conclusione diversa sarebbe d'altra parte preoccupante, non avendo molte amministrazioni locali le competenze proprie di una autorità tecnica, e affidar loro un potere direttamente conformativo produrrebbe rischi gravi di alterazione delle regole concorrenziali.

4.2. Condizioni della negoziazione pubblica e remunerazione dell'impresa

I casi di rapporti esclusivamente fondati sull'imperatività, anche nell'ambito dei servizi pubblici, sono sempre più rari. Le concessioni di servizi pubblici, come anche la concessione e gestione di beni pubblici funzionali alla produzione di servizi pubblici, passano attraverso procedure ad evidenza pubblica,

²⁸ Si veda B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 2017, p. 1 ss., che peraltro lamenta la scarsa chiarezza del legislatore circa il rilievo dell'interesse dell'impresa nelle scelte tariffarie, portando molti esempi in cui, in relazione all'AEEG e rispetto all'accesso dell'infrastruttura, la giurisprudenza sembra consentire all'amministrazione una modulazione del riconoscimento dei costi allo scopo di perseguire interessi di sistema.

²⁹ Lo attestano i ripetuti richiami alla tutela ambientale, agli obiettivi generali di carattere sociale, all'uso efficiente delle risorse contenuti negli artt. 1 e 2 della l. n. 481/1995.

per cui ordinariamente le tariffe si formano sulla base di atti amministrativi (i bandi di gara), poi recepiti o corretti da una proposta negoziale (l'offerta) da parte di imprese che partecipano ad una procedura competitiva. Ciò cambia almeno in parte i profili della questione.

Vi è, anche in questo caso, un momento provvedimentale, quello della approvazione delle condizioni alle quali il servizio verrà messo a bando, in cui l'art. 117 trova un suo ambito applicativo. La eventuale violazione potrà dunque essere invocata per contestare la legittimità di basi d'asta che (tenendo conto delle tariffe da applicare e di eventuali compensazioni e detratto il costo di eventuali canoni da versare) non assicurino la redditività dell'impresa, nei modi e nei termini propri dell'impugnazione delle clausole di bando.

Ma ove scientemente o per errore l'impresa partecipi con una offerta accettando la tariffa o addirittura proponendo autonomamente una tariffa che non riflette i costi (o che copre i costi ma non remunera il capitale, allo scopo di consentire il pieno utilizzo dei fattori produttivi), non è l'art. 117 che può costituire il diritto ad una reintegrazione economica. La tariffa, infatti, è uno degli elementi di cui l'aspirante al contratto deve tener conto nel momento in cui sceglie se e come partecipare alla gara.

In una delle poche decisioni che la giurisprudenza ha reso su questa norma, essa ha negato il diritto dell'aggiudicatario a vedersi assicurate condizioni di equilibrio finanziario non garantite da una concessione per la gestione di un parcheggio, richiamando l'esistenza di un vincolo contrattuale che non consente di rimettere in discussione il contenuto di obblighi liberamente assunti sulla base di provvedimenti divenuti inoppugnabili³⁰. Le categorie impiegate sono molto tradizionali, ma la soluzione è condivisibile e lo è soprattutto se si utilizzano invece le categorie proprie della negoziazione pubblica. Il fatto che vi sia stata gara impedisce, in nome della *par condicio* dei concorrenti, di rivedere al rialzo le condizioni tariffarie: lo stesso *ius variandi* non è ammesso quando la modifica introduce condizioni che, ove fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero attirato ulteriori partecipanti³¹, e questo è certamente il caso³². Se poi l'impresa non sarà in grado di portare ad esecuzione il contratto, potranno essere invocate le norme concernenti l'esecuzione, anche per la parte relativa alla sua conclusione anticipata.

Si può concludere allora che è l'inesistenza della disciplina giuridica della contrattazione che in questo estingue la pretesa dell'impresa a tariffe che coprano costi e remunerino il capitale, a partire dal momento nel quale si sia tradotta in una proposta contrattuale e sfociata nella creazione di un vincolo sinallagmatico.

5. La potestà tariffaria e i diritti (degli utenti)

Seguendo un ordine non consueto, si arriva solo in conclusione ad affrontare il profilo degli utenti, ovviamente decisivo nella valutazione delle norme che

³⁰ TAR Liguria, sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1031.

³¹ A norma dell'art. 106, comma 6, e 175, comma 7, d.lgs. n. 50/2016.

³² L'argomento sembra pregiudiziale rispetto a quello, speso dalla giurisprudenza amministrativa nell'opposto caso dell'amministrazione che intendeva introdurre tariffe agevolate nei confronti di specifiche categorie di utenti non originariamente previste, della immodificabilità di un atto convenzionale senza il mutuo consenso (Cons. Stato, sez. I, 29 maggio 2013, n. 2553).

riguardano il servizio pubblico. Stabilire però se e in che misura l'art. 117 li riguardi non è, a dispetto dell'apparenza, affatto semplice.

Va al riguardo richiamato quanto detto sopra. L'art. 117 non richiede che le tariffe coprano in sé i costi: contribuiscono a coprirli insieme ad eventuali compensazioni. Per questo il rilievo di quella norma per gli utenti non è scontato, perché essa in sé non dà indicazioni sulla quantificazione di ciò che ogni utente dovrà versare per ottenere la prestazione, ma introduce un obbligo di copertura che grava sull'amministrazione nell'interesse dell'impresa. Di questo obbligo le tariffe rappresentano solo una componente, in una percentuale che l'art. 117 non definisce. Per i fruitori ultimi del servizio, potrebbe trattarsi, insomma, di una mera norma di contesto.

Per recuperare una specifica funzione anche di garanzia del diritto alla prestazione, occorre dare dell'art. 117 una interpretazione che faccia emergere a contrario la regola per cui, come la tariffa (insieme alle altre voci compensative), non può produrre entrate inferiori rispetto a ciò che serve per condurre un'impresa efficiente in attivo, parallelamente non può produrre entrate che siano superiori rispetto a quella soglia.

Questa prospettiva interpretativa appare del tutto coerente con la natura del servizio pubblico e con la definizione di corretto rapporto tra competenze legislative e competenze amministrative. Così, pur lasciando in concreto all'amministrazione non pochi spazi valutativi, si può ritenere che lo stesso legislatore con l'art. 117 abbia fissato in termini astratti il punto di equilibrio tra le aspettative delle imprese e le aspettative degli utenti: nel momento in cui identifica il limite della propensione al profitto dell'impresa nella ragionevole remunerazione del capitale, allo stesso tempo riconosce il diritto degli utenti a non dover pagare più di quanto non serva a tale scopo.

Il mercato dei servizi pubblici è d'altra parte un mercato complessivamente conformato che, in questo senso, presenta una sua precisa specificità. Non operano in esso solo meri limiti esterni, rappresentati dalla tutela del consumatore, dalla normativa antitrust, dalle norme codicistiche circa l'equilibrio contrattuale: opera un limite intrinseco rappresentato da un contenimento *a priori* delle aspettative di profitto dell'imprenditore con il diritto alla fruizione del cittadino, quale espressione dell'utilità sociale con cui la libertà di impresa deve necessariamente armonizzarsi ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost. Neppure questo è però sufficiente per esplorare sino in fondo le potenzialità applicative dell'art. 117.

Normativa³³ e giurisprudenza³⁴ consentono una differenziazione delle tariffe da applicare in relazione alle condizioni dei singoli: ciò non solo è condivisibile, ma anzi è auspicabile se si parte dalla premessa secondo la quale la funzione del servizio pubblico, almeno in molti casi, non dovrebbe essere quella di garantire prestazioni essenziali, ma di garantire prestazioni essenziali che altrimenti l'utente non potrebbe agevolmente fruire o sarebbe disincentivato a procurarsi. La questione che si pone, però, è se la politica tariffaria possa essere graduata allo scopo di imporre a certi utenti di versare un corrispettivo superiore rispetto alla quota parte di costo/remunerazione imputabile alla produzione di quel servizio, così da finanziare, con la parte eccedente, la realizzazione di altri interessi pubblici: segnatamente per consentire che ad altri si

³³ Si è già menzionato l'art. 149 TUEELL.

³⁴ TAR Piemonte, sez. II, 17 gennaio 2018, n. 90, circa la differenziazione delle tariffe per il parcheggio residenti in relazione al reddito.

applichino tariffe sotto costo, creando in questo modo una sorta di legame di solidarietà orizzontale.

Norme speciali configurano talora le somme da versare in connessione con la erogazione di un servizio come tributi, il che porta il discorso sul versante del diritto tributario³⁵. Fuori da questo ambito, la giurisprudenza amministrativa ha avallato l'idea che, nell'esercizio della politica tariffaria, l'amministrazione possa imporre una solidarietà tra utenti, obbligando alcuni a versare di più allo scopo di consentire ad altri di fruire di una analoga prestazione, anche attraverso l'impegnativo riferimento ai doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Anzi, ha anche espressamente considerato che la tariffa non sia una controprestazione, ma che rappresenti la misura della contribuzione dell'utente al costo complessivo sostenuto dall'amministrazione per il servizio³⁶. È un approccio consolidato, diffusissimo nella prassi, che suscita però non pochi dubbi.

Il discorso si gioca su due possibili cardini.

Un primo è per l'appunto la ragionevolezza, che soccorre, ma lascia insoddisfatti.

Soccorre perché permette di richiamare l'essenza del servizio pubblico, che realizza al contempo bisogni individuali e interessi generali e che non può essere il campo in cui si consumano intenti di prelievo, con ciò ostacolando l'accesso al servizio. Vi è una logica inaccettabile nel ritenere, come sbrigativamente la giurisprudenza ha talora ritenuto, che i cittadini che ritengano eccessivamente gravoso il costo del servizio pubblico, la cui tariffa sia stata fissata per ottenere un extraprofitto da reinvestire a favore di altri utenti, hanno pur sempre la facoltà di non giovare³⁷. E nemmeno convince l'idea per cui non vi sarebbero vincoli specifici nella fissazione delle tariffe in relazione ai servizi pubblici che non siano doverosi per legge, ma che siano volontariamente istituiti dall'ente locale, sul presupposto che, così come l'ente può decidere di non istituirli, potrebbe altresì decidere di fissare le tariffe senza porsi il problema della loro accessibilità o della parità di trattamento. La distinzione tra servizi doverosi e servizi facoltativi è un fatto neutro dal punto di vista dell'importanza sociale del servizio nelle circostanze concrete in cui il servizio è istituito e rilevante solo dal punto di vista delle competenze, nel senso che è l'amministrazione a valutare se meriti o meno di essere assunto in relazione al contesto in cui una comunità territoriale concretamente è inserita. Ma un servizio pubblico identificato come tale da un ente locale, anziché dal legislatore, non è un servizio pubblico di minor valore, della cui accessibilità disinteressarsi.

Dunque, per un verso, non vi sono ragioni ostative a una politica tariffaria che differenzi le tariffe, sino al punto da imporre ad alcuni utenti una tariffa massima che corrisponda al costo di produzione della prestazione di cui fruisce. Al contrario, appare insanabilmente contraddittoria la scelta di assumere,

³⁵ Cass., Sez. unite, 11 luglio 2017, n. 17113, in relazione alla TIA.

³⁶ Secondo il TAR Piemonte (sez. I, 31 luglio 2014, n. 1365), “[v]alutazioni di politica economico-sociale di stampo prettamente solidaristico [...] possono indurre legittimamente l'ente locale, nel doveroso rispetto del principio di pareggio di bilancio, a fissare la tariffa piena del servizio, associabile agli utenti collocati nella fascia reddituale più alta, in misura superiore al costo diretto e indiretto del singolo pasto, allorché ciò si renda necessario per garantire l'accesso al medesimo servizio alle fasce reddituali più svantaggiate ad un costo persino inferiore a quello effettivo corrisposto dall'ente locale all'appaltatore, secondo un principio solidaristico in forza del quale i cittadini più abbienti pagano, in parte, anche per i meno abbienti: principio presidiato dalla Costituzione (art. 2)”.

³⁷ In questo senso, ancora Tar Piemonte nella decisione appena citata.

in via legislativa o amministrativa, una attività come servizio pubblico e fissare una tariffa maggiore di quella.

Né vi sono elementi che permettano di configurare la categoria degli utenti di un servizio come una categoria riconoscibile in quanto tale, la cui unitarietà possa giustificare l'imposizione di doveri di solidarietà reciproca. Il fatto di fruire un servizio non è un elemento qualificante per identificare un soggetto che specificamente debba farsi carico di garantire la fruibilità degli altri. L'accessibilità ad un servizio è un fatto di tutti e non un fatto di cui, nella contingenza, chi opera in quel mercato debba specificamente farsi carico. E anzi, al contrario, la fruizione dei servizi pubblici è per definizione uno dei mezzi che garantisce la partecipazione del cittadino alla vita della comunità e appare paradossale collegare alla fruizione un obbligo solidaristico, come tale produttivo di conseguenze giuridiche negative che, disincentivando l'accesso, tendano ad isolarlo.

Peraltro, provare a risolvere la questione del rapporto tra gli utenti sul piano della ragionevolezza offre un criterio tendenziale ma lascia aperta per definizione una zona grigia, in cui tutte le scelte dell'amministrazione possono essere ammesse. Vi è da chiedersi se si possa andare oltre e affermare che l'assunzione del servizio impedisca, *ex se* e a prescindere da una valutazione di ragionevolezza, la maggiorazione del suo costo per l'utente: vi è da chiedersi se si possa riconoscere un diritto dell'utente a non subire un simile aggravio, a prescindere dalle circostanze concrete. Ciò è evidentemente più impegnativo e delicato.

Si possono ricavare alcuni spunti di riflessione, pur tenendo conto delle sue specificità, dalla decisione con cui la Corte costituzionale ha osservato che l'art. 117 costruisce il pagamento della tariffa in termini di prestazione di natura corrispettiva, sottolineando come tale costruzione sia confermata dalla necessità che essa copra costi di investimento ed esercizio³⁸. La Corte per questo ha escluso la legittimità della scelta di imporre all'utente il versamento di una quota parte di tariffa che non trovi controprestazione. Ed è anzi interessante il rilievo che essa propone laddove, di fronte alla invocazione delle giustificabilità della quota extra per la necessità di finanziare interventi infrastrutturali, ammonisce che solo un autonomo prelievo tributario avulso dalla tariffa potrebbe giustificare il contributo imposto a chi non utilizza il servizio.

La sentenza induce a dubitare in modo generalizzato della maggiorazione delle tariffe per finalità di altro genere che non quella legata alla erogazione della prestazione. Come già aveva fatto certa dottrina³⁹, la Corte porta a focalizzare l'attenzione sulla natura dell'extra costo contenuto nella tariffa. Se si ragiona in termini di autonomia privata, il problema non si dà. La fissazione della tariffa troverà sì quel limite di ragionevolezza rispetto alla accessibilità di cui si è detto, ma, fermo il limite della sostenibilità della transazione nelle circostanze concrete, altro non si potrebbe ricavare. L'extra costo, in questa prospettiva, appare come la quota di costo massimo che consente di ricavare il maggior utile, senza rendere inaccessibile la fruizione, da utilizzare poi per finalità altre, anche se del caso per garantire a terzi prestazioni sotto-costò (ma senza che si possa ritenere che vi sia sul punto un vincolo specifico).

Questa prospettiva, però, trascura il dato dell'esistenza, sul versante

³⁸ Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 335.

³⁹ A. BRANCASI, *Le modalità di finanziamento della spesa pubblica come limite al ridimensionamento dello stato sociale*, in *Dir. Pubbl.*, 1996, p. 341 ss.

soggettivo, di un bisogno di prestazione (qualificato come tale in connessione con la qualificazione dell'attività in termini di servizio pubblico) e, sul versante oggettivo, di un interesse generale a che la prestazione sia fruita. Il di più che viene richiesto ad un utente per accedere ad un servizio cui egli non può e non deve poter rinunciare perde il suo tratto di entrata commutativa: come è stato rilevato, infatti, la tariffa è una entrata commutativa nella parte in cui assolve alla funzione di corrispettivo, ma non per la parte eccedente⁴⁰. E di fronte ad un bisogno, codificato dalla istituzione del servizio pubblico, la tariffa non assume la natura di controprestazione, ma di prestazione imposta, non potendo e non dovendo il cittadino rinunciare alla prestazione⁴¹. Egli dunque non può e non deve sottrarsi alla fruizione e al corrispondente pagamento. Se così è, allora sì che intervengono norme costituzionali a ordinare il quadro.

Va richiamato, innanzitutto, come dato di contesto, l'art. 23 Cost. e la riserva di legge sulle prestazioni patrimoniali imposte: la maggiorazione dovrebbe almeno essere legislativamente consentita. Non è certo sufficiente a questo fine la previsione, nell'art. 149 TUEELL, della differenziazione tariffaria, perché altro è una differenziazione tariffaria, altro è un prelievo coattivo su chi intende fruire di una prestazione di servizio pubblico. Ma neppure questo rilievo può dirsi del tutto appagante, perché, una volta che sia rispettata la riserva di legge, non riesce a porre alcun altro limite al legislatore.

È piuttosto negli artt. 2 e 53 Cost. che si può invece radicare, in astratto, l'obbligo di solidarietà che è sotteso all'imposizione di una prestazione patrimoniale da rendere nell'interesse degli utenti del servizio pubblico. Ma nell'uno e nell'altro caso si tratta di doveri connessi alla cittadinanza, da graduare secondo il principio della capacità contributiva e che invece non possono trovare una connessione con la qualità soggettiva di utente del mercato del servizio da rendere accessibile ad altri. E' in questa prospettiva che, dunque, la potestà tariffare dell'ente locale trova un suo specifico argine ed è nel richiamo alla parità di trattamento rispetto ai doveri di cittadinanza che si radica un diritto a sottrarsi a pretese di imposizione legate alla fruizione di prestazioni ad alto valore sociale (le prestazioni di servizio pubblico, appunto).

6. Una breve considerazione conclusiva sulle funzioni dell'art. 117 TUEELL

Il sistema, se ancora di sistema si può parlare, dei servizi pubblici, è un universo complesso e multiforme, in relazione al quale, fermo un nucleo stabile di attività uniformemente congegnate a livello nazionale e fermo restando i livelli essenziali delle prestazioni rispetto a servizi ineliminabili, l'atipicità⁴² risulta l'elemento caratterizzante. Gli enti locali sono chiamati ad integrare l'ambito delle garanzie, facendo valutazioni autonome in funzione delle esigenze della loro comunità. In questo senso, la disciplina dei servizi pubblici, che vede da sempre un ruolo strategico del livello di governo locale, ha antici-

⁴⁰ A. BRANCASI, *Ibidem*, spec. pp. 360-361.

⁴¹ Già Corte cost., 9 aprile 1969, n. 72, e, variamente, 2 febbraio 1988, n. 127; 15 marzo 1994, n. 90; 20 maggio 1998, n. 174.

⁴² Sul punto, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005.

pato la progressiva valorizzazione dei livelli decisionali più vicini ai cittadini, culminata nella modifica dell'art. 118 Cost.

La premessa di ciò è, con evidenza, la capacità delle comunità territoriali locali di incidere sulle scelte fatte dagli organi di governo degli enti che le rappresentano, così condizionando con maggiore efficacia l'indirizzo politico da seguire. Una premessa che non si può non condividere, ma che deve essere anche contestualizzata. Uno dei punti di emersione della politica di contenimento delle risorse è quello della conflittualità crescente nel rapporto tra livelli di governo, nel senso che, per uno Stato centrale che gestisce le risorse ma non ha certe competenze di amministrazione attiva, è semplice e deresponsabilizzante scegliere di ridurre i fondi a disposizione degli enti locali senza troppo porsi il problema delle ricadute sulle funzioni che questi sono chiamati a svolgere. Il rischio coinvolge, in particolare, i livelli di garanzia dei servizi e, ancor più in particolare, di quelli non doverosi, che cioè l'ente può scegliere di non istituire.

La riduzione delle risorse ingessa la posizione dell'ente locale, perché i vincoli di bilancio sempre più stringenti sono tali da rendere la scelte poco flessibili e conseguentemente scarsamente dipendenti dalla volontà e dal controllo della comunità locale. E muta il quadro, poiché una ripartizione in cui lo Stato si occupa dei profili di finanza pubblica nella gestione dei servizi e gli enti locali dei loro aspetti sociali, perde di razionalità: la disciplina della finanza pubblica non può essere completamente scissa da quella legate all'impiego delle risorse.

I riflessi di questo discorso sono di vario genere. Esso rileva *de jure condendo*, ma di questo qui non ci si occupa. Rileva invece nella misura in cui recupera l'importanza del dato legislativo rispetto all'autonomia locale e, su questa esigenza, si pone come elemento da considerare nell'interpretazione normativa. E rileva specificamente in relazione alla interpretazione dell'art. 117, che non può e non deve essere visto solo come una norma a garanzia della copertura finanziaria del servizio pubblico, tesa ad evitare disavanzi.

Come si è visto, il quadro legislativo sui servizi pubblici locali, in particolare per quanto concerne le politiche tariffarie, è sommario. Le disposizioni di cui si compone, coerentemente con la centralità dell'autonomia locale, si danno carico di considerare soprattutto il problema della copertura dei costi (l'art. 117 TUELL, appunto), anche in connessione con la situazione complessiva delle finanze locali (le altre previsioni concernenti il dissesto). Ma sarebbe un errore schiacciare quelle norme sulla loro dimensione finanziaria; al contrario occorre valorizzarne le potenzialità rispetto ai diversi potenziali destinatari poiché, se lette tenuto conto delle logiche di funzionamento del servizio pubblico, esse recuperano un importante funzione di garanzia.

D'altra parte, l'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici si è giocata soprattutto sul superamento dell'idea della monodirezionalità, vale a dire dell'idea per cui vi era un solo soggetto da considerare (l'utente). Si tratta ormai di una disciplina multidirezionale che ha reinserito, tra gli interessi tutelati nei settori di servizio pubblico, interessi prima trascurati (quello delle imprese ammesse a partecipare all'erogazione e, in un contesto in cui i diritti sociali sono variabili sempre più dipendenti delle scelte di bilancio, l'interesse finanziario dell'amministrazione, con sotteso l'interesse dei contribuenti che sempre più si invoca per giustificare i tagli introdotti). Ciò pone le premesse per l'emergere di nuove tensioni, da comporre attraverso la predisposizione degli strumenti volti ad armonizzare le posizioni in conflitto.

In questo ragionamento l'art. 117, a dispetto della sua attuale scarsa valorizzazione, è centrale, tanto per la sua autonoma portata applicativa, quanto come ricaduta delle norme costituzionali che impattano sulle questioni tariffarie. Considerato il rischio che, alla luce delle ragioni prima indicate, si torni al dominio di uno solo degli interessi coinvolti (quello legato al risparmio, nella contingenza il più pressante), esso richiede una interpretazione che dia conto della necessità di piegare la politica tariffaria alla complessità del quadro, anche dando una specifica consistenza giuridica a tutti gli interessi su cui incide. Interessi che, nel loro insieme, compongono le diverse sfaccettature di un servizio pubblico sempre più poliedrico.



COMMENTI

Nomina del Governatore e indipendenza della Banca d'Italia. Riflessioni sulla mozione 1/01731 della Camera

di Nicola Dessì

CAMERA DEI DEPUTATI, MOZIONE 1/01731

«La Camera ... impegna il Governo:

1) ad adottare ogni iniziativa utile a rafforzare l'efficacia delle attività di vigilanza sul sistema bancario ai fini della tutela del risparmio e della promozione di un maggiore clima di fiducia dei cittadini nei confronti del sistema creditizio, individuando a tal fine, nell'ambito delle proprie prerogative, la figura più idonea a garantire nuova fiducia nell'istituto, tenuto conto anche del mutato contesto e delle nuove competenze attribuite alla Banca d'Italia negli anni più recenti. (1-01731) "Fregolent, Pelillo, Cinzia Maria Fontana, Tancredi"».

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ammissibilità delle mozioni – 3. Indipendenza personale del Governatore e normativa vigente: un equivoco risolvibile. – 3.1. L'indipendenza delle banche centrali: un dibattito sbilanciato? – 3.2. La relazione tra Parlamento e Banca d'Italia: una reale minaccia all'indipendenza? – 3.3. Il Parlamento e la nomina delle Autorità indipendenti: uno sguardo d'insieme – 3.4. Il potere di riconferma del Governatore e la sua indipendenza.

1. Premessa

Il 27 ottobre scorso, il Presidente della Repubblica ha confermato il governatore uscente della Banca d'Italia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri¹. Dieci giorni prima, la Camera dei Deputati era intervenuta nel procedimento di nomina, discutendo e approvando la mozione in esame.

Nella formulazione iniziale della mozione, le premesse che precedevano il dispositivo della mozione contenevano non lievi critiche all'operato del governatore. Dopo un generico richiamo alla delicatezza e alla complessità delle funzioni attribuite all'istituto², i proponenti della mozione avevano attribuito alla Banca d'Italia una parziale responsabilità per gli eventi che hanno seguito il dissesto di alcuni istituti bancari: più esattamente, si ipotizzava che un più puntuale esercizio dei poteri conferiti alla Banca centrale avrebbe attenuato gli

¹ D.P.R. 27 ottobre 2017.

² [Premesso che] "a seguito dell'istituzione dell'Unione bancaria tra i Paesi dell'eurozona, la Banca d'Italia ha assunto dal novembre 2014 la funzione di autorità nazionale competente nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico ... e dal 2016 di Autorità nazionale di risoluzione delle crisi nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico ..., funzioni estremamente complesse da esercitare in un ambiente caratterizzato da difficoltà crescenti e cambiamenti profondi e che richiedono un'azione efficiente, responsabile e imparziale ..." (mozione cit.).

effetti di queste situazioni di crisi, evitando che il Governo e il Parlamento adottassero misure straordinarie³.

La mozione in esame è stata presentata successivamente ad altre tre mozioni, e anteriormente ad altre due, vertenti sul medesimo argomento⁴. Diversamente dalle altre, ha ricevuto il parere favorevole del Governo ed è stata approvata dall'assemblea. Tuttavia, seguendo le indicazioni del Governo, la mozione è stata approvata in una versione riformulata: il Governo aveva posto come condizione necessaria per il suo assenso l'espunzione di ogni riferimento al presunto nesso di causalità tra l'azione della Banca d'Italia e le conseguenze negative delle recenti crisi bancarie⁵.

Sebbene i suoi termini neutri non consentano di verificarne l'effettivo impatto sulla decisione finale del Governo, la discussione e l'approvazione di una mozione di simile tenore – considerata nella sua versione iniziale – è un'ulteriore occasione per riflettere sull'indipendenza della Banca centrale. L'argomento è tradizionalmente oggetto di ampio dibattito da parte della dottrina. Il quadro delineato dal legislatore sembra definire alcuni punti fermi; sebbene l'azione concreta della Banca d'Italia non sia – né possa essere – del tutto sganciata dalle scelte assunte dal Governo e dal Parlamento, essi sono nondimeno relegati a un ruolo di sostanziale marginalità: il primo si limita a proporre la nomina del Governatore, il secondo è mero destinatario – assieme al Governo – della relazione annuale trasmessa dal Governatore in ordine all'attività svolta. E pure, la mozione in esame evidenzia che il Parlamento non è estraneo rispetto agli atti compiuti dalla Banca centrale, e la Presidente della Camera, ammettendone la discussione e la votazione, ha legittimato l'esercizio di un potere parlamentare – sostanzialmente, un potere di sindacato – ben più ampio rispetto a quello strettamente riconosciuto dalla legge. Questo è tanto più vero, se si considera che alcune mozioni, volte a sollevare censure assai pesanti nei confronti del Governatore – giungendo fino a scongiurarne *apertis verbis* la riconferma⁶ – sono state parimenti ammesse alla discussio-

³ [Premesso che] «*si tratta di una scelta particolarmente delicata in considerazione del fatto che l'efficacia dell'azione di vigilanza della Banca d'Italia è stata, in questi ultimi anni, messa in dubbio dall'emergere di ripetute e rilevanti situazioni di crisi o di dissesto di banche, che a prescindere dalle ragioni che le hanno originate – sulle quali si pronunceranno gli organi competenti, ivi compresa la Commissione d'inchiesta all'uopo istituita – avrebbero potuto essere mitigate nei loro effetti da una più incisiva e tempestiva attività di prevenzione e gestione delle crisi bancarie;*

rilevato che le predette situazioni di crisi o di dissesto hanno costretto il Governo e il Parlamento ad approvare interventi straordinari per tutelare, anche attraverso l'utilizzo di risorse pubbliche, i risparmiatori e salvaguardare la stabilità finanziaria, in assenza dei quali si sarebbero determinati effetti drammatici sull'intero sistema bancario, sul risparmio dei cittadini, sul credito al sistema produttivo e sulla salvaguardia dei livelli occupazionali ...» (mozione cit., testo originario).

⁴ Alberti e altri, n. 1-01707; Busin e altri, n. 1-01726; Paglia e altri, n. 1-01728; Zanetti e altri, n. 1-01729; Rampelli e altri, n. 1-01730.

⁵ Secondo la proposta del sottosegretario per l'Economia e le Finanze, il quinto capoverso della mozione risulta così modificato: [premessi che] «*si tratta di una scelta particolarmente delicata in considerazione del fatto che l'efficacia dell'azione di vigilanza della Banca d'Italia è stata, in questi ultimi anni, messa in dubbio dall'emergere di ripetute e rilevanti situazioni di crisi o di dissesto di banche, sulle cui ragioni si pronunceranno gli organi competenti, ivi compresa la Commissione d'inchiesta all'uopo istituita...*». Cfr. Camera dei Deputati, seduta 17 ottobre 2017, n. 872, resoconto stenografico, p. 10.

⁶ Si è proposto, tra l'altro, di impegnare il Governo a: «*escludere l'ipotesi di proporre la conferma del Governatore in carica*» (Alberti e altri); «*non avanzare ... la riconferma dell'attuale Governatore*» (Busin e altri); «*non proporre la conferma del mandato al governatore*» (Rampelli

ne, e successivamente respinte dall'assemblea. Se esse fossero state approvate, la Camera avrebbe impegnato il Governo a non proporre la riconferma del governatore – e lo avrebbe fatto con il consenso della sua Presidente – pur non godendo di un diritto di veto in tal senso.

Occorre verificare se questo atto politico – la cui rilevanza è indirettamente confermata dalle dichiarazioni della Presidente della Camera, che ha ritenuto opportuno difendere a mezzo stampa la legittimità della sua decisione – può indurre a trarre conclusioni innovative circa l'indipendenza della Banca d'Italia.

2. L'ammissibilità delle mozioni

Più che sulla mozione approvata dalla Camera, la dottrina ha sollevato obiezioni tecnico-giuridiche sull'ammissibilità delle mozioni respinte, laddove invocavano la nomina di un Governatore diverso rispetto all'attuale. Infatti, si è osservato che il Parlamento, non essendo menzionato tra i soggetti titolati a partecipare alla nomina del Governatore della Banca d'Italia, non ha alcun diritto a condizionare la proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, né tantomeno la decisione finale del Capo dello Stato. A sostegno di questa tesi, si afferma che il legislatore, non avendo fatto alcun riferimento a se stesso nel procedimento di nomina del Governatore della Banca d'Italia, ha di fatto rinunciato, in questo ambito, al suo potere di indirizzo politico nei confronti del Governo⁷; pertanto, si assume che questo potere non è sempre pieno e assoluto, ma può conoscere gradazioni diverse secondo le circostanze. L'autore di queste considerazioni aggiunge che la nomina del Governatore non può in alcun modo annoverarsi tra gli atti formalmente presidenziali ma sostanzialmente governativi: il Capo dello Stato, in quanto rappresentante dell'unità nazionale, non può che essere il garante dell'indipendenza e dell'autonomia della Banca centrale⁸. Queste argomentazioni testimoniano una spiccata attenzione per la sottrazione dell'operato della Banca d'Italia al volere dei partiti⁹.

La Presidente della Camera ha prontamente replicato. Prescindendo da ogni valutazione politica, ha rivendicato la legittimità giuridica della sua azione:

e altri). La mozione Zanetti mirava a «favorire scelte di ricambio e non già di conferma nella carica», ma questo proposito era ispirato da «una logica sempre auspicabile alla conclusione di ogni "mandato a termine"»: secondo i proponenti, «chiedere le dimissioni del Governatore» avrebbe assunto «i contorni sbagliati e dannosi dell'accusa a scatola chiusa».

⁷ Le Camere hanno «il potere di indirizzo politico sul governo, che si esercita con le mozioni e le risoluzioni. Nel caso specifico... il potere di controllo resta più o meno integro, sia pure con giudizio», ma «il potere d'indirizzo si affievolisce fino a scomparire nelle ipotesi estreme. Cioè quando le Camere pretendono di impegnare il governo a revocare il Governatore in carica o a suggerirne il successore» (P. ARMAROLI, *Una mozione non può depotenziare i poteri del Colle*, ne *Il Sole 24 Ore*, 17 ottobre 2017).

⁸ Citando M. RUINI, «il Presidente della Repubblica rappresenta ed impersona l'unità e la continuità nazionale. È il grande consigliere, il magistrato di persuasione e di influenza, il coordinatore di attività, il capo spirituale, più ancora che temporale, della Repubblica. E per l'appunto in tale veste Sergio Mattarella è il massimo garante dell'autonomia e dell'indipendenza della Banca d'Italia. Mentre tutte le mozioni colpevolmente miravano a depotenziare le prerogative del capo dello Stato» (P. ARMAROLI, *op. cit.*).

⁹ Il legislatore non ha «menzionato il Parlamento anche per un altro buon motivo... quando la politica di partito entra dalla porta principale della Banca d'Italia, la sua autonomia e la sua indipendenza, beni preziosi, se ne volano via scandalizzate dalla finestra» (P. ARMAROLI, *op. cit.*).

le mozioni finalizzate a non riconfermare il Governatore erano pienamente ammissibili¹⁰. A questo proposito, sono stati invocati diversi elementi: il Governo è titolare di un potere di partecipazione al procedimento di nomina del Governatore¹¹; inoltre, il regolamento della Camera prevede l'ammissibilità di ogni mozione, purché riguardi ambiti rientranti nella competenza del Governo, in relazione ai quali il Governo è responsabile di fronte al Parlamento¹²; alcuni precedenti in tal senso – anche recenti – confermerebbero l'esattezza di questa conclusione¹³. La Presidente sembra suggerire che, almeno in linea generale, ogni potere attribuito al Governo sia *ipso facto* soggetto all'indirizzo del Parlamento: non c'è alcuna ragione per escludere da questa regola il potere di proporre il nuovo Governatore¹⁴.

De iure condito, non può essere trascurata la lettera del regolamento della Camera, laddove si consente la presentazione di mozioni “*su un determinato argomento*”, senza prevedere limitazioni di sorta¹⁵; a sua volta, il regolamento del Senato non reca alcuna disposizione in ordine all'oggetto delle mozioni presentate¹⁶. Effettivamente, l'unico vincolo alla legittimità della mozione è la sua idoneità a consentire l'esercizio del potere di indirizzo parlamentare nei confronti del Governo. Questa conclusione si può trarre dallo stesso regolamento della Camera, che inserisce le disposizioni inerenti le mozioni nella parte III rubricata «*procedure di indirizzo, di controllo e di informazione*»¹⁷; più esattamente, la dottrina è concorde nel definire la mozione come strumento di indirizzo politico nei confronti del Governo¹⁸.

¹⁰ «Non c'era ragione regolamentare per giudicare inammissibili le mozioni sulla Banca d'Italia» (L. BOLDRINI, *Bankitalia, mozioni ammissibili, legittimo votare*, ne *Il Sole 24 Ore*, 22 ottobre 2017).

¹¹ «Il punto è chiaro: c'è o no una specifica competenza del Governo nell'ambito della procedura di nomina del Governatore della Banca d'Italia? La legge 262 del 2005 non lascia spazio ad equivoci» (L. BOLDRINI, *op. cit.*).

¹² «Alla Presidenza spetta giudicare – su questo si decide l'ammissibilità – che le mozioni riguardino effettivamente ambiti di competenza del Governo e siano quindi riferibili alla sfera di responsabilità propria dell'Esecutivo nei confronti di ciascuna Camera» (L. BOLDRINI, *op. cit.*).

¹³ «Aggiungo che depongono in tal senso anche numerosi precedenti di atti di indirizzo e controllo, che vertono sia sulla procedura di nomina del Governatore della Banca d'Italia sia su quella di revoca» (L. BOLDRINI, *op. cit.*).

¹⁴ «C'è un potere di proposta del Presidente del Consiglio, che prevede una previa deliberazione da parte del Consiglio dei ministri, e dunque vi è una sfera di responsabilità propria del Governo che non può considerarsi estranea al potere di indirizzo e di controllo di ciascuna Camera» (L. BOLDRINI, *op. cit.*).

¹⁵ Art. 110 r.C.

¹⁶ Artt. 157-160 r.S.

¹⁷ Del resto, secondo le disposizioni regolamentari (art. 143, comma 3, r.C.; art. 46, comma 2, r.S.) le commissioni competenti possono chiedere ai rappresentanti del Governo di riferire in merito all'attuazione delle mozioni approvate dal Parlamento.

Come nota M.L. MAZZONI HONORATI, «solo se si configura la mozione come strumento idoneo a fornire direttive al governo si può prevedere un successivo controllo della commissione competente circa l'effettiva rispondenza dell'attività governativa all'indirizzo manifestato» (*Diritto parlamentare*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 263).

¹⁸ In questo senso: V. DI CIULO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 786 (e bibliografia ivi indicata); L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 199 (con rimando a G. AMATO, *L'ispezione politica del Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1968); S.M. CICCONE, *Diritto parlamentare*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 211; A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 351; S. TOSI-A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 396; V. LONGI, *Elementi di diritto e procedura parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 202.

Se queste conclusioni sono corrette, il potere di proposta del Governatore della Banca d'Italia, espressamente previsto dalla legge sul risparmio, non si sottrae all'indirizzo politico del Parlamento. A rigore, non ne deriva alcuna antinomia rispetto alle altre disposizioni della medesima legge. Se, nonostante l'indipendenza riconosciuta alla Banca centrale, il Governo può proporre il nome del suo Governatore, allora – automaticamente – anche il Parlamento può intervenire per indirizzare la proposta del Governo. Inoltre, con riguardo alla supposta lesione dei poteri del Capo dello Stato, sono logicamente possibili solo due alternative: se, come suggerisce l'interpretazione più semplice del dato normativo¹⁹, la proposta governativa ha un effetto tale da vincolare – anche solo sul piano politico, e non strettamente giuridico – la decisione finale, allora le prerogative del Presidente della Repubblica sono già limitate dal potere che la legge attribuisce al Governo, e – sotto questo profilo – poco conta che quest'ultimo lo eserciti in base alla propria scelta o all'indirizzo espresso dal Parlamento; in caso contrario, il Capo dello Stato – almeno in astratto – può confermare il Governatore uscente, anche in presenza di una mozione parlamentare che impegna il Governo a proporre un diverso nominativo.

Astrattamente, si può ipotizzare che l'indipendenza della Banca d'Italia vada tutelata al punto di escludere ogni valutazione del Parlamento *anche* in ordine all'esercizio dell'unico potere attribuito al Governo, ossia la partecipazione al procedimento di nomina. In tal caso, peraltro, sarebbe indispensabile una modifica dei regolamenti parlamentari, nel senso di limitare espressamente il campo di azione della mozione parlamentare. In alternativa, non resta che propendere per una soluzione ancora più radicale: modificare il procedimento di nomina e revoca delineato dalla legge sul risparmio, riducendo la discrezionalità del Governo. In ogni caso, è da verificare se una scelta di politica legi-

¹⁹ Come è evidente dalla lettera della legge, il Presidente della Repubblica non è l'unico attore della procedura di nomina del Governatore. È utile evidenziare che già la disciplina precedente alla vigente legge sul risparmio, secondo l'interpretazione dottrinale, escludeva un ruolo passivo del Governo, seppure la procedura fosse sostanzialmente dominata dal Consiglio superiore: com'è noto, al Capo dello Stato non spettava che *approvare* la nomina, con un decreto *promosso* dal Presidente del Consiglio, di concerto con il ministro del tesoro. Al Governo era comunque riconosciuto un – ancorché «mero» – «potere di controllo impeditivo»: v. F. MERUSI, *La posizione costituzionale della banca centrale in Italia*, in C. MAZZONI-A. NIGRO (a cura di), *Credito e moneta*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 57: al contempo, però, si notava *ibid.* la mancanza di «un supporto rappresentativo, una responsabilità governativa o una responsabilità diretta nei confronti del Parlamento», il che non escludeva – comunque – la legittimità dell'esercizio del potere d'indirizzo parlamentare nei confronti del Governo. L'esecutivo aveva un «potere di veto» anche secondo V. MEZZACAPO, ne *L'indipendenza della Banca d'Italia*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 53; a parere di F. CAPRIGLIONE, se pure andava «esclusa ogni forma di intervento dell'esecutivo nella nomina... non v'è dubbio che il Governo» restava «arbitro, attraverso il gradimento, di far valere un potere demolitorio» (*L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Cedam, Padova, 1994, p. 212).

Meritano attenzione le asserzioni di S. MAZZA, anch'esse precedenti (di poco) all'attuale legge sul risparmio: «ove si fosse voluto attribuire al Presidente del Consiglio un vero e proprio potere di sindacare il merito della scelta, si sarebbe potuto più agevolmente attribuire allo stesso il potere di nomina e conseguentemente di revoca del Governatore mediante proprio decreto, ovvero mediante decreto del Presidente della Repubblica», ossia esattamente la soluzione adottata dal legislatore del 2005; l'Autrice si spinge ad affermare che questa ipotesi di decreto presidenziale «contempla una ipotesi di atto formalmente presidenziale ma sostanzialmente governativo», fermo restando che l'attribuzione della decisione finale al Capo dello Stato «potrebbe autorizzare a pensare che si sia voluta attenuare l'influenza dell'indirizzo politico governativo e, conformemente alle attribuzioni e al ruolo generale del Capo dello Stato, garantire la correttezza del processo decisionale, la solennità dell'atto e la sua imputazione allo Stato stesso complessivamente considerato» (*Il rebus delle dimissioni di Fazio alla luce dell'attuale quadro giuridico*, in *Cons. Stato*, 2005, nn. 7-8, pp. 1498-1499).

slativa così severa sia effettivamente indispensabile ai fini di preservare l'indipendenza dell'istituto: in altri termini, se è possibile una conciliazione tra questo bene giuridico e il mantenimento del margine di manovra attualmente attribuito al Governo (e, di conseguenza, al Parlamento).

3. Indipendenza personale del Governatore e normativa vigente: un equivoco risolvibile

Il combinato disposto tra la disciplina eurounitaria e quella nazionale induce a una inevitabile riflessione. L'art. 130 Tfu assicura l'indipendenza delle banche centrali inserite nel Sebc, i cui organi decisionali devono essere liberi di esercitare le proprie funzioni e assolvere i loro compiti senza subire alcuna influenza dai governi degli Stati membri. Al contempo, secondo la legge sul risparmio, il Governo italiano può valutare se proporre o no la riconferma del Governatore in carica, e pertanto formulare un giudizio sul suo operato.

Sul piano teorico-dottrinale, sarebbe corretto affermare che le garanzie procedurali in ordine alla nomina del Governatore non attengono direttamente all'indipendenza dell'autorità nello svolgimento dei suoi compiti²⁰: semmai, ineriscono l'indipendenza personale che deve caratterizzare i vertici dell'istituto²¹; eppure, sarebbe ardua una separazione netta tra l'indipendenza personale del Governatore e gli altri aspetti che caratterizzano l'indipendenza della banca centrale, laddove l'assenza dell'una sarebbe suscettibile di condizionare la seconda²². Di conseguenza, si pone una questione in ordine alla partecipazione del Governo nella nomina del Governatore, in un quadro giuridico che deve assicurare l'indipendenza della Banca d'Italia e, al contempo, il suo inserimento nell'ordinamento democratico.

²⁰ In materia di Autorità amministrative indipendenti, G. GRASSO – chiedendosi «*che indipendenza possano avere dal Governo le Autorità da esso designate*» – mette in rilievo «*la definizione dell'indipendenza c.d. funzionale delle Autorità: accanto alle regole sull'investitura, contano cioè anche i poteri concretamente esercitati, in modo indipendente dal Governo e dalle direttive e istruzioni della politica*»; ne discende che, «*al di là del momento genetico, l'attività svolta dalle Autorità*» resta «*al di fuori dei meccanismi per i quali si può far valere un tipo di responsabilità del Governo di fronte al Parlamento. Nessun Ministro può rispondere di fronte all'Assemblea elettiva di quanto un'autorità indipendente ha deciso o non ha deciso e di come, eventualmente, ha deciso; nemmeno se ha partecipato alla designazione dei vertici di quell'Autorità, quasi a scontare una, non richiesta, responsabilità per culpa in eligendo*» (*Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 36 e 39). Chiaramente, il Governo può a buon diritto essere soggetto all'indirizzo del Parlamento al momento di proporre la persona da designare, giacché la proposta è un atto che compete al Governo e non all'Autorità.

²¹ S. CASSESE definisce l'indipendenza personale come «*specifiche garanzie per la durata dei vertici delle banche centrali (prevedendo termini minimi di permanenza in carica e delineando in modo tassativo le condizioni per la revoca)*»; essa si distingue dall'indipendenza funzionale (che esige la chiara definizione del mandato conferito all'autorità), da quella istituzionale (che esclude ogni influenza politica sulle decisioni dell'autorità) e da quella finanziaria (che consente all'autorità di reperire i mezzi necessari alle sue funzioni). V. *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 80.

²² S. ORTINO, se pure qualifica come "indipendenza funzionale" la tutela dell'autorità da condizionamenti nel suo processo decisionale, si riferisce all'indipendenza "personale" come alla «*situazione in cui gli organi deliberativi di un soggetto od organo non siano indotti a perseguire un determinato indirizzo politico amministrativo o giurisprudenziale a causa delle modalità con cui ha avuto luogo la selezione delle persone fisiche preposte; ovvero che la permanenza in carica delle suddette persone fisiche non dipenda da decisioni discrezionali di organi esterni*» (*Banche Centrali tra indipendenza e autonomia*, in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1986, p. 335).

3.1. L'indipendenza delle banche centrali: un dibattito sbilanciato?

L'indipendenza²³ delle banche centrali è storicamente oggetto di ampie riflessioni giuridiche, che non possono essere richiamate in questa sede se non in estrema sintesi. Occorre premettere che ogni considerazione sull'indipendenza della banca centrale è influenzata dal contesto nazionale e temporale in cui è stata formulata²⁴; è altresì utile evidenziare che la Banca d'Italia è caratterizzata da una consolidata e indiscussa tradizione nel segno dell'indipendenza, fin dalla sua istituzione²⁵.

Gli argomenti favorevoli o contrari all'indipendenza sono anzitutto di ordine politologico ed economico: sono correlati ai differenti approcci in merito al controllo dell'inflazione, nonché alla tensione tra questo obiettivo, il raggiungimento della piena occupazione e la generale spinta alla spesa pubblica che può contraddistinguere Governo e Parlamento²⁶.

Anche sotto un profilo più strettamente giuridico, gli elementi posti dalla letteratura a sostegno dell'indipendenza delle banche centrali – e della sua compatibilità con la sovranità popolare – riservano ampia attenzione²⁷ alle esigenze di un buon governo della moneta, seppure non sia del tutto trascurata l'at-

²³ Si tralascia qui ogni riferimento alla distinzione tra le nozioni di "indipendenza" e "autonomia", sulla scorta di V. MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 32.

²⁴ Cfr. S. CASSESE, *Aspetti istituzionali e congiunturali dell'autonomia delle banche centrali*, in D. MASCIANDARO-S. RISTUCCIA (a cura di), *L'autonomia delle banche centrali*, Milano, Comunità, 1988, p.te VIII, pp. 302-305.

²⁵ Sull'attenzione che il legislatore del 1893 ha rivolto verso l'indipendenza della Banca d'Italia, v. G. PUCCINI, *Apparati di controllo del credito e periodo costituente: il problema della "forma giuridica" della Banca d'Italia*, in A. ORSI BATTAGLINI (a cura di), *Amministrazione pubblica e istituzioni finanziarie tra Assemblea Costituente e politica della ricostruzione*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 232-235.

²⁶ Da un lato, si afferma che Governo e Parlamento, condizionati dall'appoggio popolare, sono tendenzialmente favorevoli a iniezioni monetarie volte ad aumentare l'occupazione e a finanziare spese pubbliche senza aumentare i tributi, non curandosi del conseguente aumento dell'inflazione: questa ricostruzione è influenzata (anche) dalla teoria della *public choice* formulata da J. BUCHANAN, laddove si assume che la spesa pubblica è funzionale esclusivamente alla formazione e al mantenimento del consenso. A questa impostazione si contrappongono i seguaci del modello keynesiano: la moneta (e dunque la politica monetaria) non è separabile dall'economia reale (e quindi dalla politica economica), sicché l'autorità di emissione non può individuare in autonomia obiettivi e priorità. Le diverse posizioni sul nesso tra politica monetaria e indipendenza della banca centrale sono efficacemente illustrate da C. PANICO-M. OLIVELLA RIZZA, *Indipendenza della Banca centrale in una società democratica*, in AA.VV., *Banche centrali e principio democratico – Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, Jovene, Napoli, 2007, p. 35 ss. (per il riferimento alla *public choice*, pp. 58-59). Cfr. altresì la sintesi di M. SARCINELLI, *La Banca Centrale Europea: istituzione concettualmente "evoluta" o all'inizio della sua evoluzione*, in *Moneta e credito*, 1992, pp. 148-149, nonché i contributi menzionati ivi e in A.P. ARESTI, *La politica monetaria della Bce: obiettivi e strumenti di intervento*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, n. 4, 1999, p. 432; *ex plurimis*, si riportano i noti studi empirici di V. GRILLI-D. MASCIANDARO-G. TABELLINI, ove si dimostra un rapporto di inversa proporzione tra inflazione e indipendenza delle banche centrali («*Central bank independence promotes low inflation*»: *Political and monetary institutions and public financial policies in the industrial countries*, in *Economic Policy*, vol. XVI, n. 16, 1991, p. 341). Sul nesso tra indipendenza delle banche centrali e controllo dell'inflazione, v. anche, *ex plurimis*: F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica*, ETS, Pisa, 2014, pp. 36-39; F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2013, p. 3; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., p. 80; G.B. PITTALUGA-G. CAMA, *Banche centrali e democrazia. Istituzioni, moneta e competizione politica*, Hoepli, Milano, 2004, pp. 13-53.

²⁷ A questo proposito, D. MASCIANDARO e S. RISTUCCIA ravvisano un «*sostanziale squilibrio*» in favore di «*visioni esclusivamente concentrate sugli aspetti di politica monetaria*» (introduzione a *L'autonomia delle banche centrali*, cit., p. VIII).

tività di vigilanza²⁸; la differente sensibilità ai due temi si riscontra persino nei lavori della Commissione istituita presso il ministero per la Costituente²⁹.

Si è già preso atto che il diritto costituzionale eurounitario esige espressamente l'autonomia degli istituti inseriti nel Sebc, ai quali l'art. 127 Tfu è attribuisce – di nuovo – l'obiettivo primario della stabilità dei prezzi³⁰.

Del resto, è stato rinvenuto anche nel diritto costituzionale interno un vincolo in favore dell'indipendenza della Banca d'Italia, nonostante l'assenza di un riferimento espresso della Costituzione alla banca centrale³¹, e pur senza ignorare che il legislatore riserva al Governo, per mezzo del Cicer, un (seppur limitato) spazio di partecipazione al procedimento di vigilanza. A questo proposito, è appena il caso di premettere che, di per sé, l'esistenza di un obiettivo di rango costituzionale non implica, né impedisce, che il suo perseguimento sia affidato a un organo indipendente, posto che la Costituzione, per definizione, vincola l'operato di tutti i poteri pubblici, compresi quelli che determinano l'indirizzo politico o che vi soggiacciono. In ogni caso, secondo parte della dottrina – premesso che la Repubblica ha il dovere di tutelare il risparmio, e che la stabilità monetaria è condizione indispensabile per adempiere a questo do-

²⁸ Nel quadro di un modello "pluralista" o "madisoniano" della democrazia, secondo il quale la maggioranza espressa dalla volontà popolare «*si deve svolgere entro i limiti e i modi imposti dall'esigenza di evitare la c.d. tirannia della maggioranza... possono trovare e trovano cittadinanza e spazio istituzioni indipendenti dal potere politico e anzi sono necessarie per le ragioni che sottostanno al loro sorgere*», purché sia assicurata «*la sindacabilità e la responsabilità di ogni istituzione*» rispetto ai rappresentanti del popolo sovrano. Garantire l'indipendenza delle banche centrali è tanto più opportuno, se si osserva che esse «*hanno come obiettivi*» non solo «*la stabilità dei prezzi*», ma anche «*la stabilità del sistema creditizio e relativa vigilanza*», le quali «*corrispondono a funzioni e compiti che per il loro efficiente esercizio devono essere sottratti all'indirizzo politico contingente di maggioranza, onde evitare sollecitazioni esterne incompatibili*», nonché a «*compiti e poteri di controllo... posti anche a presidio dei diritti dei singoli, delle imprese, delle collettività*» e pertanto da assolvere «*con la maggiore imparzialità*» (G. PASTORI, *Poteri delle banche centrali e principio democratico*, in AA.VV., *Banche centrali e principio democratico*, pp. 2 e 4-5).

²⁹ In una prospettiva di interpretazione costituzionale, è interessante notare che la Commissione economica presso il Ministero della Costituente aveva, sì, espresso una chiara preferenza, nel senso di attribuire il controllo del credito alla Banca d'Italia e non al Governo: e, tuttavia, si era mostrata sensibile alle ragioni pratiche dell'efficienza, assai più che alla preoccupazione di limitare il campo d'azione della politica. La soluzione «*dell'integrale attribuzione dei compiti di vigilanza diretta all'istituto di emissione, che nelle risposte dei questionari e nelle risultanze degli interrogatori, incontra una adesione assai più ampia delle altre, sembra pure la più confacente alla esigenza della unicità ed economicità dell'azione di controllo; essa meglio tutela l'esigenza della competenza tecnica ed evita inutili duplicazioni di uffici e lungaggini nell'espletamento delle pratiche*» (Ministero per la Costituente, *Rapporto della Commissione economica presentato all'Assemblea Costituente*, vol. IV, *Credito e assicurazione*, Roma, 1946, p. 22). Viceversa, l'intenzione di separare Banca d'Italia e potere politico emerge con chiarezza – ancora una volta – in merito alla politica monetaria (p. 63): «*la statizzazione della banca centrale aumenterebbe i poteri di ingerenza delle forze politiche nella distribuzione del credito*»; ne deriverebbe «*il rischio di compromettere con molta frequenza la stabilità del sistema monetario, per la pressione di forze politiche che cercherebbero di volgere a proprio beneficio quella limitata libertà di movimenti di cui potrebbe disporre l'istituto di emissione*».

³⁰ Che è anche obiettivo generale della politica economica dell'Unione e degli Stati membri, ex art. 119 Tfu. con il raggiungimento degli obiettivi corrispondenti. Tuttavia, secondo lo stesso art. 127 Tfu, il Sebc contribuisce alle politiche generali dell'Unione: perciò, è improbabile escludere ogni collaborazione con gli organi di governo, seppure in assenza di indirizzo politico (G. PASTORI, *op. cit.*, p. 9).

³¹ S. ORTINO ne trae una conclusione molto drastica: «*il fatto che la nostra costituzione non faccia alcun riferimento diretto ed esplicito alla banca centrale, significa che la costituzione*» non «*ha ritenuto indispensabile la esistenza del nostro ordinamento di una banca centrale*» (*Banca d'Italia e Costituzione*, Pacini, Pisa, 1979, p. 119).

vere³² – una finalità di rilievo costituzionale non può essere perseguita con certezza se non da un organo direttamente incaricato di attuarla, senza l’intermediazione e le scelte discrezionali del legislatore e del Governo³³. In altri contributi, alla tesi appena esposta sono aggiunti elementi di riflessione, quando non sono sollevate obiezioni: non è pacifico che la stabilità della moneta coincida *tout court* con la tutela del risparmio³⁴, seppure ne sia uno dei presupposti; al contrario, proprio il vasto catalogo dei diritti sociali enunciati dalla Costituzione³⁵ – e anzi lo stesso principio di sovranità popolare³⁶ – impone che gli organi di indirizzo politico concorrano a governare la moneta; quantomeno, l’inserimento della banca centrale nel sistema democratico stride con un’indipendenza così accentuata da includere il potere di individuare gli obiettivi della politica monetaria³⁷.

³² In quest’ottica, «*la tutela del risparmio in quanto tale ... non può non voler dire che uno dei compiti della “Repubblica” è di difendere come valore in sé l’elemento in cui si traduce la liquidità ... Il risparmio può essere difeso anche nella sua normale e prevalente destinazione creditizia solo se contemporaneamente si difende il valore della moneta*» (F. MERUSI, *op. cit.*, p. 51). È importante notare che l’Autore identifica il fondamento costituzionale dell’indipendenza dell’istituto di emissione non solo nella tutela del risparmio, ma anche nella tutela del potere d’acquisto ai fini della dignità del salario e dell’effettiva progressività fiscale, nonché nella necessità di prevedere l’adeguata copertura finanziaria per ogni disposizione di legge).

³³ Vero che alla Banca d’Italia «*manca ... un supporto rappresentativo, una responsabilità governativa o una responsabilità diretta nei confronti del Parlamento*», e pure «*è nella logica stessa di una Costituzione rigida come quella italiana disciplinare direttamente materie ed organi sottraendoli al “divenire” della sovranità popolare, così come fissare “valori” costituzionali che si impongono come limite o come fine di “modi di esercizio” della sovranità da parte del popolo. Se dunque è vera la premessa che la stabilità monetaria espressa dal rapporto risparmio credito è un valore costituzionalizzato, nulla sembra vietare che la Costituzione ne preveda il perseguimento direttamente, senza l’intermediazione di organi espressivi della sovranità popolare. Il costituente ha cioè percepito che l’equilibrio finanziario era un valore in sé che andava direttamente salvaguardato dalla Costituzione e sottratto agli organi della democrazia ... In questa prospettiva si può affermare che la banca centrale è un organo costituzionale, dotato anche di poteri amministrativi o se si preferisce un organo di governo a legittimazione tecnica*» (F. MERUSI, *op. cit.*, pp. 57-58).

³⁴ «*Rimane allora il problema se l’obiettivo della tutela ... della stabilità del valore d’acquisto della moneta possa rappresentare da solo una*» delle regole “oggettive” il cui rispetto deve essere garantito per mezzo di un’autorità indipendente, e questo «*interrogativo non ha al momento una risposta certa e univoca*» (V. ONIDA, *Le banche centrali tra “politicalità” e “neutralità”*, in D. MASCIANDARO-S. RISTUCCIA (a cura di), *op. cit.*, p. 340).

³⁵ «*La primazia della politica fiscale su quella monetaria traduce sul piano della costituzione economica la finalità sociale del costituzionalismo democratico del secondo dopoguerra. Senza questo ordine gerarchico... la strumentazione keynesiana non sarebbe nella disponibilità degli organi democratici di direzione politica, con quel che ne potrebbe derivare a carico di obiettivi costituzionali come la piena occupazione, l’uguaglianza sostanziale e infine lo sviluppo della persona umana*» (O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 288-289).

³⁶ «*La compatibilità con la democrazia è dubbia non solo allorché la banca centrale può decidere liberamente le finalità della politica monetaria, ma anche se alla politica democratica è sottratta la libertà di fissare e di variare, secondo le circostanze e le contingenze, l’orientamento finalistico del governo monetario*» (O. CHESSA, *op. cit.*, p. 279). D’altra parte, «*se è vero che la politica democratica è sempre soggetta alla tentazione di adottare oggi decisioni affrettate e poco lucide delle quali pentirsi domani, allora tanto vale rimpiazzare sempre e comunque la discrezione della decisione pubblica con regole prestabilite che inibiscano qualsiasi processo democratico in materia economica*» (*ibid.*, pp. 303-304).

³⁷ «*Sembra che il problema fondamentale sia di capire se gli obiettivi di politica monetaria possano o debbano essere sottratti alla sfera delle decisioni propriamente politiche, per essere affidate a una istanza tecnica indipendente, venendo così a costituire obiettivi e parametri politicamente non disponibili... Una tale sottrazione di aspetti della politica monetaria alla disponibilità del governo appare, in via generale, accettabile, traducendosi nell’affidamento ad una istanza indipendente dagli organi politici della funzione di garantire l’osservanza di parametri in qualche modo oggettivi. Un analogo meccanismo passa attraverso l’attribuzione alle corti costituzionali*

3.2. La relazione tra Parlamento e Banca d'Italia: una reale minaccia all'indipendenza?

Riassumendo, la mozione in esame – di per sé – non rappresenta una minaccia per l'indipendenza della Banca d'Italia. Delle due l'una. Se si afferma la necessità di estromettere Governo e Parlamento dal procedimento di nomina del Governatore per preservare l'istituto dalle ingerenze politiche, allora il *vulnus* risiede nella legge sul risparmio, laddove si attribuisce al Governo il potere di proposta: e, in effetti, non mancano rilievi critici in questo senso³⁸. Se, viceversa, si ammette la partecipazione del Governo, sfugge la ragione per la quale dovrebbe escludersi quella del Parlamento.

L'indipendenza della Banca d'Italia è imposta dai Trattati eurounitari, e pertanto assume valore costituzionale; tuttavia, esaminando la letteratura giuridica, si assiste a un contrasto tra opinioni favorevoli e contrarie. Almeno con riguardo alla definizione degli obiettivi nel governo della moneta, l'indipendenza delle banche centrali non è un assunto unanimemente condiviso. Pertanto, non è agevole affermare che questo principio possa essere interpretato estensivamente, fino al punto di escludere la nomina politica dei vertici della banca centrale, sebbene sia astrattamente ipotizzabile che la loro designazione avvenga attraverso un pubblico concorso.

Del resto, alcuni autori, pur essendo – quantomeno – non ostili all'indipendenza della Banca d'Italia, ritengono necessaria l'instaurazione di un rapporto fiduciario tra i suoi vertici e le istituzioni rappresentative: questo rapporto si deve concretizzare, se non altro, in un potere di nomina³⁹, se non, addirittura, nell'obbligare il Governatore a rendere conto delle proprie decisioni⁴⁰.

Peraltro, una breve comparazione tra le principali banche centrali dell'Occidente è sufficiente a dimostrare che all'atto pratico, in linea di principio, l'alternativa non si pone tra nomine di natura politica e metodi selettivi di tipo

della funzione di garanzia dei parametri normativi costituzionali, considerati anch'essi politicamente non disponibili, almeno fino a quando non vengano attivati i procedimenti di revisione costituzionale. Quando invece manchino siffatte regole o criteri ... la piena autonomia della banca centrale nell'adottare tali decisioni diviene più difficilmente giustificabile, rischiando di tradursi nella sottrazione agli organi politici di una sfera di decisioni viceversa propriamente politiche» (V. ONIDA, *op. cit.*, pp. 339-340). Si noterà che la soggezione a criteri predefiniti, intesa come condizione necessaria all'operato di un'autorità amministrativa indipendente in un ordinamento democratico, è ben presente nella letteratura relativa alle Aai: *ex plurimis*, v. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti, in Scritti di diritto pubblico dell'economia*, quaderno Cesifin n. 6, Giappichelli, Torino, 2001, p. 177.

³⁸ Se, come ritiene F. CAPRIGLIONE, «*il nuovo procedimento di nomina del Governatore offre il fianco al rischio di perdita dell'autonomia da parte di tale istituzione... a causa della possibilità di asservire la medesima alle logiche di lottizzazione politica*», allora l'indipendenza del Governatore è messa a rischio dalla stessa legge sul risparmio, e non dall'azione del Parlamento (v. *Crisi di sistema: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, parte I, p. 167).

³⁹ La scelta e la nomina sono «*inevitabilmente esperite da istituzioni rappresentative*» (G. PASTORI, *op. cit.*, pp. 11-12).

⁴⁰ «*Vi è da un lato l'esigenza che la scelta degli organi direttivi avvenga nel modo più idoneo ad assicurare l'efficienza e insieme l'imparzialità delle istituzioni e, dall'altro, che ciò non si risolvesse nella creazione di poteri separati o nel venir meno della responsabilità di chi governa la banca centrale nei confronti del sistema politico-amministrativo*» (G. PASTORI, *op. cit.*, p. 11). «*L'indipendenza della banca centrale... ne qualifica l'esercizio in termini di trasparenza e responsabilità... La responsabilità si traduce nel dovere di spiegare e giustificare la strategia e le decisioni di politica monetaria in apposite sedi istituzionali*» (S. CASESE, *La nuova Costituzione economica*, cit., p. 82). D'altra parte, persino quando era nominato a vita, «*il Governatore*» della Banca d'Italia «*non avrebbe potuto ... considerarsi legibus solutus*» (F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa*, cit., p. 161).

“tecnico”⁴¹, ma, semmai, tra nomine governative⁴² (o, perlomeno, su esclusiva proposta governativa)⁴³ o congiunte tra governi e parlamenti⁴⁴. In quest’ultima categoria, com’è noto, ricade la Bce: i Trattati eurounitari, pur vietando ogni influenza politica nelle decisioni della banca centrale, sono ben lungi dal restringere il ruolo della politica nella scelta dei componenti il comitato esecutivo, nominato dal Consiglio europeo su raccomandazione del Consiglio e previa consultazione del Parlamento⁴⁵.

⁴¹ A onor del vero (Cfr. *House of Commons, Treasury Committee, Appointment of Dr Mark Carney as Governor of the Bank of England*, 2013, pp. 2-4), l’attuale Governatore della *Bank of England* è stato nominato dopo l’adozione di un bando pubblico («*In September 2012 the Government for the first time openly advertised the post of Governor of the Bank, seeking applications by 8 October 2012*»), cui è seguita una selezione preliminare, operata da un *recruitment panel* presieduto non dal ministro (*Chancellor*) ma dal vertice della dirigenza ministeriale (*Permanent Secretary to the Treasury*). In ogni caso, il ministro ha provveduto a esaminare i sei candidati qualificati dal *panel* come “nominabili”, e successivamente a proporre la nomina del prescelto al Primo Ministro, che ha inoltrato la proposta alla Regina («*The Chancellor himself interviewed the six candidates “deemed appointable” by the panel. He then made his recommendation to the Prime Minister, who made the same recommendation to the Queen, who approved the appointment*»). In definitiva, il procedimento – sebbene sia caratterizzato da alcuni elementi tipici del concorso pubblico – consiste essenzialmente in una nomina su proposta governativa. Ad ogni buon conto, il Governatore è stato sentito dal Parlamento (*Treasury Committee della House of Commons*), prima della nomina: questa audizione ha rappresentato un fatto senza precedenti («*On 7 February 2013 Bank of Canada Governor Dr Mark Carney, chosen by the Government as the next Governor of the Bank of England, gave evidence to the Treasury Committee in what amounted to a pre-appointment hearing. This was an unprecedented event: no Governor of the Bank of England had previously given evidence to Parliament in advance of taking office*»), ma il suo predecessore era stato comunque ascoltato dalla medesima Commissione parlamentare dopo la nomina: [*The Treasury Committee*] «*did, however, hold a hearing with Mervyn King in July 2003, shortly after he took up the post, on the prospects for his term of office ... When Mervyn King was reappointed for five years with effect from July 2008, the Committee held a hearing with him in April and subsequently published a Report*».

Secondo la legge (art. 1 *Bank of England Act* del 1998, e successive modifiche intercorse) è la Corona a designare tutti i membri del *Court of Directors* della *Bank of England* (incluso il Governatore, che – in seguito alla modifica apportata dal *Financial Services Act* del 2012 – non può essere nominato più di una volta).

⁴² Il Governatore della *Banque de France* è nominato con decreto del Consiglio dei ministri; può essere confermato nell’incarico una sola volta (art. L142-8 *Code monétaire et financier*): questo decreto, secondo l’art. 19 Cost., è firmato dal Presidente della Repubblica – che presiede il Consiglio dei ministri, ex art. 9 Cost. – ma è controfirmato dal Primo ministro e dai ministri competenti. Il Governatore della *Reserve Bank of India* e i suoi quattro vice sono nominati dal Governo centrale; sono rieleggibili dopo la scadenza del mandato (art. 8, commi 1 e 4, *Reserve Bank of India Act*).

⁴³ Il Governatore del *Banco de España* è nominato dal Re su proposta del Presidente del Governo (art. 24, comma 1, legge 1 giugno 1994, n. 13): nel preambolo, questa scelta del legislatore è espressamente messa in relazione con l’art. 97 Cost., laddove attribuisce al Governo la direzione della politica interna ed estera; tuttavia, il ministro dell’economia deve comparire davanti al Congresso, per informare i deputati in ordine al candidato proposto. Il Governatore non è rieleggibile.

⁴⁴ Il *Board of Governors* del *Federal Reserve System* è nominato dal Presidente degli Stati Uniti, con il parere (*advice*) e il consenso (*consent*) del Senato (12 *U.S. Code*, §241 e 242). Nessuno dei suoi membri può essere nuovamente nominato, se ha espletato un mandato completo (la cui durata è di quattordici anni). Il Governatore della *Nichigin* (Banca del Giappone) e il suo vice sono nominati dal Governo, con il consenso dei due rami del Parlamento; sono rieleggibili dopo la scadenza del mandato (artt. 23, comma 1, e 24, *Bank of Japan Act*).

Il Consiglio di amministrazione (*Vorstand*) della *Bundesbank* tedesca è nominato dal Presidente federale. Il Governo propone la nomina del Presidente del consiglio, del suo vice e di uno dei consiglieri; il *Bundesrat*, la nomina dei restanti tre consiglieri (art. 7, comma 3, *Gesetz über die Deutsche Bundesbank*). È utile evidenziare che il *Bundesrat* è l’organo attraverso cui gli Stati partecipano anche all’amministrazione della Federazione, e non solo alla legislazione.

⁴⁵ Art. 283, § 2, T.fue. Com’è noto, già il trattato di Maastricht (inserendo nel Tce l’art. 109 A)

3.3. Il Parlamento e il potere di nomina delle Autorità indipendenti: uno sguardo d'insieme

Anche a voler tralasciare il dato che emerge dall'esame degli ordinamenti stranieri⁴⁶, resta comunque fermo che la partecipazione del Parlamento al procedimento di nomina dei vertici delle autorità amministrative non è necessariamente in contraddizione con la loro indipendenza, poiché questi due elementi convivono, già allo stato attuale, nell'ordinamento italiano⁴⁷; addirittura, in alcuni casi, il Parlamento è titolare esclusivo del potere di nomina⁴⁸.

La dottrina valuta senza preclusioni benefici⁴⁹ e costi⁵⁰ della partecipazione

prevedeva che il Comitato esecutivo della Bce fosse nominato dai Governi degli Stati membri, su raccomandazione del Consiglio e previa consultazione del Parlamento, per otto anni.

⁴⁶ In ogni caso, non si può fare a meno di menzionare che la Corte Suprema degli Stati Uniti, pur ribadendo espressamente l'indipendenza della *Federal Trade Commission* (al punto di negare al Presidente il potere di rimuoverne i membri, a meno che non ricorrano le fattispecie previste dalla legge), non smentisce la nomina politica dei suoi componenti: (*the Commission*) «*shall be independent of executive authority except in its selection, and free to exercise its judgment without the leave or hindrance of any other official or any department of the government*». U.S. Supreme Court, *Humphrey's Executor v. United States*, in 295 U.S. 602, 1935.

⁴⁷ Il Presidente delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e quello dell'Autorità nazionale anticorruzione sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previo parere obbligatorio e vincolante espresso dalle competenti Commissioni parlamentari, a maggioranza dei due terzi dei componenti (art. 2, comma 7, legge 14 novembre 1995, n. 481; art. 13, comma 3, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, e successive modifiche intercorse); la nomina del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni avviene secondo un *iter* analogo (l'art. 1, comma 3, legge 31 luglio 1997, n. 249 rinvia all'art. 1 della legge n. 481/1995), ma è richiesta un'intesa con il ministro competente. Per la nomina del Presidente dell'Ivass e di quello della Covip, la legge (art. 10 legge 12 agosto 1982, n. 576; art. 18, comma 3, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252) rinvia all'art. 3 legge 23 agosto 1988, n. 400 (il Capo dello Stato provvede alla nomina con decreto, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, e ferma restando la vigente disciplina sull'acquisizione del parere delle competenti commissioni parlamentari). I membri della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali sono scelti su designazione dei Presidenti delle Camere e nominati con decreto del Presidente della Repubblica (art. 12, comma 2, legge 12 giugno 1990, n. 146).

Il Presidente della Consob è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso (art. 1, comma 3, d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 giugno 1974, n. 216, e successive modifiche intercorse); tuttavia, il legislatore richiama la legge n. 14/1978, estendendo anche a questa fattispecie l'obbligo di acquisire il parere delle commissioni parlamentari competenti.

⁴⁸ I membri dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato sono nominati d'intesa dai Presidenti delle Camere (art. 10, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287). I membri dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali sono eletti dai membri delle due Camere con voto limitato (art. 153, comma 2, codice in materia di protezione dei dati personali).

⁴⁹ La democraticità delle nomine è rafforzata dall'elezione parlamentare, la quale «*dovrebbe consentire una legittimazione democratica indiretta, tale da attenuare quelle riserve di deficit di legittimazione che pure sulle autorità grava*» (G. ENDRICI, *Il potere di scelta – Le nomine tra politica e amministrazione*, Il Mulino, Bologna, p. 188). Cfr. C. FRANCHINI: il Garante dell'editoria è nominato dai Presidenti delle Camere, «*e cioè da organi che trovano la loro legittimazione nel corpo elettorale e che, per tale ragione, possono garantire al meglio la più ampia rappresentanza degli interessi della collettività*» (*Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 572).

Questa finalità non può essere soddisfatta, se non il procedimento decisionale non è congegnato in modo da coinvolgere le opposizioni parlamentari. Con specifica attenzione alla Banca d'Italia, «*vengono a prefigurarsi modalità di scelta e di nomina che... garantiscano l'accertamento dei necessari requisiti... e non siano di per sé riservate alla sola maggioranza, ma assicurino invece il coinvolgimento di maggioranza e minoranza*» (G. PASTORI, *op. cit.*, p. 11). Prima che entrasse in vigore l'attuale legge sul risparmio, F. GARELLA lamentava «*l'esistenza di "zone franche" nell'ordinamento che corrispondono, in genere, a posizioni di potere tecnico o politico che nessuna autorità è in grado di comprendere o controllare*», notando che, nella prassi, la nomina del Governatore della Banca d'Italia sfuggiva al parere delle competenti commissioni

parlamentare al procedimento di designazione. Non è questa la sede per valutare la prevalenza degli uni o degli altri. È sufficiente notare che, limitatamente al tema dell'indipendenza, la presenza del Parlamento nel procedimento di nomina non dà luogo a rilevanti perplessità: viceversa, le obiezioni più rilevanti in proposito sorgono proprio in ordine alla nomina governativa; essa costituisce un punto in comune tra le Autorità indipendenti e le altre amministrazioni soggette all'indirizzo politico dell'esecutivo, sicché si attenuano le distinzioni tra le due categorie⁵¹.

Non si può negare che il Parlamento, richiesto di un parere vincolante a maggioranza qualificata, possa essere condizionato dall'urgenza di indicare figure gradite a quante più forze politiche possibili⁵². Nondimeno, questa eventualità non può essere intesa come una menomazione dell'indipendenza, a

parlamentari richiesta dalla legge n. 14/1978; pertanto, auspicava che fosse il Parlamento (a maggioranza assoluta, ma meglio ancora a maggioranza qualificata dei due terzi) a nominare il Governatore (*Attualità e prospettive del rapporto Parlamento-Banca d'Italia. Il coordinamento parlamentare*, in *Democrazia e diritto*, vol. XX, n. 6, 1980, pp. 801-802).

D'altra parte, qualora il Parlamento potesse esprimere le proprie indicazioni a maggioranza assoluta, si materializzerebbe il paradosso evidenziato da S. CASSESE; a proposito delle leggi del 1978 e del 1981 sulla nomina pubblica di presidenti di enti pubblici, «l'advice and consent parlamentare si spiega nel sistema americano, dove esecutivo e legislativo hanno ognuno una propria investitura popolare, non in quello italiano, dove essi sono 'in linea', il governo essendo espressione della maggioranza parlamentare» (*Il problema degli enti pubblici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. III, tomo I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 191).

⁵⁰ Se l'atto di nomina è frutto di una decisione meramente parlamentare, non assume natura amministrativa, e perciò si sottrae al sindacato giurisdizionale; v. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997, pp. 184-185. Sugli inconvenienti derivanti dall'attribuzione di competenze provvedimentali a organi designati dal Parlamento (e, per giunta, non qualificabili come organi parlamentari in senso stretto), v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, pp. 166-167 e 173.

Richiedere al Parlamento un parere vincolante implica che esso sia espresso a maggioranza qualificata: l'attività delle Autorità potrebbe risultarne rallentata, o addirittura subire un arresto, qualora non si raggiunga un accordo tra maggioranza e minoranza. P. SCHLESINGER (*Il progetto di riforma del risparmio e le rivincite della politica*, in *Corriere giur.*, 2004, n. 6, pp. 706-707) aveva criticato l'art. 24 dell'iniziale progetto di riforma del risparmio, laddove la nomina del Governatore della Banca d'Italia era subordinata al parere favorevole di un'apposita Commissione parlamentare bicamerale, espressa con i due terzi dei suoi componenti: questo parere era «suscettibile di paralizzare indefinitamente la nomina, autorizzando giochi di veti incrociati davvero rovinosi». Più in generale, C. PINELLI auspica l'eliminazione «della nomina governativa con parere vincolante delle Commissioni parlamentari, frutti di compromessi inutili e paralizzanti», suggerendo che il potere di nomina sia attribuito ai soli Presidenti delle Camere o, in alternativa, che il Governo sia l'unico titolare del potere di proposta, previo parere – non vincolante – e audizione in commissione parlamentare (voce *Atti congiunti dei Presidenti delle Camere*, in *Enc. dir.*, aggiornamento I, 1997, p. 218).

⁵¹ «Quando la nomina... ricade sull'esecutivo si ritiene che il grado di indipendenza sia relativo... e che la posizione istituzionale rientri comunque nello schema di responsabilità ministeriale. Quando invece... la nomina è affidata ai presidenti delle Camere, si reputa che la posizione di indipendenza sia perfezionata» (G. ENDRICI, *op. cit.*, pp. 179-180). «La nomina governativa equivarrebbe a disconoscere, nel singolo caso, lo statuto delle autorità esclusivamente soggette alla legge e ad una chiara opzione per l'executive agency», seppure «con maggiore trasparenza delle scelte e congruità degli interessi... perseguiti ad un diverso tipo di rapporto fra indipendenza e responsabilità» (C. PINELLI, voce *Atti congiunti dei Presidenti delle Camere*, *cit.*, p. 219).

Ma cfr. M. MANETTI: in Italia «la funzione di controllo, la funzione consultiva, le funzioni di natura tecnica dell'amministrazione erano già concepite in posizione distaccata rispetto al complesso delle attività amministrative... In altre parole, il nostro ambiente istituzionale-culturale si presta... ad evidenziare autorità che sono indipendenti per natura, anche se nominate dal Governo e inserite nell'amministrazione». Tuttavia, *ibid.* si afferma che «le nomine esclusivamente governative non sono in grado di assicurare una vera indipendenza alle autorità di questo genere»; v. voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, 1998, p. 5.

⁵² «In negativo, la derivazione parlamentare potrebbe accentuare, piuttosto che neutralizzare, la politicità del momento dell'investitura, innestando logiche rigorosamente spartitorie». (G. ENDRICI, *op. cit.*, p. 188).

meno di non esigere un grado di indipendenza tale da travalicare l'indipendenza funzionale, e a meno di non affermare che le istituzioni rappresentative, nominando i vertici delle Autorità, sono automaticamente in condizione di condizionarne l'operato. Se anche si accogliesse questa tesi, si dovrebbe ribadire la premessa iniziale: la lesione dell'indipendenza non dipenderebbe – in sé – dal ruolo del Parlamento, e non potrebbe essere sanata, se il potere di nomina non fosse sottratto anche al Governo; infatti, l'investitura governativa è parimenti suscettibile di concretizzarsi in una designazione dettata da una sensibilità puramente politica (e anzi, dalla sensibilità della sola maggioranza, il che non contribuisce a rafforzare l'indipendenza dell'Autorità⁵³).

Alle somme, non ci sono argomenti sufficienti a dimostrare che l'attribuzione del potere di nomina al Governo o al Parlamento rappresenti un attentato all'indipendenza della Banca d'Italia, o di qualsiasi altra autorità svincolata dall'indirizzo politico: non casualmente, il legislatore italiano ha seguito questa strada e la dottrina, essenzialmente, non lo ha contestato. Ammettere la partecipazione del Governo, titolare del potere di indirizzo politico-amministrativo, al procedimento di investitura comporta che lo stesso potere possa essere riconosciuto al Parlamento, poiché esso, a sua volta, esercita un potere di indirizzo sul Governo; proprio in questa direzione si è (quasi) sempre mosso il legislatore italiano, tanto che la nomina del Governatore della Banca d'Italia costituisce – tutto sommato – non una regola, bensì un'eccezione.

L'indipendenza funzionale di un'Autorità è potenzialmente messa a repentaglio, ogni qual volta sia messa in discussione l'indipendenza personale delle sue figure direttive. E pure, l'indipendenza personale non dipende tanto dal soggetto incaricato di provvedere alla nomina, quanto alle modalità della nomina stessa, e alle condizioni poste dalla legge per l'esercizio del mandato, cui il nominato deve attenersi⁵⁴. Sotto questo aspetto, la criticità dell'attuale legge sul risparmio non risiede certo nel ruolo dell'esecutivo nell'investitura del Governatore: al più, consiste nella possibilità di nominare il Governatore per un secondo mandato⁵⁵.

⁵³ In questo senso, le ragioni dell'indipendenza delle Autorità e quelle della rappresentanza democratica si incontrano. Cfr. nuovamente G. ENDRICI (*op. cit.*, p. 188): «*La nomina parlamentare rappresenta una modalità di investitura politica, ma slegata dall'indirizzo politico di maggioranza*»; naturalmente, questa condizione si verifica solamente stante la previsione di una maggioranza qualificata per la decisione del Parlamento.

L'affidamento del potere di nomina ai Presidenti delle Camere è stato ritenuto a lungo un ulteriore indizio a sostegno del nesso tra nomina parlamentare delle Autorità e rafforzamento della loro indipendenza strutturale. «*Si ritiene che il grado di indipendenza delle amministrazioni sia accresciuto quando il potere di nomina dei suoi vertici sia sottratto agli organi politici di governo e affidato, invece, ai presidenti dei due rami del Parlamento, in ragione della posizione di imparzialità che essi istituzionalmente rivestono*» (G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Cedam, Padova, p. 268). Cfr. le osservazioni di C. PINELLI, voce *Atti congiunti dei Presidenti delle Camere*, cit., pp. 219-220. In ogni caso, questo metodo non è più sufficiente a coinvolgere l'opposizione nella decisione, da quando l'introduzione di leggi elettorali ispirate al criterio maggioritario ha comportato – nella prassi – che esponenti della medesima maggioranza fossero eletti alla presidenza delle due Camere: cfr. M. MANETTI – voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit., p. 4 – e G. ENDRICI (*op. cit.*, pp. 181-182). Per inciso, i Presidenti delle due Camere sono stati espressi dalla maggioranza anche tra il 1948 e il 1976, quando la legge elettorale era di impianto proporzionale.

⁵⁴ «*La durata del mandato e la suscettibilità di rinnovo o meno della carica sono sintomi importantissimi del grado di indipendenza, cui occorre aggiungere il numero dei membri, i requisiti soggettivi dei nominati, il regime delle incompatibilità, le modalità di designazione del Presidente del collegio, il grado di autonomia nella provvista del personale e nella gestione finanziaria. Nella nostra legislazione... tutti questi criteri strutturali prescindono dalla titolarità dell'appointing power*» (C. PINELLI, voce *Atti congiunti dei Presidenti delle Camere*, cit., p. 215).

⁵⁵ A proposito della Commissione istituita dalla legge n. 146/1990 e del Garante per l'editoria e

3.4. Il potere di riconferma del Governatore e la sua indipendenza

Il legislatore italiano si è conformato al modello delineato nei Trattati europei, quando ha previsto che il Governatore sia nominato a tempo determinato su proposta del Governo⁵⁶. Per contro, il mandato del Governatore italiano è rinnovabile, non altrettanto quello del Comitato esecutivo della Bce.

Non si può escludere che, minacciando di non proporre il rinnovo dell'incarico, il Governo possa disporre di un'arma di pressione nei confronti del Governatore della Banca d'Italia, e dunque di dissuaderlo dall'adottare decisioni sgradite. Sotto questo aspetto, non si può negare che l'attuale normativa possa, almeno in astratto, collidere con l'indipendenza – funzionale e non solo personale – dell'istituto⁵⁷.

Se il mandato del Governatore non fosse rinnovabile, sarebbero ridotti al minimo i rischi di interferenza politica contenuti nel potere governativo di proporre la nomina del Governatore. Non sarebbe necessario menomare il potere di indirizzo politico del Parlamento nei confronti del Governo, in una materia nella quale lo spazio di manovra dell'organo rappresentativo della volontà popolare risulta già abbondantemente ridotto.

Sullo sfondo, permane pur sempre – come avverte autorevole dottrina⁵⁸ – l'ineludibile vincolo del principio di sovranità popolare, che mal si concilierebbe con l'operato di poteri adespoti e integralmente irresponsabili nei confronti degli altri poteri dello Stato.

la radiodiffusione, C. PINELLI temeva che le «prospettive di conferma» potessero «reintrodurre surrettamente una misura di responsabilità nei confronti del Presidente della Camera» titolari del potere di nomina (voce *Atti congiunti dei Presidenti delle Camere*, cit., p. 215). «Attraverso la previsione... di una limitata possibilità di conferma e di revoca, si riesce in qualche modo ad assicurare una maggiore libertà di azione» alle Autorità indipendenti (C. FRANCHINI, op. cit., p. 572).

⁵⁶ «Per evitare la cattura corporativa delle banche centrali, viene in rilievo la necessità che siano poste in essere determinate misure che garantiscano un esercizio responsabile dell'indipendenza funzionale ... In tal senso vanno apprezzate le scelte fatte dalla normativa europea sulla cui falsariga si è mossa la recente normativa europea quanto alla durata della carica e alla possibilità di revoca anticipata degli organi direttivi» (G. PASTORI, op. cit., p. 12). In margine ai lavori preparatori della legge sul risparmio, P. SCHLESINGER (op. cit.) ritenne «pienamente condivisibile» che il mandato del Governatore fosse ridotto a otto anni, criticando «l'anacronistica permanenza di una carica illimitata nel tempo... l'assenza di qualsiasi limite di durata tendeva ad accrescere la sensazione di un potere eccessivo ed insindacabile»: si badi che la proposta commentata prevedeva che il mandato del governatore non fosse rinnovabile; com'è noto, il legislatore ha finito per approvare disposizioni di segno diverso. Cfr. F. TRIMARCHI: la stabilità della carica del Governatore lo rendono uno «stabile collaboratore del Tesoro», contribuendo a garantire la sua «preminenza tecnica» nella sua collaborazione con il Governo (*Il governatore della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1970, p. 12).

⁵⁷ Non casualmente, F. CAPRIGLIONE valutava negativamente il procedimento dettato dalla legge sul risparmio anche considerando «l'ulteriore rischio, connesso alla possibilità di rinnovo della carica, di comportamenti non indipendenti nei confronti della politica in vista del conseguimento di tale scopo» (v. *Crisi di sistema*, cit., p. 167).

⁵⁸ «Si apre ... il problema dei titolari dell'autorità, cioè del metodo per individuare i soggetti del potere ... La scelta del legislatore italiano cade sulla nomina (da parte di organi del potere legislativo ed esecutivo)», la quale «comporta, salvi limiti di durata e divieti di rinnovazione, una responsabilità indiretta: né verso altri soggetti del medesimo ordine, né verso i soggetti votanti ... Soltanto criteri di rigida incompatibilità, e di esclusione (presente e futura) da altri uffici, potrebbero difendere l'"indipendenza" dell'autorità, poiché la fiducia politica si esaurirebbe nella nomina iniziale e l'esercizio del potere non sarebbe accompagnato da rischi e da aspettative. Così i meccanismi, volti a garantire la neutralità, finiscono in una sorta di irresponsabilità, e le autorità appaiono provviste di indipendenza irresponsabile ... Ma in tal caso si tratta di politica irresponsabile, non sottoposta a controllo né dei poteri dello Stato né del giudizio elettorale: il sistema democratico... avrebbe generato nel proprio seno territori insindacabili, dove la decisione politica – sotto schermo di tecnicismo economico o di naturalistica oggettività – si svolgerebbe con assoluto arbitrio» (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 42-43).



COMMENTI

Applicazione ed evoluzione del principio del *ne bis in idem*: il *revirement* della Corte EDU e il *decisum* della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)

di Marsela Mersini

CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 20 MARZO 2018, C-524/15, NEL CASO MENCI

«Risulta possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunta, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, purché tale normativa persegua un obiettivo di interesse generale prevedendo regole chiare e precise, contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che deriva da un cumulo di procedimenti e preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti.

Spetta in ogni caso al giudice nazionale verificare che tali requisiti siano soddisfatti e accertare che l'onere derivante per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni autorizzato non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso».

CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 20 MARZO 2018, C-537/16, NEL CASO GARLSSON REAL ESTATE E A.

«L'obiettivo di tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari è idoneo a giustificare un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale. Tuttavia, con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la normativa italiana che sanziona le manipolazioni del mercato non sembra rispettare il principio di proporzionalità delle sanzioni alla gravità dell'illecito. Tale normativa nazionale, infatti, autorizza l'avvio di un procedimento amministrativo di natura penale per i medesimi fatti che hanno già costituito l'oggetto di una condanna penale. La sanzione penale sembra essere idonea a reprimere essa stessa l'infrazione in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. In condizioni del genere, proseguire un procedimento amministrativo di natura penale per i medesimi fatti che hanno già costituito oggetto di una simile condanna penale eccederebbe quanto strettamente necessario a conseguire l'obiettivo di tutela dei mercati.

Il principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale».

CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 20 MARZO 2018, C-596/16 E C-597/16, NEL CASO DI PUMA E ZECCA

«L'obiettivo di tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari è idoneo a giustificare un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale, qualora tali sanzioni siano intese, in vista del conseguimento di detto obiettivo, a fini complementari aventi ad oggetto, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento costitutivo dell'infrazione in oggetto.

Tuttavia, la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale in esito alla definizione del procedimento penale è assoggettata al rigoroso rispetto del principio di proporzionalità. In una situazione come quelle oggetto del procedimento principale, la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, una volta che esiste una sentenza penale definitiva di assoluzione che dichiara l'assenza degli elementi costitutivi dell'infrazione che l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6 intende sanzionare».

SOMMARIO: 1. Il principio del *ne bis in idem*: disciplina ed evoluzione. – 2. Applicazione del principio del *ne bis in idem* a livello giurisprudenziale. – 3. La sentenza A e B contro Norvegia e le critiche presenti nelle conclusioni dell'avvocato generale. – 4. Le decisioni della Corte di Giustizia nelle cause Menci, Garlsson Real Estate e a. e Di Puma e Zecca. – 5. Quali sono gli scenari possibili?.

1. Il principio del *ne bis in idem*: disciplina ed evoluzione

Il principio del *ne bis in idem*¹ è sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e stabilisce che *«nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato»*. Tale principio è applicato dalla Corte EDU non solo in relazione agli illeciti penali, ma anche con riferimento al procedimento amministrativo nel caso in cui la sanzione che lo concluda abbia natura sostanzial-

¹ Sul principio del *ne bis in idem*, fra i molti contributi: G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 953 ss.; G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 939 ss.; N. GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, pp. 165-170; F. GALLO, *Ne bis in idem: il "ruolo" delle alte Corti*, in *Rass. trib.*, 2017, p. 915; N. RECCHIA, *Il principio Europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, pp. 71-82; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 857-884.

mente penale. Il principio del *ne bis in idem* trova riconoscimento anche nel diritto dell'Unione europea, precisamente all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali il quale afferma che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge»².

Occorre ricordare che la Convenzione non costituisce, fino a che l'Unione europea non vi aderisca, un atto formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: per questo motivo, il fatto che il principio del *ne bis in idem* sia allo stesso modo tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali rappresenta un livello di garanzia rafforzato.

A livello nazionale l'art. 649 del c.p.p. costituisce la trasposizione, in ambito penale, del divieto di doppio giudizio stabilito dalla Convenzione EDU in quanto stabilisce che «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345».

In questo quadro si comprende, quindi, come tale principio rappresenti, sia a livello internazionale, sia a livello europeo e sia a livello nazionale, un inderogabile principio di civiltà giuridica e che non vi sia, tra i diversi livelli, una divergenza contenutistica quanto, per lo più, una differenza interpretativa.

Poste di fronte ad una formulazione letterale potenzialmente restrittiva, la Corte EDU e la Corte di Giustizia hanno preferito valorizzare nelle loro pronunce una lettura sostanziale del principio in oggetto che consenta la maggior tutela possibile per i singoli individui.

Il recente filone interpretativo in materia di doppio binario sanzionatorio e divieto di *ne bis in idem* nel settore degli abusi di mercato trae la propria origine dalla nota sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* del 4 marzo 2014³, pronunciata dalla seconda Sezione della Corte di Strasburgo. In tale decisione i giudici della Corte EDU ravvisano l'esistenza di una violazione del principio del *ne bis in idem* sancito dalla Convenzione, in quanto i medesimi soggetti erano stati sanzionati per lo stesso fatto materiale, sia attraverso una sanzione penale, sia attraverso una sanzione qualificata dall'ordinamento interno come amministrativa, ma che presentava, in base ai criteri già stabiliti dalla stessa Corte con precedenti decisioni, i caratteri di afflittività tipici della natura penale. La sentenza della Corte EDU evidenzia, quindi, un vizio strutturale della normativa interna che si traduce inevitabilmente nell'apertura di due separati procedimenti aventi come oggetto lo stesso fatto storico, rappresentato, nel caso di specie, da una falsa comunicazione al mercato.

L'eco della pronuncia *Grande Stevens* è stata notevole e ha alimentato il dibattito sulle possibili ricadute e conseguenze anche nel nostro ordinamento. In seguito alla pubblicazione della sentenza, vari sono stati i tentativi di rece-

² R. D'AMBROSIO, *Commento all'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1015 ss.

³ M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni CONSOB e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. società*, 2014, p. 693 ss.; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, pp. 478-490; G. ABBA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di "pena" e contenuti del principio del "ne bis in idem"*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 546 ss.; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, p. 1053 ss.

pimento dei precetti ivi contenuti da parte della giurisprudenza, anche di legittimità, e delle stessa Autorità di vigilanza finanziaria, tra le quali la Consob⁴, che, in seguito alla sentenza con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il Regolamento che disciplinava il procedimento sanzionatorio della Consob⁵, ha provveduto ad emanare un nuovo Regolamento, modificato da ultimo con la delibera n. 19521 del 24 febbraio 2016⁶.

Recentemente deve, però, segnalarsi un diverso atteggiamento, assai più cauto, da parte dei giudici sovranazionali, verosimilmente dettato anche dallo scopo di tutelare l'autonomia dei sistemi sanzionatori nazionali.

In particolare, nella decisione *A e B contro Norvegia*, pronunciata dalla Grande Camera della Corte EDU il 15 novembre 2016, i giudici di Strasburgo hanno limitato la portata del *ne bis in idem* non escludendo, in linea di principio, la possibilità di un cumulo sanzionatorio rispetto al medesimo fatto e introducendo, per questo caso, una serie di criteri, in realtà vaghi, che permettano di individuare quando sia lecita la previsione del doppio binario sanzionatorio sulla base dell'esistenza di una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*».

Si ha, quindi, la sensazione di un regresso interpretativo dovuto, presumibilmente, a ragioni di tipo politico che hanno guidato la Corte EDU nel ricercare un compromesso con la precedente ricostruzione del principio del *ne bis in idem*, imposto anche dal fatto che nella sentenza *A e B* si erano costituiti a fianco della Norvegia, per tutelare i propri interessi finanziari, sei Stati membri: Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Moldavia e Svizzera. La Corte EDU ha, in questo modo, consegnato all'interprete nazionale gli strumenti utili a preservare le scelte sanzionatorie statali, improntate al doppio binario sanzionatorio, dall'incombente rischio di censura convenzionale.

Critiche a tale orientamento sono state rivolte dall'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle cause Menci, Garlsson Real Estate, Di Puma e Zecca che nascono da rinvii pregiudiziali italiani, legati alla sussistenza di dubbi sulla compatibilità del sistema nazionale del doppio binario penale-amministrativo con l'art. 50 della Carta. Il criterio del legame sostanziale e temporale, indicato dalla Corte EDU, sarebbe impreciso e indeterminato, lasciando in grave incertezza il giudice nazionale⁷.

Nel decidere tali controversie, con tre recenti pronunce del 20 marzo 2018, la Grande Sezione della Corte UE è intervenuta nuovamente sul delicato problema delle limitazioni applicate al principio del *ne bis in idem*, in considerazione della corretta interpretazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fonamen-

⁴ Come ha affermato la Corte EDU, a partire dalla sent. 8 giugno 1976, ric. 51000/71, *Engel e a c. Paesi Bassi*, par. 22, la qualificazione giuridica formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è sufficiente per negare l'applicabilità delle garanzie del giusto processo ex art. 6 CEDU. Su questa base la Corte ha poi riconosciuto alle sanzioni Consob la natura penale. Si veda sul punto: M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595.

⁶ Si veda sul punto: M. RESCIGNO, *I poteri sanzionatori della Consob tra diritto e giudici europei*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 2559; B. RAGANELLI, *Procedimento sanzionatorio Consob e giusto processo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, pp. 769-785; Id., *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, pp. 511-522; W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob: profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁷ B. NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *www.penale contemporaneo.it*, 2 maggio 2018, 13.

tali dell'Unione europea, letto alla luce dell'art. 4, del protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

2. Applicazione del principio del *ne bis in idem* a livello giurisprudenziale

Come si anticipava il tema del divieto di *bis in idem* è oggi tra i più discussi, in particolare a seguito di una rinnovata attenzione da parte della giurisprudenza della Corte EDU.

Innanzitutto, occorre precisare che il divieto del doppio processo rientra nella categoria dei diritti civili e politici dell'individuo, riconosciuto quale principio di diritto internazionale consuetudinario e sancito espressamente in diversi testi convenzionali⁸.

Nel contesto normativo sovranazionale europeo, il principio del *ne bis in idem* ha dapprima trovato riconoscimento nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria fra Stati in materia penale⁹, rimanendo fuori dal testo originario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il riconoscimento della garanzia del *ne bis in idem* nel sistema del Consiglio d'Europa non è esente da complicazioni. Tale diritto non è stato incluso nella CEDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ma il suo riconoscimento è avvenuto soltanto con l'adozione, il 22 novembre 1984, dell'art. 4 del Protocollo n. 7 allegato alla Convenzione¹⁰ e reso esecutivo nell'ordinamento italiano con l'approvazione della legge 9 aprile 1990, n. 98. Una ragione del ritardo si può sicuramente ravvisare nel timore degli Stati membri che l'applicazione di determinate garanzie convenzionali avrebbe inciso sul margine di discrezionalità concesso agli Stati contraenti, in ordine alla configurazione del sistema punitivo nazionale. Risultano significative, infatti, la mancata ratifica del Protocollo n.7 da parte di Regno Unito, Germania e Paesi Bassi e la ratifica corredata da numerose riserve presentata da Francia, Austria, Portogallo e Italia¹¹, volte a

⁸ C. FATTA, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Giur. pen. Web*, 2017, 1.

⁹ Si vedano ad esempio l'art. 9 della Convenzione europea sull'estradizione del 1957 oppure l'art. 9 della Convenzione europea sulla repressione delle infrazioni stradali del 1962.

¹⁰ La garanzia del divieto di *bis in idem* era già contenuta in altri trattati internazionali, tra cui il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 14 §7) e la Convenzione americana sui diritti umani (art. 8 §4).

¹¹ La riserva formulata dall'Italia, secondo cui gli artt. 2-4 del Protocollo n. 7 si sarebbero dovuti applicare esclusivamente ad illeciti, procedimenti e sentenze che l'ordinamento italiano qualifica come penali, è stata dichiarata invalida dalla Corte europea sempre con la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*. Come pronosticato da attenta dottrina italiana, tale riserva viene in effetti giudicata invalida perché generica quanto alle categorie giuridiche invocate rispetto al richiamo alle norme interne coinvolte, sulla base di analoghi precedenti concernenti altri Stati. Si veda in particolare: S. ALLEGREZZA, *Art. 4 Prot. 7*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-V. ZAGREBELSKI, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 897 ss. La Corte ha ritenuto invalida tale riserva ai sensi dell'art. 57 CEDU, che consente agli Stati di formulare riserve su una specifica disposizione della Convenzione o dei suoi protocolli nella misura in cui una legge in vigore sul loro territorio al momento della ratifica non sia conforme a tale disposizione, escludendo peraltro la validità di riserve di carattere generale: come, per l'appunto, quella formulata dal governo italiano, che non indicava alcuna specifica disposizione dell'ordinamento giuridico interno da escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 4 Prot. 7.

limitare l'applicazione del *ne bis in idem* ai soli procedimenti cui la legge nazionale attribuisce natura penale.

La Corte di Strasburgo, chiamata a dare concreta attuazione al principio in oggetto, si è trovata sin dalle prime decisioni a dover affrontare il tentativo degli Stati membri di limitare la portata garantistica del principio del *ne bis in idem*.

In forza della formulazione letterale dell'art. 4 del Protocollo n. 7, che opera un espresso richiamo alla «condanna penale» e alla «procedura penale», deve pertanto ritenersi pienamente legittima la sovrapposizione di una procedura sanzionatoria di carattere amministrativo e di un procedimento penale per lo stesso fatto illecito, non trattandosi di una duplicazione del giudizio penale.

Pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento sulle scelte sanzionatorie interne, è stato sin da subito chiarito come l'applicazione della garanzia convenzionale non potesse essere assolutamente circoscritta alla sola materia penale, delineata sulla base delle qualificazioni giuridiche formali adottate dai singoli ordinamenti interni.

Il diritto a non essere puniti (*ne bis in idem* sostanziale) o giudicati (*ne bis in idem* processuale) più volte per lo stesso fatto coinvolge principi fondamentali di civiltà giuridica¹², quali l'interesse alla certezza del diritto, le garanzie individuali degli imputati e l'economia processuale¹³.

Il *ne bis in idem* convenzionale trova applicazione nel momento stesso in cui inizia o continua un nuovo processo avente ad oggetto fatti materiali contestati e valutati in altro processo penale definitivamente conclusosi con sentenza passata in giudicato, caratterizzandosi per una garanzia di carattere prioritariamente processuale.

Fondamentale risulta il fatto che il diritto a non essere puniti due volte per il medesimo fatto opera, a livello internazionale, non solo con il riconoscimento da parte della CEDU, ma è anche previsto dall'art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea in base al quale «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Da un lato, tale principio risponde ad esigenza di certezza del diritto in seguito alla pronuncia di una sentenza penale di assoluzione o condanna salve le ipotesi di revisione previste dagli ordinamenti dei singoli Stati¹⁴; dall'altro, costituisce un diritto fondamentale di ogni individuo a non essere processato due volte per il medesimo fatto illecito.

Analizzando i criteri necessari per comprendere che cosa debba intendersi per medesimo fatto, la giurisprudenza della Cassazione ha da tempo accolto una nozione di fatto limitata alla sua configurazione naturale, non attribuendo alcun rilievo a profili giuridici¹⁵.

¹² La Corte Costituzionale ha definito il principio del *ne bis in idem* come un «principio di civiltà giuridica» (così Corte cost., 4-5 maggio 1995, n. 150).

¹³ In tal senso: Corte cost., 21 novembre 2006, n. 381, 16 luglio 2004, n. 230 e 20 giugno 2008, n. 219.

¹⁴ «La finalità di perseguire la giustizia, in tali casi, prevale sulla stabilità della garanzia processuale concernente la sottrazione alla pretesa punitiva»: così Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200, punto 6 del considerato in diritto.

¹⁵ G. SERRA, *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, Note a Cass., Sez. Unite, sent. 22 giugno 2017 (dep. 12 settembre 2017), n. 41588, Pres. Canzio, Rel. Montagni, Ric. La Marca, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 11, pp. 173-185.

Le Sezioni Unite Donati del 2005 avevano affermato che l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, ma considerato in tutti i suoi elementi costitutivi e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona¹⁶.

Di recente, la Cassazione¹⁷ ha annullato senza rinvio, per divieto di un secondo giudizio in applicazione dell'art. 649 c.p.p., una sentenza di condanna per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, rilevata l'identità sostanziale tra la condotta contestata rispetto a quella già giudicata per il reato di truffa aggravata, confermando inoltre che la valutazione sull'identità del fatto deve essere svolta senza riferimenti all'*idem* legale, ma in relazione al concreto oggetto del giudicato e della nuova contestazione.

Tale principio è stato affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità successiva, la quale ha ribadito che la valutazione circa l'identità del fatto deve prescindere dall'*idem legale* e deve essere condotta con riferimento al fatto concreto, considerato in tutti i suoi elementi che ne connotano la tipicità¹⁸.

Sul punto è poi intervenuta una copiosa giurisprudenza della CEDU, la quale sposa integralmente il riferimento al fatto concreto, inteso come «*un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio*», per valutare l'eventuale violazione del divieto di doppio giudizio, di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU¹⁹.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2016, ha rilevato la piena compatibilità tra l'orientamento già espresso dalla Corte di Cassazione e quello della CEDU²⁰, posto che anche la giurisprudenza nazionale esclude che possa aver rilievo l'*idem legale*, avendo però cura di specificare che l'*idem factum* deve essere valutato non solo con riferimento ad alcuni elementi del fatto storico-naturalistico, ma con riferimento a tutti quelli che ne connotano la tipicità, e pertanto, a fianco della condotta, anche l'evento e il nesso di causalità²¹.

Per questo motivo la Corte Costituzionale, richiamata dalle Sezioni Unite sul punto, ha affermato che per fatto di reato debba intendersi «*l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'aggiunta di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi*»²².

La sentenza *Grande Stevens* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha inequivocabilmente dichiarato il contrasto tra il doppio binario sanzionatorio e

¹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *D&G-Dir. e giust.*, 2005, fasc. 40, p. 82, con nota di F.M. FERRARI, *Ne bis in idem, mai più processi-clone – Ecco la strada per evitare duplicazioni*.

¹⁷ Cass., sez. V, 4 ottobre 2016, n. 47683.

¹⁸ Cass. pen., sez. V, 4 ottobre 2016, n. 47683, in *Cass. Pen.*, 2017, 6, p. 2315.

¹⁹ Corte EDU, 27 novembre 2014, n. 7356, nel caso *Lucky c. Svezia*, in *Cass. pen.*, 3/2015, p. 1256.

²⁰ Si vedano sul punto: D. PULITANO, *La Corte Costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 70 ss.; ID., *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1588 ss.

²¹ Corte Cost., 31 maggio 2016, n. 200, con nota di S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 luglio 2016.

²² In ordine all'evoluzione della giurisprudenza in tema di *ne bis in idem*, si veda la recente Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario Penale della Corte di Cassazione, n. 26/2017, *Ne bis in idem – Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *www.Cortedicassazione.it*. Tale relazione rileva infatti come, alla luce della recente giurisprudenza europea e costituzionale, la Corte di Cassazione ha iniziato a superare posizioni in passato consolidate.

il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il problema è salito alla ribalta e si presenta di estrema attualità sia su un piano sostanziale che processuale.

Benché ad una prima lettura la disposizione convenzionale sembri presentare una regola chiara, molteplici sono in realtà le questioni emergenti ad un esame più approfondito. Significativi dubbi interpretativi sono emersi in riferimento all'ambito di applicazione del principio, all'individuazione dei criteri da porre a fondamento della valutazione circa l'identità dei fatti oggetto di accertamento nei diversi procedimenti, alla nozione di *idem* e al concetto di sentenza definitiva.

Oltre a tali aspetti legati intrinsecamente alla natura del divieto di *bis in idem* in materia penale, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU ha portato alla individuazione e valorizzazione di un elemento ulteriore: la connessione fra procedimenti sanzionatori aventi diversa natura.

I contorni indefiniti del criterio della connessione fra procedimenti e le difficoltà nella sua applicazione hanno concorso a determinare l'attuale situazione di incertezza in ordine alla portata del principio del *ne bis in idem* convenzionale.

Con riguardo alla nozione di *idem*, nella sentenza *Zolotukhin c. Russia*²³ la Corte europea, riconosciuta l'esistenza nella propria giurisprudenza di diversi orientamenti sul punto e la necessità di pervenire quindi ad una loro armonizzazione, ha precisato come anche detta nozione debba essere intesa in senso sostanzialistico: l'eventuale identità di oggetto dei procedimenti penali è da valutarsi attraverso un raffronto, non già delle fattispecie legali relative agli illeciti contestati nei diversi procedimenti (*idem legale*), bensì delle concrete circostanze fattuali poste alla base degli addebiti (*idem factum*).

In questo senso, oltre all'ormai celebre sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, sono paradigmatiche le numerose pronunce rese nei confronti di Finlandia e Svezia riguardanti il sistema di doppio binario sanzionatorio previsto da tali Stati in materia tributaria²⁴, la cui applicazione aveva comportato nei singoli casi, poi sottoposti all'attenzione della Corte europea, l'instaurazione di un processo penale per frode fiscale e di un parallelo procedimento per gli illeciti di carattere tributario relativo alle presupposte omissioni dichiarative.

Come è noto, i criteri interpretativi da utilizzare per individuare il carattere penale delle sanzioni applicate dai vari ordinamenti, richiamati nella sentenza *Grande Stevens*, sono il frutto di una giurisprudenza europea ormai consolidata, che trova origine nella pronuncia *Engel e altri c. Paesi Bassi*²⁵.

3. La sentenza A e B contro Norvegia e le critiche presenti nelle conclusioni dell'avvocato generale

La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*²⁶, con un *revirement* inaspettato, ma, per certi aspetti,

²³ Corte EDU, 10 febbraio 2009, nel caso *Zolotukhin c. Russia*.

²⁴ Corte EDU, 20 maggio 2014, nel caso *Nykänen c. Finlandia*; 20 maggio 2014, nel caso *Glantz c. Finlandia*; 27 novembre 2014, nel caso *Lucky Dev c. Svezia*, cit.; 27 gennaio 2015, *Rinas c. Finlandia*; 10 febbraio 2015, *Österlund c. Finlandia*.

²⁵ Corte EDU, 8 giugno 1976, nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

²⁶ Corte EDU, 15 novembre 2016.

comprensibile²⁷, rispetto al precedente indirizzo²⁸, stabilisce che il principio del *ne bis in idem* non viene violato nel caso in cui vi sia una sanzione penale irrogata a carico di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'Amministrazione tributaria con una sovrattassa, purché sussista tra i due procedimenti (penale ed amministrativo) una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*»²⁹.

A tale criterio la Corte ha fatto riferimento in passato, affermando che esso deve necessariamente sussistere tra i due procedimenti qualificati come penali, al fine di escludere la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU. La Corte ha più volte affermato, infatti, che il divieto del *ne bis in idem* opera sia con riferimento a due procedimenti consecutivi ove il secondo segua ad un primo già divenuto definitivo, sia in presenza di due procedimenti paralleli, quando uno di essi si concluda con un provvedimento definitivo³⁰. Per completezza è opportuno indicare le principali tappe giurisprudenziali di questo orientamento.

Un primo approdo giurisprudenziale si ritrova nella sentenza *Nilsson c. Svezia*³¹ dove la Corte EDU, nel dichiarare inammissibile il ricorso nel quale si contestava la violazione del *ne bis in idem*, aveva escluso che, in presenza di una connessione sufficientemente stretta tra i due procedimenti, un doppio processo con l'applicazione di due distinte sanzioni costituisca violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 CEDU. Nello stesso senso si pone la sentenza *Hakka c. Finlandia*³², nella quale la Corte ha escluso una violazione del *ne bis in idem*, posto che le due sanzioni erano state irrogate in procedimenti non consecutivi, ma tra loro «*sufficientemente coordinati*».

Nelle pronunce *Shibendra Dev c. Svezia*³³ e *Lucky Dev c. Svezia*, la Corte ha fatto ricorso nuovamente a tale criterio al fine di accertare la compatibilità del sistema del doppio binario in materia tributaria con l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

In tutte queste decisioni è stato applicato il c.d. *Nilsson test* ovvero il criterio della sufficiente connessione temporale e sostanziale valorizzando il quale «*la Corte europea ha stimato il legame esistente fra due diverse procedure talmente stretto da poter qualificare la misura amministrativa quale pena complementare alla condanna penale, poiché la prima discende in modo diretto e prevedibile dalla seconda. Ciò sebbene si fosse indubbiamente in presenza di due sanzioni per lo stesso comportamento applicate da organi distinti all'esito di diverse procedure*»³⁴.

Invece, la Corte europea ha constatato la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU senza compiere alcuna verifica circa l'esistenza di un coordinamento temporale e sostanziale tra i due procedimenti nelle sentenze *Zolotukhin c. Russia* e *Grande Stevens c. Italia*.

²⁷ Comprensibile, nell'ottica della tutela degli interessi erariali degli Stati e della repressione delle condotte illecite in tema fiscale: non è un caso che, nella procedura *A e B c. Norvegia*, siano intervenuti sei Stati contraenti a sostegno della Norvegia: si veda il paragrafo 119 della sentenza.

²⁸ In particolare, l'indirizzo fissato con la sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

²⁹ § 130 della sentenza *A e B c. Norvegia*.

³⁰ Corte EDU, sentenza 20 maggio 2014, n. 11828/11, *Nykanen c. Finlandia*, par. 47 e 49; Corte EDU, sentenza del 27 novembre 2014, n. 7356/10, *Lucky Dev c. Svezia*, par. 58.

³¹ Corte EDU, sentenza del 13 dicembre 2005, n. 73661/01, *Nilsson c. Svezia*.

³² Corte EDU, 20 maggio 2014, nel caso *Hakka c. Finlandia*.

³³ Corte EDU, 21 ottobre 2014, nel caso *Shibendra Dev c. Svezia*.

³⁴ S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 899.

Proseguendo con il caso *A e B*, i ricorsi, da cui trae origine la decisione della Corte EDU, sono stati presentati da due cittadini norvegesi che contestavano la violazione del principio sancito dall'art. 4 del Protocollo 7 CEDU, per essere stati giudicati due volte, in sede penale e amministrativa, in merito agli stessi fatti di natura fiscale.

È necessario precisare che i ricorrenti erano titolari di una società registrata in Inghilterra, per mezzo della quale avevano messo in atto complesse operazioni di carattere finanziario. Le azioni di questa società erano state vendute e i ricorrenti avevano trasferito le relative entrate ad altre due società *off-shore*, così da non dichiarare all'Amministrazione finanziaria norvegese le ingenti plusvalenze ottenute. Nel 2005, però, una verifica fiscale aveva portato alla luce le menzionate transazioni e le relative evasioni, con conseguente comunicazione della notizia di reato all'Autorità giudiziaria penale.

I ricorrenti, resisi quindi autori di omissioni in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi, lamentavano di aver subito una violazione del divieto di *bis in idem*, dato che, successivamente al passaggio in giudicato della decisione dell'Autorità fiscale con la quale era stata loro inflitta una sanzione pecuniaria nella misura di una percentuale dell'importo evaso, erano stati sottoposti ad un processo penale per il reato di frode fiscale aggravata, conclusosi con l'irrogazione di una pena di carattere detentivo³⁵.

Con argomentazioni pressoché identiche, la Corte Suprema norvegese aveva respinto la tesi difensiva secondo cui la contestuale applicazione della sanzione amministrativa e di quella penale aveva comportato la violazione del *ne bis in idem*. I giudici norvegesi pur riconoscendo che i procedimenti, tributari e penali, avevano ad oggetto i medesimi fatti, che la sanzione amministrativa irrogata aveva natura «*sostanzialmente penale*» e che la decisione tributaria poteva qualificarsi come definitiva, avevano ritenuto che non fossero stati violati i diritti fondamentali dei ricorrenti che si trovavano costretti ad adire la Corte EDU.

La Grande Camera ha analizzato due questioni giuridiche di rilievo: la prima riguardava la possibilità che la sanzione tributaria potesse essere definita «*sostanzialmente penale*», mentre la seconda concerneva l'applicabilità della garanzia convenzionale ai procedimenti celebrati in parallelo per il medesimo fatto. La prima questione è stata risolta dalla Corte nel senso di ritenere che ai due ricorrenti fossero state applicate per gli stessi fatti due differenti sanzioni di natura penale al termine di due diversi procedimenti, condotti uno dall'Autorità amministrativa e l'altro dal giudice penale. Appurato che ai ricorrenti erano state applicate due sanzioni di natura penale, la Corte ha dovuto accertare se fosse stato altresì violato il divieto di un doppio giudizio sui medesimi fatti.

Nonostante vi fossero analoghi precedenti, nel caso di specie non è stata ravvisata una violazione, in quanto la Corte EDU ha ritenuto che il procedimento relativo all'accertamento dell'illecito tributario e il processo propriamente penale fossero connessi in modo tale da poter essere considerati quali parti di un unico sistema integrato di sanzioni.

La Corte europea ha affermato che l'irrogazione di sanzioni di diversa natura, considerate convenzionalmente di natura penale, da parte di Autorità differenti in relazione ad una stessa condotta illecita, non conduce necessariamente ad una violazione della Convenzione, rientrando nel margine di apprezza-

³⁵ Per un approfondimento si veda C. FATTA, *op. cit.*, p. 8.

mento degli Stati contraenti la scelta in merito alla configurazione del proprio sistema punitivo.

Il compito della Corte europea è dunque di verificare se, nei casi concreti, le misure applicate siano suscettibili di costituire un *bis in idem* o se invece possano dirsi parte di un unico sistema sanzionatorio integrato. La Corte EDU ha così provveduto ad individuare gli indici sulla cui base valutare la connessione temporale e sostanziale indicata nella decisione. Quanto alla connessione sostanziale, la Corte stabilisce che, «*le finalità perseguite e gli strumenti impiegati*» nei due procedimenti devono essere «*complementari*»; i «*potenziali effetti*» derivanti dai procedimenti paralleli, a loro volta, devono essere «*proporzionati e prevedibili dagli individui coinvolti*»; inoltre quando i due procedimenti siano condotti in modo da evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso «*un'adeguata interazione tra le varie Autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento*»³⁶.

Per ciò che attiene invece la connessione temporale, i due procedimenti non devono indefettibilmente svolgersi in maniera simultanea dall'inizio alla fine; la continuità temporale deve essere «*sufficientemente stretta da proteggere gli individui dal rischio di essere sottoposti a incertezza e ritardi derivanti dalla (loro) protrazione*»³⁷.

Facendo applicazione di tali indici nel caso concreto, la Corte EDU ha ritenuto che l'operare del sistema sanzionatorio integrato, tributario e penale, non avesse costretto i ricorrenti a subire un pregiudizio sproporzionato: oltre ad affermare in via generale che nell'ordinamento norvegese le due risposte sanzionatorie perseguono tra loro finalità differenti³⁸ e che l'instaurazione di due procedimenti convenzionalmente penali rappresenta una conseguenza prevedibile per gli autori di condotte illecite in materia fiscale, la Corte di Strasburgo ha valorizzato la interconnessione che si era venuta a creare, nei fatti, tra il procedimento di carattere tributario ed il processo penale.

Da questo punto di vista, è stato attribuito particolare rilievo alla circostanza che la decisione dell'Autorità fiscale di imporre il pagamento di sovrattasse fosse fondata, tra l'altro, sulle dichiarazioni rese dai ricorrenti in sede di indagini penali, nel cui ambito avevano ammesso la veridicità dei fatti materiali loro addebitati³⁹.

Gli indici della connessione espressamente individuati dalla Corte EDU rimangono in ogni caso, vaghi e generici, tanto da renderne imprevedibile la verifica in concreto, e sembrano inoltre rispondere ad esigenze di tutela diverse da quelle proprie della garanzia del *ne bis in idem*.

La decisione della Corte di Strasburgo espone il fianco a severe critiche se esaminata in rapporto al dovere degli Stati di prevenire la violazione dei diritti fondamentali, ossia di dotarsi di misure strutturalmente idonee ad assicurare a priori l'osservanza dei diritti convenzionalmente protetti. L'approccio empirico della Corte di Strasburgo fornisce infatti solo un compendio esemplificativo

³⁶ P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della corte E.D.U., grande camera, 15 novembre 2016, A E B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 3.

³⁷ § 130 della sentenza in oggetto.

³⁸ § 144 della sentenza in oggetto.

³⁹ R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quaderni cost.*, 2017, p. 837.

degli indici sintomatici della sufficiente connessione sostanziale fra procedimenti paralleli. In riferimento inoltre alla connessione temporale, la Corte europea non riesce comunque ad individuare un criterio puntuale, capace di determinare quando il requisito sia integrato, l'individuazione è in definitiva rimessa all'ampia discrezionalità del giudice⁴⁰. A tali considerazioni può aggiungersi il rilievo che la sentenza non precisa se le condizioni per la configurabilità della connessione sostanziale siano cumulative, nel senso che debbano sussistere congiuntamente, ovvero alternative come affermato da attenta dottrina⁴¹ secondo cui «fermo il fatto che non sembra si tratti di parametri cumulativi, rimane però oscuro se la mancanza di uno solo di essi basti per escludere la close connection».

Con ciò la Corte europea genera un autentico paradosso: l'intento di assicurare la certezza del diritto e di assegnare al *ne bis in idem* una sfera operativa prevedibile fa scaturire un esito opposto. Si spiegano così le durissime parole del giudice Pinto de Albuquerque, nell'articolare la sua opinione dissenziente alla sentenza in esame: «il *ne bis in idem* ha perso la propria natura di garanzia pro persona, essendo stato trasformato dalla Corte in un rigido strumento pro auctoritate», in breve si sarebbero «aperte le porte ad un inedito sistema punitivo, sul modello del Leviatano, basato su una pluralità di procedimenti punitivi statali, strategicamente connessi e allestiti per ottenere il più ampio effetto repressivo possibile».

È chiaro l'interesse per la decisione. Trattandosi di una pronuncia della Grande Camera, e non promanante da una sezione semplice, dovrebbe produrre «diritto consolidato» e con tale forza influire in astratto sul sistema interno, seguendo i criteri enunciati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015. Si apre tuttavia il quesito della portata contenutistica da assegnare a questo atto giurisprudenziale, e dunque alla concreta capacità di influenzare il diritto italiano anche nelle altre materie interessate dalla garanzia del *ne bis in idem*, a partire da quella degli abusi di mercato⁴².

In base ai criteri esposti dalla Corte EDU non sembra potersi desumere che vi sia una «ridefinizione di tale garanzia convenzionale»⁴³, tale da superare i profili d'incompatibilità ravvisati nella disciplina sanzionatoria degli illeciti tributari come applicata nella prassi, dal dibattito anteriore alla sentenza A e B, in base ai precedenti orientamenti del giudice di Strasburgo. Infatti, il criterio della «stretta connessione» impiegato dalla Corte per accertare la violazione del *ne bis in idem* convenzionale, non comporta il superamento, ma al più un rafforzamento, della lettura consolidata nella stessa giurisprudenza europea, in ordine ai caratteri dell'*idem factum* costitutivo della garanzia sovranazionale, lettura ripresa anche dall'ultima pronuncia.

Sembra, quindi, che il giudice interno non potrebbe, tuttora, accertare la

⁴⁰ F. CASSIBBA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, p. 1102.

⁴¹ S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 5 dicembre 2016.

⁴² M. BONTEMPELLI, *Sanzioni – Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rass. trib.*, 2017, p. 562.

⁴³ Così la Relazione 21 marzo 2017 dell'Ufficio del Massimario Penale della Corte di cassazione, dal titolo «*Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*», red. M. BRANCACCIO, vicedir. G. FIDELBO, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 30 marzo 2017, 14.

manca di una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*» tra i due procedimenti, per poi affermare la violazione della garanzia del *ne bis in idem* convenzionale e, quindi, applicare direttamente la preclusione del secondo giudizio nel processo penale. Infatti, l'applicazione diretta dell'art. 4, Prot. n. 7 CEDU⁴⁴ andrebbe a incidere sullo spazio coperto dal citato principio di tassatività. Vi sarebbe, in tal caso, un'applicazione del divieto di doppio processo estranea alla legge e non supportata dalla *ratio* sistematica di questa pur centrale garanzia. «*In sintesi, con la sentenza A e B la Corte EDU ha modificato il proprio precedente orientamento consolidato sul divieto di bis in idem, trasformandolo da principio processuale (...) a garanzia di natura sostanziale*»⁴⁵.

Critiche alla soluzione adottata dalla Corte EDU sono presenti nelle conclusioni dell'avvocato generale M. Campos Sanchez-Bordona, presentate il 12 settembre 2017 nelle cause riunite C-524/15, *Menci*, C-537/16 *Garisson Real Estate SA e a.*, e C-596/16 e C-597/16 *Di Puma e Zecca*, in cui viene «*riaffermata*» la forza espansiva del principio del *ne bis in idem*.

Secondo l'avvocato generale, il diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 50 della Carta non dovrebbe subire alcuna limitazione rispetto al divieto di cumulo tra procedimento amministrativo di natura sostanzialmente punitiva e procedimento penale per gli stessi fatti materiali.

L'avvocato generale afferma che la sentenza *A e B c. Norvegia* rappresenti soltanto il livello minimo di tutela che il diritto comunitario è chiamato a garantire, restando impregiudicata la possibilità di offrire garanzie più elevate nell'ambito dell'Unione⁴⁶. Occorre, dunque, elaborare a livello comunitario una nozione autonoma di *ne bis in idem*, verificando in particolare se e in che misura tale diritto fondamentale possa essere compreso ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 52, par. 1 della Carta⁴⁷. L'avvocato generale sottolinea infatti che il nuovo criterio introdotto nella decisione *A e B c. Norvegia* aggiunge «*notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti*», mentre «*i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti*»⁴⁸ e devono comunque poter essere applicati in modo prevedibile e certo⁴⁹.

Nell'interpretare il principio del *ne bis in idem*, l'avvocato generale ritiene conforme ad esso un solo procedimento per l'irrogazione delle sanzioni, in modo che si possano adottare le misure idonee in un'unica sede. Ciò infatti non comporterebbe per altro una limitazione alla capacità normativa del legislatore nazionale che per conseguire l'obiettivo della dissuasione potrebbe

⁴⁴ F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016.

⁴⁵ E. BINDI-A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea è norma direttamente applicabile*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 2.

⁴⁶ §§ 76 e 77 delle conclusioni nel caso *Menci*.

⁴⁷ «*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*».

⁴⁸ §§ 73 delle conclusioni nel caso *Menci*.

⁴⁹ F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 9, p. 208.

prevedere una combinazione delle sanzioni privative della libertà e privative di diritti⁵⁰, nel rispetto del principio di proporzionalità.

In definitiva, «la soluzione prospettata dall'avvocato generale sembra preferibile in termini di coerenza dell'ordinamento e più efficiente in termini di utilizzo delle risorse per reprimere il medesimo illecito pubblico»⁵¹.

È possibile analizzare come da ultimo i criteri indicati nella sentenza A e B vengano utilizzati dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza del 24 gennaio 2018, n. 43 (Pres. Red. Lattanzi).

I giudici costituzionali affermano, in primo luogo, il carattere di «diritto consolidato» della sentenza della Grande camera A. e B. c. Norvegia, sottolineando come dall'interpretazione ivi fornita il giudice nazionale non possa discostarsi⁵².

«Si è passati» afferma la Corte «dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata».

Il divieto di *bis in idem* viene subordinato ad un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti. Tale sopravvenuto mutamento del «diritto vivente europeo» impone «la restituzione degli atti al giudice a quo, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale».

In conclusione per effetto della sentenza A. e B. c. Norvegia è ora meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione della sanzione per il medesimo fatto, tanto in relazione agli illeciti tributari, quanto in altri rami dell'ordinamento.

4. Le decisioni della Corte di Giustizia nelle cause Menci, Garlsson Real Estate e a. e Di Puma e Zecca

Il 20 marzo 2018 la Corte di Giustizia si è pronunciata sui rinvii pregiudiziali⁵³ nelle cause *Menci* (C-524/15), *Garlsson Real Estate e a.* (C-537/16) e *Di Puma e Zecca* (C-596/16 e C-597/16)⁵⁴.

⁵⁰ Sanzioni ad esempio che prevedano interdizioni, divieti di contrarre o di esercitare determinate attività.

⁵¹ M. DELSIGNORE, *Decisione dell'amministrazione e decisione del giudice dell'applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 8.

⁵² A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza a. e b. c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 3, pp. 234-238.

⁵³ Sul punto si vedano tra gli altri i contributi di F. VIGANÒ: *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 2015; *A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016; *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 novembre 2016.

⁵⁴ Per una prima trattazione di esse si veda: E. BINDI-A. PISANESCHI, *op. cit.*; N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *rivista.eurojus.it*, 22 marzo 2018.

I ricorsi erano volti a sottoporre alla Corte UE la compatibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio penale ed amministrativo con l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea che sancisce il divieto di *bis in idem*⁵⁵.

In tutte le decisioni in commento la Corte di Lussemburgo ha stabilito alcuni punti fermi.

In primo luogo ha ritenuto che le sanzioni amministrative inflitte avevano natura penale applicando la costante giurisprudenza in materia⁵⁶ in relazione alla rilevanza di tre criteri (*Engel criteria*): la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e il grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere. I giudici europei hanno affermato che le sanzioni amministrative hanno natura penale quando dotate di un grado di rigore elevato e di finalità non meramente risarcitoria.

In secondo luogo la Corte ha stabilito che le sanzioni inflitte avevano perseguito fini di interesse nazionale generale ed erano state applicate ad uno stesso fatto; in tal caso il criterio rilevante ai fini della valutazione è stato quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato. Infatti, a fronte delle medesime condotte, il mancato accertamento dell'elemento psicologico nell'ambito del procedimento diretto alla comminazione della sanzione amministrativa non sarebbe idoneo, di per sé, a mettere in discussione l'identità dei fatti materiali esaminati.

Lo snodo fondamentale è rappresentato dal fatto che i giudici della Corte affermino che il cumulo di sanzioni amministrative e penali, pur costituendo una limitazione al diritto garantito dall'art. 50 della Carta, possa presentare una causa di giustificazione che necessita di essere analizzata ai sensi dell'art. 52 par. 1 CDFUE il quale stabilisce che «*eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*».

Il primo rinvio è stato formulato dal Tribunale di Bergamo per il reato di omesso versamento dell'IVA, dopo che l'autore era già stato condannato per lo stesso illecito da parte dell'Amministrazione finanziaria. Il giudice del rinvio ha precisato che, secondo le disposizioni del d.lgs. n. 74/2000, il procedimento penale e quello amministrativo seguono *iter* indipendenti e rientrano nell'ambito della competenza, rispettivamente, delle autorità giudiziarie e delle autorità amministrative e che nessuno dei due procedimenti deve essere sospeso in attesa della definizione dell'altro.

È stata quindi sottoposta alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «*se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 [protocollo] n. 7 [della CEDU] e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale*

⁵⁵ F. CONSULICH-C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giur. Pen. Web*, 2018, p. 4.

⁵⁶ In tal senso, cfr. Corte Giust., 5 giugno 2012, nel caso *Bonda*, C-489/10, punto 37, e 26 febbraio 2013, nel caso *Åkerberg Fransson*, C-617/10, punto 35.

avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile».

Pur constatando, quindi, la natura penale della sanzione amministrativa inflitta e l'applicazione di entrambe le sanzioni ad un medesimo fatto la Corte ha ritenuto in tal caso che non vi fosse una violazione, ma una limitazione del diritto garantito dall'art. 50 della Carta, giustificabile alla luce dell'art. 52 par. 1 CDFUE.

Nel caso di specie la Corte ha stabilito che la disciplina italiana in relazione al doppio binario sanzionatorio è volta ad assicurare l'interesse generale della riscossione integrale dell'IVA; risulta pertanto giustificato il ricorso al cumulo di procedimenti e sanzioni riguardanti *«scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata»*⁵⁷. Gli Stati membri dispongono di libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione di entrambe al fine di garantire la riscossione integrale delle entrate provenienti dall'IVA; *«in assenza di armonizzazione del diritto dell'Unione in materia, gli Stati membri possono quindi legittimamente prevedere tanto un regime nel quale reati in materia di IVA possono costituire oggetto di procedimenti e di sanzioni unicamente una volta, quanto un regime che autorizza un cumulo di procedimenti e di sanzioni»*⁵⁸.

Occorre inoltre rilevare che, benché una normativa nazionale come quella italiana, che soddisfa i requisiti enunciati dalla sentenza in commento, appaia idonea a garantire la conciliazione necessaria tra i differenti principi in oggetto, essa deve essere applicata dalle autorità e dagli organi giurisdizionali nazionali in modo che l'onere risultante, nella fattispecie in esame e per l'interessato, dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso. Tale esigenza discende non soltanto dall'art. 52, paragrafo 1, della Carta, ma altresì dal principio di proporzionalità delle pene di cui all'articolo 49, paragrafo 3, della stessa Carta⁵⁹.

La Corte di Giustizia ha richiamato, infine, il criterio della *«connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta»* tra procedimenti tributari e penali sancito dalla ormai nota sentenza della Corte Edu A e B c. *Norvegia*, per affermare che i requisiti prescritti dal combinato disposto degli artt. 50 e 52 par. 1 CDFUE assicurano un adeguato livello di tutela del principio del *ne bis in idem*.

Il secondo rinvio era stato formulato dalla sezione tributaria della Corte di Cassazione civile, adita dai ricorrenti Stefano Ricucci, Magiste International e Garlsson Real Estate per impugnare la sentenza della Corte d'Appello di Roma avente ad oggetto un provvedimento sanzionatorio emesso dalla Consob dopo la conclusione di un procedimento penale nei confronti dei medesimi imputati avente ad oggetto il delitto di manipolazione di mercato, di cui all'art. 185 del d.lgs. n. 58/1998, che si era concluso con una sentenza di patteggiamento.

La Cassazione, dopo avere sollevato questione di legittimità costituzionale dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale⁶⁰, ha sottoposto alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti:

⁵⁷ Punto 44 della decisione in commento.

⁵⁸ Punto 47 della decisione in commento.

⁵⁹ *«Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».*

⁶⁰ Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102. A giudizio della Corte, il giudice del rinvio non aveva chiarito, in via preliminare, i rapporti tra il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, e il me-

«1) Se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo o della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile;

2) se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del *ne bis in idem*, in base all'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte Edu e della normativa nazionale».

Anche nel caso di specie la Corte di giustizia, facendo applicazione dei medesimi criteri enucleati nella sentenza *Menci*, ha ritenuto che le sanzioni inflitte avessero entrambe natura penale, che fossero state applicate ad un medesimo reato, che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali nonché procedimenti e sanzioni amministrativi di natura penale fosse chiaramente prevista dalla legge e che il doppio binario sanzionatorio perseguisse un fine di interesse generale quale la tutela dei mercati finanziari.

Tuttavia, nella sentenza *Garlsson* la Corte è giunta a ritenere che la normativa italiana che sanziona le manipolazioni di mercato «*non sembra rispettare il principio di proporzionalità*».

La Corte UE ha constatato che il sistema italiano limita il diritto garantito dall'articolo 50 della Carta, senza rispettare il principio di proporzionalità, poiché, nel caso in cui sia stata pronunciata una condanna penale in forza dell'articolo 185 del TUF al termine di un procedimento penale, la celebrazione del procedimento riguardante la sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccede quanto è strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo di tutela dell'integrità dei mercati finanziari dell'Unione, qualora tale condanna penale sia idonea a reprimere l'infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo⁶¹.

Infatti, pur spettando ai giudici nazionali la soluzione del caso concreto, la Corte UE ha evidenziato la finalità repressiva delle sanzioni amministrative nel caso concreto, da considerare come aventi natura penale, pur in presenza di una finalità preventiva. Secondo quanto stabilito dalla Corte non rileva il fatto che l'articolo 187-terdecies del TUF preveda «*che quando per lo stesso fatto sono state applicate una multa e una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, l'esazione della prima è limitata alla parte eccedente l'importo della seconda*. Infatti, «*dal momento che l'articolo 187 terdecies sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione, risulta che detto articolo non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione*».

Nel caso di specie quindi, la Corte UE è giunta ad affermare che «*l'art. 50 della Carta dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già*

desimo principio come applicato nel contesto degli abusi di mercato a norma del diritto dell'Unione. Inoltre, si porrebbe la questione circa l'applicabilità diretta del principio del *ne bis in idem*, come garantito dal diritto dell'Unione, al regime interno di uno Stato membro.

⁶¹ Punti da 46 a 57 della decisione in commento.

stata pronunciata una condanna definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva».

La Corte, richiamando la precedente decisione *Åkerberg Fransson*, ha risposto affermativamente anche al secondo quesito sottoposto dal Giudice del rinvio, affermando che *«il principio del ne bis in idem garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale».*

Infine le cause riunite *Di Puma e Zecca* sono state generate da due rinvii della seconda sezione della Cassazione civile. La Consob aveva inflitto sanzioni amministrative pecuniarie per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate in base all'art. 187 bis del d.lgs. n. 58/1998; anche in questo vi era già stato un procedimento penale nel quale gli imputati erano stati assolti per i medesimi fatti e chiedevano, quindi, che l'assoluzione espletasse effetti anche nel procedimento amministrativo in forza dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea.

Alla Corte di Giustizia sono state quindi sottoposte le seguenti questioni:

«1) Se l'articolo 50 della [Carta] vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali.

2) Se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del ne bis in idem di cui all'articolo 50 della [Carta], debba tener conto dei limiti di pena posti dalla direttiva [2014/57]».

Richiamando i propri precedenti, la Corte ha ricordato che il diritto dell'Unione non impone di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale.

La prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire l'obiettivo generale di tutela del mercato della vigente sentenza, una volta che esiste una sentenza penale definitiva di assoluzione che dichiara l'assenza degli elementi costitutivi dell'infrazione. Infatti, in questo secondo caso, la prosecuzione del giudizio risulta sprovvista di qualsivoglia fondamento⁶².

La Corte di Lussemburgo rispondendo al quesito ha stabilito quindi che *«l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), letto alla luce dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati».*

⁶² Punti 43, 44 e 45 della sentenza in oggetto.

5. Quali sono gli scenari possibili?

La Corte di Strasburgo nella sentenza *A e B c. Norvegia* ha circoscritto fortemente l'ambito di applicazione del *ne bis in idem* diversamente da quanto affermato a partire dalla sentenza *Grande Stevens c. Italia*.

È evidente che vi sia stata un'evoluzione nell'interpretazione del principio del *ne bis in idem*, in seguito all'intervento della Corte di Strasburgo, anche da parte della Corte di giustizia.

Nelle decisioni dei giudici di Lussemburgo, discostandosi dalla posizione nel tempo assunta per promuovere i valori dell'Unione nei confronti dei cittadini europei e dei legislatori nazionali, la Corte ha preferito adottare un atteggiamento conservativo nell'interpretare un principio di garanzia sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, di fatto aderendo a quanto espresso dai giudici della Corte EDU.

Dalla trattazione che precede emerge come il divieto di *bis in idem* costituisca una fondamentale garanzia per il singolo individuo. Ed anzi, tra le funzioni ascrivibili al principio in esame, si percepisce con maggiore immediatezza quella di tutela individuale: nel limitare la possibilità di rinnovare la medesima accusa nei confronti dello stesso imputato, è forte l'esigenza di sottrarlo all'insicurezza derivante dall'instabilità della propria posizione giuridica nell'ordinamento, nuovamente oggetto di vaglio giurisdizionale.

È importante analizzare, quindi, quanto potrebbe incidere sul singolo individuo il mancato rispetto del divieto di un secondo giudizio. Riportando le parole di autorevole dottrina⁶³ si può affermare che «*la portata della garanzia non consiste tanto – o, comunque, soltanto – nell'evitare il pericolo dell'applicazione di sanzioni criminali o di misure cautelari per un fatto in ordine al quale sia intervenuta una pronuncia definitiva di proscioglimento, ma anche e soprattutto nell'impedire la semplice sottoposizione ad un ulteriore procedimento penale, con il costo sul piano umano che inevitabilmente comporta*».

Anche la Corte di Lussemburgo, così come la Corte EDU nella sentenza *A e B*, individua una serie di criteri da valutare caso per caso per stabilire se vi sia stata una violazione del principio del *ne bis in idem*; l'affidamento ai giudici nazionali della decisione dei casi concreti a loro sottoposti genera tuttavia motivi di ulteriore incertezza.

Di fronte a questa sentenza della Corte di giustizia quali saranno le soluzioni adottate dagli Stati membri?

Sarebbe necessario che il principio del *ne bis in idem* fosse applicato in egual misura nella totalità degli Stati membri. Si deve evidenziare, infatti, come il sistema giuridico italiano non sia l'unico a prevedere sistemi caratterizzati dal doppio binario sanzionatorio, e, quindi, come la Corte di Giustizia prenda anche in considerazione, nelle sue decisioni, il principio dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione europea; ancora una volta ragioni di tipo politico sembrano innervare le sentenze in oggetto. Tuttavia riconoscere al giudice spazi così ampi di discrezionalità interpretativa e di adattamento al caso concreto potrebbe ledere i fondamentali principi di libertà e uguaglianza.

L'Unione europea ha sin dalle sue origini coltivato e valorizzato alcuni principi; appartenere all'Unione significa rispettare tutti i principi che essa prescri-

⁶³ P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, p. 722.

ve, in quanto precedentemente accettati da tutti gli Stati: solo così può forse davvero essere raggiunta quell'unità del diritto ricercata.

La stessa formulazione dell'art 50 della Carta stabilendo che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge» offre la più ampia tutela possibile assumendo la funzione di una garanzia generale. Come evidenziato anche dall'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle conclusioni delle sentenze analizzate l'art 50 CDFUE è una «norma chiara, precisa e incondizionata, che conferisce direttamente a chiunque il diritto a non essere perseguito o condannato penalmente due volte per un medesimo fatto».

Sicuramente lo spazio in cui si muovono legislatore ed interprete presenta molti ostacoli perché necessita di bilanciare sia i diversi interessi meritevoli di tutela, sia le diverse fonti esistenti, determinando un'ulteriore frammentazione della tutela che dovrebbe essere riconosciuta al singolo individuo.

Auspicabile sarebbe quindi un futuro intervento della Corte in cui vengano maggiormente delineati e specificati i criteri indicati nelle sentenze precedentemente analizzate, così da permettere di individuare un'interpretazione degli esatti confini del *ne bis in idem*: possibilità che, invece, sembra essersi allontanata.

La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia in questo senso non offrirebbe la definizione di una questione problematica, ma in realtà l'apertura di un nuovo dibattito.

Il dialogo tra le Corti, intensificato negli ultimi anni in materia di *ne bis in idem*, non può dirsi sicuramente concluso, sarà quindi necessario verificare come gli ordinamenti giuridici europei interpreteranno e adatteranno quanto dettato dalla Corte di Giustizia.

Una recentissima sentenza della Corte di Cassazione⁶⁴ nell'individuare la ragione giustificatrice del percorso argomentativo svolto dalla giurisprudenza delle Corti europee, che qui si è cercato di affrontare, afferma che essa consiste nell'«obiettivo di trovare un giusto contemperamento di interessi tra le esigenze repressive dello Stato nazionale verso fatti illeciti di notevole disvalore sociale e le garanzie individuali» e «probabilmente allo scopo di mitigare gli effetti dell'applicazione del divieto di *bis in idem* processuale, come sancito dalla sentenza Grande Stevens, ritenuto troppo rigido e che aveva provocato difficoltà applicative negli Stati membri»⁶⁵.

Tuttavia, la stessa Corte individua il punto problematico derivante dalla mancanza di un intervento normativo, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 107/2018, affermando che «di certo, tutto ciò comporta, in mancanza di un chiaro riferimento normativo, l'esercizio di compiti interpretativi molto complessi ed articolati, che non possono prescindere da una attenta valutazione dei singoli casi concreti con i quali il giudice si deve confrontare».

⁶⁴ Cass., sez. V, sent. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, Pres. Miccoli, Rel. de Gregorio.

⁶⁵ Per un approfondimento si veda, F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2018.



COMMENTI

Recenti sviluppi della giurisprudenza europea su meccanismi di supporto della produzione di energia da fonti rinnovabili e disciplina europea degli aiuti di Stato

di Francesco Maria Salerno e Federico Macchi *

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 13 SETTEMBRE 2017, C-329/15, ENEA S.A. C. PREZES URZĘDU REGULACJI ENERGETYKI

«L'articolo 107, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che una misura nazionale che impone ad alcune società sia private che pubbliche un obbligo di acquisto di energia elettrica derivante dalla cogenerazione, senza prevedere alcuna misura di compensazione degli oneri per l'acquisto, non costituisce un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali».

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Breve *excursus* dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di risorse statali e sistemi di incentivazione alle fonti rinnovabili. – 3. Fatti e sintesi del ragionamento della Corte di Giustizia. – 4. Commento. – 5. Conclusioni: ENEA e gli aiuti di Stato alle rinnovabili.

1. Introduzione

La sentenza in commento riannoda i fili della giurisprudenza *Preussen Elektra* del 2001¹, nella quale la Corte aveva escluso la presenza di risorse statali nel caso di sistemi incentivanti l'energia derivante da fonti rinnovabili basati su obblighi di acquisto di siffatta energia, e, dopo un florilegio di pronunce, tutte di segno opposto (ossia orientate nel senso di ritenere presenti le risorse statali con riferimento a praticamente tutti i sistemi di incentivazione delle rinnovabili presenti in Europa), costituisce un'inversione di tendenza.

L'iter argomentativo che ha condotto la Corte (in accordo con l'AG, ma non con la Commissione)² a escludere la presenza di risorse statali nel meccanismo polacco di incentivazione delle fonti di energia non è del tutto agevole, di modo che non è chiaro se si possa definire questa sentenza come l'incipit di un orientamento restrittivo nell'applicazione del diritto degli aiuti di Stato ai sistemi di incentivazione. Questo commento non si prefigge di sciogliere questo com-

* Gli autori tengono a ringraziare il Dott. Lorenzo Botta, che ha collaborato attivamente alla stesura di questa nota.

¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 marzo 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98.

² Conclusioni dell'Avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard ØE presentate il 22 marzo 2017, nella Causa C-329/15, *ENEA c. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki*, par. 92.

plesso interrogativo, ma mira più semplicemente a fornire gli strumenti ermeneutici per situare la sentenza in commento nell'evoluzione giurisprudenziale in materia di risorse statali e sistemi di incentivazione alle fonti rinnovabili.

Ciò premesso, la presente nota è strutturata come segue. Innanzitutto, riportiamo un breve *excursus* dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di aiuti di Stato, risorse statali e sistemi di incentivazione alle fonti rinnovabili (§ 2), seguito da un riassunto dei fatti e del ragionamento in punto di diritto della Corte nella sentenza ENEA (§ 3). Successivamente, offriamo un commento della sentenza alla luce della precedente giurisprudenza (§ 4). Infine, formuliamo alcune considerazioni conclusive sulla possibile portata della sentenza nel panorama delle prospettive del settore dell'energia rinnovabile (§ 5).

2. Breve *excursus* dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di risorse statali e sistemi di incentivazione alle fonti rinnovabili

La qualifica di «aiuto di Stato» di una misura nazionale ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE presuppone la presenza simultanea di quattro elementi: (i) la misura deve impegnare risorse statali, (ii) deve potenzialmente incidere sugli scambi tra gli Stati membri, (iii) concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario e (iv) falsare almeno potenzialmente la concorrenza. Nel valutare se un meccanismo di incentivazione alle fonti rinnovabili rientri nella fattispecie di aiuto, in genere l'analisi si appunta sulla presenza o meno di risorse statali.

Nella citata sentenza *Preussen Elektra*, la Corte di Giustizia aveva esaminato il meccanismo tedesco di incentivazione, basato su un obbligo imposto a società elettriche sia pubbliche che private di acquistare a prezzi minimi prefissati l'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili. Secondo la Corte, tale obbligo non costituiva un aiuto di Stato perché le società adempivano all'obbligo con l'utilizzo di risorse finanziarie proprie.

Per apprezzare appieno il legame con la sentenza in commento, va rilevato che nel caso *Preussen Elektra* la maggioranza delle società obbligate era privata. La Corte a quel tempo non diede peso a tale circostanza nel suo iter argomentativo. Tuttavia, alcuni interpreti si domandarono già all'epoca se la sentenza avrebbe avuto un esito diverso, qualora la maggioranza degli obbligati fosse stata rappresentata da imprese in mano pubblica³.

³ Cfr. E.C. MAQUEDA-G. CONTE, *The concept of State Aid, State resources and imputability*, in *EU Competition Law, State Aid*, I, Claeys & Casteels, 2016, 219, par. 2.102 ss. (“Another question which is left open by *PreussenElektra* is what would have happened if in the same situation the undertakings charged with the obligation to purchase green electricity at minimum price had been public undertakings. As clarified in *Stardust Marine* resources of public undertakings are State resources. Apparently the Court itself attached importance to that circumstance in that it asked the German government to clarify the ownership structure of the undertakings required to purchase green electricity. At first sight the answer would seem to be that when the undertakings required to make the payments are public, the same measure examined in *Preussen Elektra* would constitute State aid. Such reasoning would lead to odd results, since some producers of green electricity would receive aid while others would not, and could be regarded as discriminatory. Another possible answer could be to consider that if the majority or a significant proportion of undertakings required to purchase green electricity are public, the scheme as a whole would be State aid”). Si vedano inoltre sul punto T. ILIOPOULOS, *Is ENEA The New PreussenElektra?*, *ESTAL* 1, Lexxion, 2018, p. 23; L. HANCHER, *Case C-482/99, French Republic v. Commission (“Stardust Marine”), judgment of the full court of 16 May 2002, 2003*, in *Common*

Sul punto prese posizione la Commissione: chiamata a decidere sul sistema tedesco, appena dopo la sentenza *Preussen Elektra*, rilevò che “la legge in discussione non opera distinzioni tra operatori di rete elettrica privati e pubblici”, traendone la conseguenza che “le conclusioni della Corte di giustizia si applicano in questo caso a tutte le società indipendentemente dalla loro proprietà” (enfasi aggiunta – traduzione dall’originale in tedesco)⁴. In altre parole, per la Commissione l’elemento determinante per escludere la presenza di risorse statali era la natura generale dell’obbligo di acquisto. L’assetto proprietario degli obbligati (imprese pubbliche o private) era irrilevante.

Negli anni successivi alla sentenza *Preussen Elektra*, mentre fiorivano i sistemi di incentivo alla produzione di energia da fonti rinnovabili, diventava sempre più chiaro che era impossibile addossarne il costo alle imprese private. Nacquero così una serie di sistemi volti a “pubblicizzare” l’onere degli incentivi, tramite prelievi sulla collettività, in genere collegati al consumo di energia. In vari Stati Membri, vennero designati vari enti pubblici e/o privati per la gestione dei flussi finanziari collegati con il gettito di tali prelievi.

In tale contesto maturano una serie di rinvii pregiudiziali che pongono alla Corte di Giustizia di nuovo la questione della presenza o meno di risorse statali in vari meccanismi incentivanti. Dalla sentenza *Essent Netwerk* a quella *Vent de Colère*, la Corte ha sempre di più preso le distanze dalla sentenza *Preussen Elektra* e concluso per la presenza di risorse statali nei meccanismi incentivanti analizzati, sottolineandone sistematicamente la differenza con la situazione analizzata nel caso tedesco⁵. Ne è risultato un orientamento a det-

Market Law Review, 40, 3, pp. 739-751; C. KOENIG-J. KÜHLING, *EC control of aid granted through State resources*, *EStAL* 1, Lexxion, 2002, pp. 7-18.

⁴ Commissione Europea, Decisione del 22 maggio 2002 sulla Legge sulla promozione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili della Germania del 1° aprile 2000, NN 27/2000, par. 4 (“Die Kommission stellt fest, dass der Vorteil für die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energiequellen aus der Abnahmeverpflichtung bei einer festgelegten Mindestvergütung herrührt, welche die Marktteilnehmer einander direkt aus eigenen Mitteln zahlen, ohne dass dies über einen staatlich verwalteten Fonds oder ein staatliches Konto läuft. Der Europäische Gerichtshof hat am 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra AG gegen Schleswig AG* über eine ähnliche Regelung (der Vorläuferregelung des EEG) entschieden, dass es sich bei einer Abnahmeverpflichtung zu Mindestpreisen von privaten Elektrizitätsversorgungsunternehmen nicht um staatliche Mittel handelt. Die Kommission stellt fest, dass das zur Diskussion stehende Gesetz ohne Unterschied für private wie für öffentliche Netzbetreiber und Elektrizitätsversorgungsunternehmen gilt. Nach Auffassung der Kommission lassen sich die Schlussfolgerungen des Gerichtshofs im vorliegenden Fall auf alle Unternehmen ausdehnen, die zur Abnahme und Vergütung verpflichtet sind, unabhängig von ihren Eigentumsverhältnissen. Dies scheint durch den allgemeinen Charakter des Gesetzes gerechtfertigt, der zeigt, dass es nicht darauf abzielt, speziell mit Mitteln öffentlich-rechtlicher Unternehmen die Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen zu fördern. Dies wird durch die Tatsache gestützt, dass die Übertragungsnetze zur Zeit fast ausschließlich von Privatunternehmen betrieben werden. Auf anderen Ebenen der Ausgleichsregelung ist eine Vielzahl privater und öffentlicher Betreiber”).

⁵ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 2008, *Essent Netwerk Noord B.V.*, C-206/06, in cui la Corte ha considerato soddisfatto il requisito dell’impiego di risorse pubbliche perché gli operatori privati, sottoposti all’obbligo di acquisto, erano compensati tramite l’utilizzo di fondi derivanti da un sovrapprezzo pagato dai consumatori. Nella Sentenza del 19 dicembre 2013, *Association Vent de Colère! Fédération nationale*, C-262/10, la Corte ha ritenuto che un meccanismo di compensazione integrale dei costi supplementari imposti a talune imprese in conseguenza di un obbligo di acquisto di energia elettrica di origine eolica, finanziato attraverso l’aumento in bolletta per i consumatori finali di energia, costituisce un aiuto di Stato in quanto concesso con risorse pubbliche. Tale meccanismo prevedeva che le imprese soggette all’obbligo di acquisto conservassero i contributi riscossi presso i consumatori finali fino alla copertura dei costi supplementari. Si veda sul caso la nota: S.C. DE UGARTE-D. RAT, *Beyond Preussen Elektra? - EU State Aid and the Promotion of Renewable Energy*, *ENLR* 2, Lexxion, 2014, 253-259. Cfr. anche sentenza del

ta di molti espansivo nell'applicazione della nozione di aiuto⁶, tendenza culminata nella sentenza *Germania c. Commissione* del 10 maggio 2016, in cui il Tribunale dell'UE ha confermato la decisione della Commissione in cui aveva analizzato nuovamente il meccanismo tedesco di incentivazione e, in forza delle modifiche *medio tempore* intervenute, aveva rilevato che tale meccanismo impegnava risorse statali e costituiva dunque un aiuto⁷.

Prima di chiudere questo breve excursus, occorre ricordare un altro filone giurisprudenziale a cui la sentenza in commento si ricollega, filone maturato sotto ben altro clima.

Nel maggio 2002, infatti, la Corte rendeva la sua sentenza sui finanziamenti concessi a un'impresa privata (*Stardust Marine*) da un'altra impresa formalmente privata (il *Crédit Lyonnais* e le sue filiali), il cui capitale, tuttavia, era detenuto in maggioranza dallo Stato francese e che quest'ultimo – a detta del giudice europeo – utilizzava come proprio braccio finanziario⁸. In quel caso, a differenza dei sistemi di incentivazione, la concessione dei finanziamenti non derivava da un atto normativo, ma da un intervento ad hoc dello Stato azionista. Tale *modus operandi* poneva un serio limite all'effettività del diritto degli aiuti di Stato. Si elaborò allora il test dell'imputabilità di una misura al fine di determinare se, mediante l'esercizio da parte dello Stato del potere di controllo attribuitogli dal proprio status di azionista di maggioranza di un'impresa privata, lo Stato ne orientasse l'utilizzazione delle risorse per finanziare, se del caso, vantaggi specifici a favore di altre imprese⁹. In caso affermativo, si poteva dire che l'intervento fosse imputabile allo Stato, con la conseguenza che le risorse dell'impresa controllata dallo Stato venivano considerate "risorse statali" agli effetti dell'art. 107 del TFUE. Questa costruzione trovava la sua spiegazione del pericolo di evasione che si temeva potesse sorgere quando lo Stato agiva come azionista di maggioranza o addirittura unico.

Successivamente alla sentenza *Stardust*, è diventata una prassi normale analizzare una misura statale sotto il profilo dell'imputabilità e della presenza di risorse statali, considerati come requisiti cumulativi. Nella stragrande maggioranza dei casi che riguardano sistemi di incentivazione alle fonti rinnovabili, il test di imputabilità è facilmente soddisfatto, in quanto tali misure emanano da atti normativi e non dall'esercizio dell'influenza dello Stato come azionista di controllo. La questione, dunque, è spesso quella di sapere su chi ricade il costo della misura, in quanto se la misura implica un onere per lo Stato, allora

11 dicembre 2014, *Austria c. Commissione Europea*, T-251/11, parr. 58-75; sentenza del 11 febbraio 2009, *Iride e Iride Energia c. Commissione Europea*, T-25/07, par. 5 ss.

⁶ *Ex multis*, cfr. A. GIRAUD, *Vents De Colère! – Testing the Limits of PreussenElektra*, EStAL, 2, Lexxion, 2014, 348.

⁷ Cfr. sentenza del Tribunale del 10 maggio 2016, T-47/15, par. 93-103, appellata e ancora pendente nel Caso C-405/16 P *Germania c. Commissione Europea*.

⁸ Sentenza della Corte di Giustizia 16 maggio 2002, *Stardust Marine*, C-482/99. Per un commento, cfr. L. HANCHER, *Case C-482/99, French Republic v. Commission ("Stardust Marine")*, judgment of the full court of 16 May 2002, 2003, in *Common Market Law Review*, 40, 3, pp. 739-751; cfr. anche C. KOENIG-J. KÜHLING, *EC control of aid granted through State resources*, EStAL, 1, Lexxion, 2002, pp. 7-18.

⁹ In particolare, gli indizi del test *Stardust* sono: l'integrazione dell'impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica; la natura delle sue attività e il loro esercizio sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati; lo status giuridico dell'impresa, e conseguentemente la sua soggezione al diritto pubblico o al diritto comune delle società; l'intensità della tutela esercitata dalle Autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa; la circostanza che l'impresa in questione non potesse adottare la decisione contestata senza tenere conto delle esigenze dei pubblici poteri (*Stardust Marine*, par. 56).

essa mobilita risorse statali. In caso contrario, si ricade in una situazione à la *Preussen Elektra*.

Diversamente da tale tendenza, la sentenza in commento, pur affermando chiaramente che la misura portata all'oggetto del suo esame è imputabile allo Stato in quanto emanante da una norma di regolazione, ha nondimeno applicato i criteri della giurisprudenza *Stardust*. Nei paragrafi che seguono si tratterà di illustrare meglio tale impostazione e di suggerirne alcune linee di interpretazione, in particolare al fine di dedurre se la Corte ha inaugurato o meno una tendenza restrittiva nell'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, dopo molti anni di applicazione in apparenza espansiva.

3. Fatti e sintesi del ragionamento della Corte di Giustizia

Tra il 2003 e il 2007, la legge sull'energia polacca prevedeva un regime di sostegno alla produzione di energia derivante da cogenerazione¹⁰, sotto forma di un obbligo di acquisto di tale energia in capo ai fornitori-intermediari¹¹. In particolare, il Ministero dell'Economia e del Lavoro determinava la percentuale di energia proveniente dalla cogenerazione da acquistare in base al totale dell'energia elettrica venduta dalle singole società.

Il prezzo di acquisto era rimesso alla libera contrattazione delle parti, ma il prezzo di rivendita dell'energia ai clienti finali era soggetto a regolazione. In particolare, il presidente dell'Ufficio di regolamentazione dell'energia (*Urzędu Regulacji Energetyki*, in prosieguo "URE") nell'approvazione della tariffa, calcolava il prezzo massimo di vendita dell'energia elettrica agli utenti finali in base ad un livello di prezzo dell'energia derivante da cogenerazione che riteneva costituisse un costo ragionevole. Di conseguenza, rimaneva pur sempre il rischio che la tariffa non coprisse il costo dell'acquisizione obbligatoria di energia da co-generazione, o quantomeno che si generasse una compressione dei margini di guadagno. In questi casi, l'ordinamento polacco non prevedeva alcun meccanismo di intervento o compensazione a favore dell'acquirente obbligato. Pertanto, l'eventuale onere non ricadeva né sulle finanze pubbliche né sui consumatori finali, bensì sul bilancio delle società obbligate *ex lege* all'acquisto.

ENEA S.A. è una società detenuta al 100% dallo Stato polacco che produce e vende energia elettrica. Nel 2008, l'URE infliggeva una sanzione pecuniaria ad ENEA per aver violato il suddetto obbligo di approvvigionamento di energia co-generata per l'anno 2006¹². Contro tale decisione, ENEA insorgeva avanti alla giurisdizione nazionale. I giudici di primo e secondo grado respingevano tuttavia il ricorso. La Società proponeva quindi ricorso per Cassazione, sostenendo che l'obbligo di acquisto di energia elettrica derivante dalla

¹⁰ L'energia da cogenerazione è prodotta da impianti alimentati da una fonte di energia primaria (tra cui metano, biodiesel e biomasse), nei quali si recupera l'energia termica, normalmente dispersa in un impianto classico, sotto forma di acqua calda e vapore prodotti dalla combustione della fonte energetica primaria.

¹¹ Art. 9a, par. 8 della Legge polacca sull'energia del 10 aprile 1997.

¹² In particolare, nel 2006, ENEA aveva acquistato il 14,596% di energia derivante da cogenerazione mentre la quantità minima era stata fissata al 15%. La stessa ENEA ammetteva di aver rifiutato molte offerte di vendita di energia derivante da cogenerazione perché il prezzo era dal 46% al 75,6% superiore al prezzo medio di mercato dell'energia elettrica.

cogenerazione costituiva un aiuto di Stato illegittimo, in quanto non notificato alla Commissione. Il giudice di Cassazione decideva di rinviare la causa alla Corte di Giustizia poiché riteneva soddisfatte tutte le condizioni di cui all'art. 107 TFUE, ma nutriva dubbi sulla sussistenza di un intervento mediante risorse statali.

In risposta a tale quesito, la Corte di Giustizia – con la sentenza oggetto del commento – ha statuito che l'obbligo di acquisto imposto a ENEA non costituisce un aiuto di Stato perché non è frutto di un intervento mediante risorse dello Stato. In particolare, dopo aver richiamato che una misura si qualifica come aiuto se (i) è concessa tramite risorse statali ed (ii) è imputabile allo Stato (si tratta di condizioni cumulative), la sentenza conclude innanzitutto che la misura dalla quale scaturisce l'obbligo di acquisto, nel caso di specie, è imputabile allo Stato perché si tratta di una legge dello Stato¹³. La sentenza procede poi a verificare se le risorse siano qualificabili come statali. In tale ambito, la Corte, nel solco della citata sentenza *Preussen Elektra*¹⁴, afferma che, in assenza di un meccanismo di compensazione, le società elettriche non stavano gestendo risorse dello Stato, ma erano obbligate all'acquisto con risorse proprie. In effetti, secondo la Corte il costo connesso con l'obbligo di acquisto dell'energia da cogenerazione rimaneva in capo alle imprese obbligate.

L'elemento che suscita attenzione è l'analisi svolta dalla sentenza sulla situazione proprietaria della ENEA che, alla luce dei criteri tradizionali, doveva risultare del tutto irrilevante.

Infatti, dapprima la Corte osserva, piuttosto laconicamente, che la *“misura deve essere considerata imputabile allo Stato”*, perché istituita con una legge dello Stato¹⁵; poi, però, sembra tornare sulla questione dell'imputabilità, interrogandosi sulla possibilità che le risorse siano comunque da considerarsi statali, data la partecipazione pubblica di ENEA. E, nel compiere tale valutazione la Corte si riferisce esplicitamente alla giurisprudenza *Stardust*¹⁶. Alla fine, la Corte afferma che *“contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, l'imputabilità della misura allo Stato membro di cui trattasi ... non consente di desumere che sussista un'influenza dominante di tale Stato nell'ambito di una società di cui esso è l'azionista di maggioranza ai sensi della sentenza del 16 maggio 2002, Francia/Commissione (C-482/99, EU:C:2002:294, punti 38 e 39). Nessun elemento in tal senso può infatti essere dedotto per quanto riguarda l'azione dello Stato nella sua qualità di azionista maggioritario nell'ambito di una società a partire dall'intervento di quest'ultimo nella sua qualità di legislatore”*¹⁷.

Dato che di norma si dà un'alternativa netta tra situazioni in cui una misura origina da una normativa di portata generale e situazioni in cui la misura origina dal comportamento di una singola impresa in mano allo Stato e dato che nel caso polacco si trattava di una misura normativa, come anche rilevato dall'AG, il ragionamento elaborato dalla Corte nella sentenza *Stardust Marine* era semplicemente inapplicabile¹⁸.

¹³ Sentenza ENEA, par. 21-22.

¹⁴ Sentenza ENEA, par. 23-26 e 30.

¹⁵ Sentenza ENEA, par. 22.

¹⁶ Sentenza ENEA, par. 31, ma v. anche par. 25-34-35.

¹⁷ Sentenza ENEA, par. 35.

¹⁸ Cfr. conclusioni AG ENEA, parr. 80, 95 e 103.

4. Commento

La sentenza (alquanto breve) non illustra per quale motivo la Corte abbia sentito il bisogno di tornare sul tema dell'imputabilità, utilizzando i parametri della sentenza *Stardust*, che dovevano essere inapplicabili, posto che la misura era di origine normativa.

Tuttavia, si deve ricordare che la sentenza *Preussen Elektra* aveva pur sempre lasciato una lacuna, omettendo di analizzare se per escludere la riconducibilità di una misura alla categoria degli aiuti di Stato uno Stato membro non potesse impegnare risorse statali agendo come azionista di maggioranza e orientando in questo modo tali aziende verso l'acquisto di energia da fonti rinnovabili a prezzi favorevoli per i produttori. Dietro la facciata di obblighi formalmente *erga omnes*, gli Stati Membri potrebbero infatti appropriarsi delle risorse delle società che essi controllano per indirizzarne le risorse verso l'acquisto di energia da fonti rinnovabili a prezzi vantaggiosi per i produttori. In quest'ottica, la sentenza *ENEA* sarebbe piuttosto nel solco della giurisprudenza c.d. espansiva sulla nozione di aiuto di Stato, in quanto, nel caso in cui (i) la misura incentivante è imputabile allo Stato per via regolamentare, (ii) il costo della misura rimane sulle imprese obbligate, e purtuttavia (iii) la maggioranza delle imprese obbligate è in mano pubblica, si rende necessario verificare ulteriormente se lo Stato non si sia "appropriato" delle risorse delle imprese che controlla dato che, in questo caso, sarebbe comunque integrato il requisito delle risorse statali.

Rimane da domandarsi se il tentativo di combattere un tentativo di evasione dalla disciplina in tema di aiuti mediante un test così articolato sia veramente efficace. A parere di chi scrive, l'applicazione della sentenza *Stardust* nei termini previsti dalla sentenza *ENEA* potrebbe avere una serie di controindicazioni.

In primo luogo, sembrerebbe che l'esistenza di una legge non sia più un elemento sufficiente ad attribuire una misura allo Stato. In questo modo si svaluta la fonte normativa come criterio di imputazione.

In secondo luogo, è lecito interrogarsi sull'efficacia pratica di un test *Stardust* nel contesto di un obbligo normativamente imposto. La dirigenza della società potrebbe sempre limitarsi ad affermare di agire in adempimento di un obbligo imposto a tutti dalla legge, respingendo al mittente qualsiasi tentativo di sostenere che la misura sia imputabile allo Stato-azionista. In questo modo, si vanificherebbe la portata anti-elusiva del "doppio test".

Infine, si finirebbe per dare una lettura distorta dello stesso test *Stardust*, utilizzandolo per determinare la presenza o meno di risorse statali. In definitiva, come rimarca anche l'AG, si tratterebbe di "*una lettura formalistica e selettiva [della sentenza Stardust] consistente nell'estrapolazione di taluni punti di detta sentenza senza tener conto né della fattispecie sottoposta in tale causa al giudizio della Corte, né del ragionamento sviluppato da quest'ultima nel seguito della sentenza*"¹⁹.

¹⁹ Conclusioni AG ENEA, par. 92.

5. Conclusioni: ENEA e gli aiuti di Stato alle rinnovabili

Per quanto riguarda la rilevanza della sentenza in commento nel quadro dei meccanismi di incentivazione alle rinnovabili, si potrebbe concludere con la stessa constatazione dell'eroe di Virgilio davanti alle rovine fumanti della sua patria: troppo tardi. Dato il massiccio bisogno di contributi statali per la transizione energetica, infatti, oramai è difficile pensare che i meccanismi incentivanti delle energie rinnovabili si reggano puramente sulle risorse private. Lo conferma la stessa traiettoria del meccanismo polacco. Infatti, non va dimenticato che la fattispecie portata all'attenzione della Corte pecca di un certo grado di obsolescenza: si trattava infatti del meccanismo in vigore nel 2006, ossia pre-Direttiva 2009/28 e pre-target obbligatori²⁰. Dopo un lungo periodo di pre-notifica (iniziato nel 2013), la Polonia ha notificato alla Commissione come aiuto di Stato un meccanismo di incentivazione delle energie rinnovabili basato su obbligo di acquisto di titoli che rappresentano energia verde immessa in rete. Con decisione del 2 agosto 2016, la Commissione ha accertato l'esistenza di un aiuto di Stato e ne ha dichiarato la conformità con l'art. 107, paragrafo 3 TFUE²¹. Successivamente, la Polonia ha ulteriormente adito la Commissione con la notifica di una misura che sostituisce parzialmente la precedente, misura anch'essa autorizzata come aiuto di Stato²².

Per quanto riguarda la rilevanza della sentenza nell'evoluzione dell'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, la sentenza presenta vari profili di ambiguità. Alcuni commentatori hanno infatti rimproverato alla Corte un'eccessiva dose di formalismo, ritenendo che erroneamente si fosse esclusa l'esistenza di un aiuto²³. Non c'è dubbio che, basandosi sull'esito, si dovrebbe osservare che si tratta di un caso in cui è stata esclusa la presenza di risorse statali e, di conseguenza, si è esclusa la presenza di un aiuto, dopo una serie ininterrotta di pronunce di segno contrario. Tuttavia, a parere di chi scrive, per raggiungere questo risultato la Corte non avrebbe avuto bisogno di scomodare il test *Stardust* per analizzare se in concreto lo Stato aveva utilizzato la sua influenza dominante come azionista di maggioranza. L'esperimento di questo ulteriore livello di analisi potrebbe significare che, in circostanze simili, escludere l'esistenza di risorse statali sia diventato più arduo e complesso, non più semplice.

²⁰ Cfr. Direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE. Tale direttiva fissa obiettivi nazionali vincolanti per tutti i paesi dell'UE, allo scopo di portare la quota di energia da fonti energetiche rinnovabili al 20% di tutta l'energia dell'UE entro il 2020.

²¹ Cfr. Commissione Europea, Decisione del 2 agosto 2016 sul sistema polacco di certificati di origine dei supporti alle rinnovabili e alla riduzione dell'onere derivante dall'obbligazione di dotarsi di certificati di origine rinnovabile in capo agli utilizzatori intensivi di energia, SA.37345.

²² Cfr. Commissione Europea, Decisione del 13 dicembre 2017 sullo schema polacco di supporto alle fonti di energia rinnovabili e sgravio per gli utilizzatori intensivi di energia, SA.43697.

²³ Cfr. A. GIRAUD-S. PETIT, *The ENEA Judgment: A Formalistic Interpretation of Transfer of State Resources*, EStAL 2, Lexxion, 2018, pp. 305-310. Cfr anche T. ILIOPOULOS, *Is ENEA The New PreussenElektra?*, EStAL, 1, Lexxion, 2018, pp. 19-27.