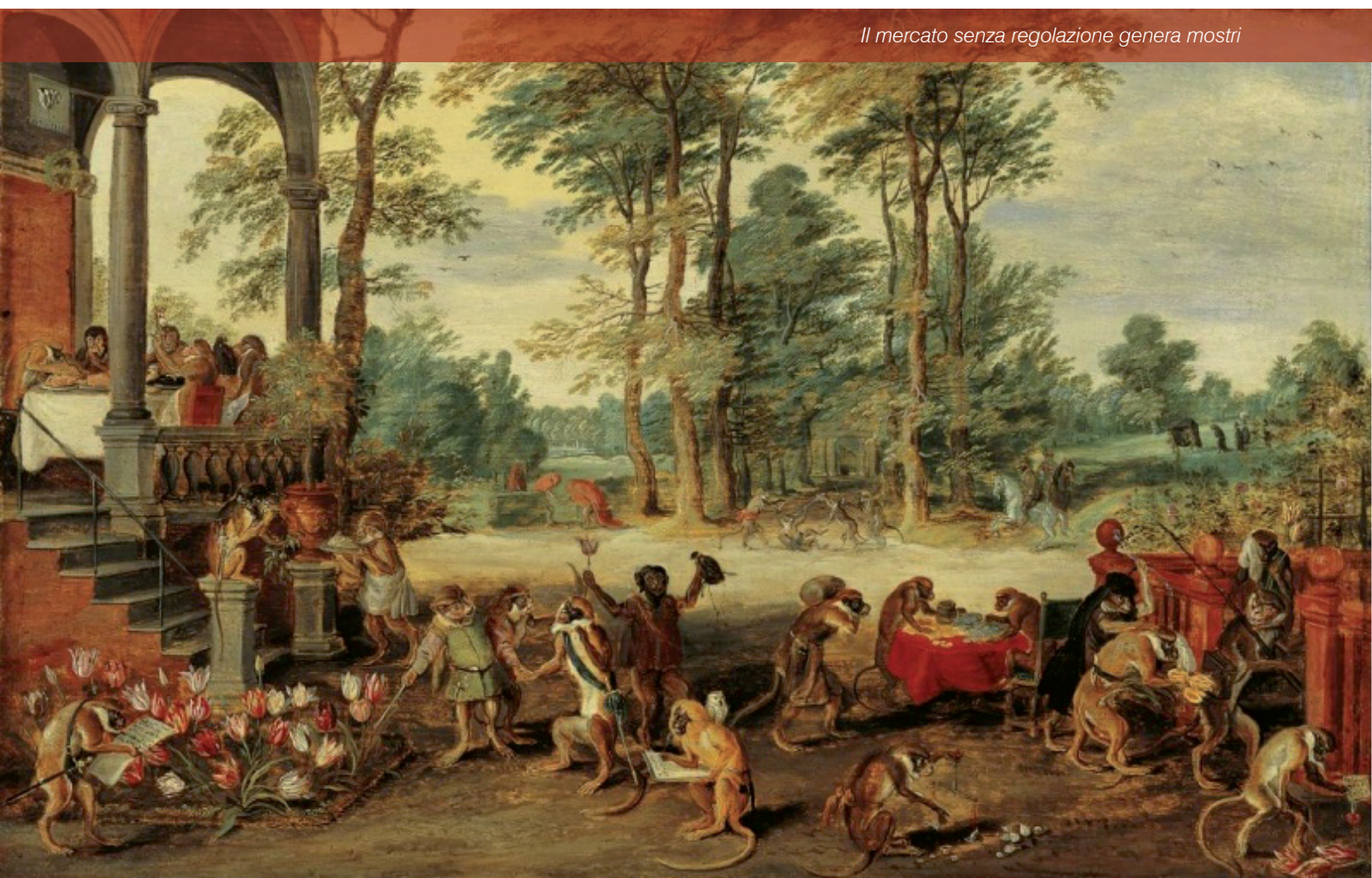


RIVISTA DELLA

Regolazione dei **mercati**

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2022

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

Direttori

Laura Ammannati
Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile
Margherita Ramajoli

Comitato direttivo

C. Buzzacchi, E. Chiti, M. Clarich,
U. Filotto, D. Gallo, F. Ghezzi,
B. Marchetti, M. Passalacqua,
C. Scarpa, C. Schepisi, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno, C. Barbatì,
Luigi A. Bianchi, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella, S. Cassese,
R. Cavallo Perin, G. Della Cananea,
G. De Nova, D. de Pretis, E. Ferrari,
G.F. Ferrari, M. Libertini, M. Maresca,
G. Morbidelli, G. Napolitano, G. Olivieri,
M. Orlandi, A. Pericu, G. Pericu,
A. Police, G.M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Scarpelli, F. Sclafani,
M. Sica, M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

L. Belviso, A. Candido, V. Gioffré,
S. Lucattini, A. Marra (coordinatore)

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

Editoriale

La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina
di Eugenio Bruti Liberati

3

SAGGI

Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima
di Filippo Donati

13

Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni
di Margherita Ramajoli

25

L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato
di Bruno Tonoletti

37

Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo
di Dario Simeoli

47

Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata
di Andrea Magliari

88

Co-investimento, Wholesale-only e "Rete unica": un'analisi dei nuovi modelli regolatori e di mercato nelle Telecomunicazioni
di Antonio Manganelli

127

I consumi degli utenti finali del servizio idrico tra regolazione tariffaria e scienze comportamentali
di Gianluca Cavalieri

178

Note sulle regolazioni delle transizioni "economiche"
di Sandro Amorosino

198

COMMENTI

La regolazione pubblica del Terzo settore tra Stato, mercato e formazioni sociali
di Marcello Clarich

210

Illegittima conformazione del potere regolatorio in materia tariffaria ed effetti dell'annullamento giurisdizionale
di Simone Rodolfo Maserà

218

La disciplina degli e-money tokens tra proposta di Regolamento MiCA e normativa sui servizi di pagamento. Problematiche regolatorie e possibili soluzioni

239

di Francesco Ciraolo

Sull'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia alla luce del caso Lexitor 266
di Diletta Aliotta

Le sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria in tema di concessioni demaniali marittime: a proposito di un fatto di "brutta normazione giurisprudenziale" 292
di Alessandro Squazzoni

Facebook è un monopolio? Spunti di riflessione a partire dal caso FTC v. Facebook 338
di Anna Licastro

La responsabilizzazione degli operatori digitali a contrasto del value gap: la direttiva copyright e le scelte dell'Italia 366
di Maria Giusti

RECENSIONI

L. Floridi, Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide, Raffaello Cortina Editore, 2022, p. 384 400
di Laura Ammannati

PAPER

Il «Fit for 55» unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea 409
di Gianluca Cavalieri, Benedetta Celati, Simone Franca, Marta Gandiglio, Anna Rita Germani, Andrea Giorgi, Gianluca Scarano



EDITORIALE

La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina

The European Decarbonization Strategy and the new Paradigm of Market Regulation in the face of Ukrainian Emergency

di **Eugenio Bruti Liberati** *

SOMMARIO: 1. Green Deal europeo ed emergenza ucraina. – 2. Una strategia di decarbonizzazione e un modello di disciplina dei mercati (parzialmente) nuovi. – 3. Ostacoli, dubbi e conferme.

1. Green Deal europeo ed emergenza ucraina

Quanto meno a partire dal 2019 – dalla Comunicazione sul Green Deal europeo dell'11 dicembre di quell'anno – la Commissione europea ha impresso una significativa accelerazione alle sue politiche di contrasto al cambiamento climatico.

Pur continuando a muoversi all'interno del controverso paradigma della crescita sostenibile, e dunque senza mettere in discussione l'assunto da molti criticato di una possibile conciliazione tra obiettivi di decarbonizzazione e sviluppo economico¹, la Commissione ha apportato alla sua strategia alcuni cambiamenti rilevanti, volti non soltanto ad incrementarne l'incisività ma anche a ridefinirne la portata rispetto ai più complessivi equilibri sociali ed economici determinati dalla disciplina pubblica dei mercati².

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche Economiche e Sociali, Università del Piemonte Orientale.

¹ Per tali critiche v., tra gli altri, S. LATOUCHE, *Le pari de la décroissance*, Fayard, Paris, 2006; ID., *Il paradosso dell'economia ecologica e lo sviluppo sostenibile come ossimoro*, in <http://www.edscuola.it/archivio/interlinea/paradosso.html>; D. TANURO, *L'impossibile capitalismo verde. Il riscaldamento climatico e le ragioni dell'eco-socialismo*, Edizioni Alegre, Roma, 2011. V. anche G. MONTEDORO, *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in cammino*, 2009. Per un'analisi di tali posizioni v. M. CAFAGNO, *Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 105 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 155 ss.; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Diritto dell'economia*, 2019, p. 493 ss.; A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *RQDA*, 2020, 32 ss.

² V. al riguardo E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of EU: the European Green*

Nel corso del 2021 il disegno delineato dalla Comunicazione sul Green Deal europeo è venuto consolidandosi e precisandosi, da un lato con l'approvazione del Regolamento UE 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, recante la Normativa europea sul clima, che ha codificato sul piano legislativo gli obiettivi europei di riduzione e poi azzeramento delle emissioni nette di anidride carbonica³; dall'altro, con la presentazione di un complesso e articolato Pacchetto di proposte normative – costituito anzitutto, ma non solo, dal c.d. Fit for 55, pubblicato nel luglio 2021⁴ –, che hanno specificato sia gli obiettivi più puntuali da realizzare sia gli strumenti da utilizzare nei diversi ambiti di intervento.

In questi primi mesi del 2022, mentre sulle proposte della Commissione si è avviato il dibattito istituzionale con il Parlamento europeo e con il Consiglio, le stesse sono state fatte oggetto, oltre che di valutazioni positive, anche di critiche severe, sia da parte di chi ne ha contestato l'insufficiente radicalità e l'inclinazione eccessivamente compromissoria, sia da parte di chi, al contrario, ne ha lamentato la carica "disruptive" rispetto ai settori produttivi più direttamente interessati⁵.

In questo contesto, l'emergenza determinata dalla guerra in Ucraina ha ovviamente acuito e reso più pressanti e drammatici i nodi problematici sottesi alle politiche di decarbonizzazione: non solo per l'ovvia rilevanza della questione energetica, notoriamente al centro di quelle politiche e ora fortemente condizionata dalle sanzioni comminate (anche) dai Paesi europei alla Russia e dalla reazione della stessa, ma anche perché il mutamento intervenuto nello scenario geo-politico ed economico complessivo ha – o rischia di avere – conseguenze importanti anche sul piano della concreta attuabilità della strategia definita dalla Commissione.

Critiche e richieste di modifica di quella strategia – in senso più o, viceversa, meno radicale – si sono quindi fatte più accese, tanto sul versante di coloro che ritengono prioritario reagire alla crisi ucraina e al rischio recessivo che essa comporta con politiche preordinate innanzitutto alla crescita (e non tanto alla sostenibilità della medesima), quanto su quello di chi all'opposto sostiene la necessità di un intervento più dirompente e strutturale e comunque meno gradualistico.

Di fronte a queste critiche e richieste, e anche sotto la pressante esigenza di incanalare in un alveo comune la reazione degli Stati membri alle manife-

Deal as a Regulatory Process, in *Common Market Law Review*, 2022, 59, p. 19 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Le politiche di decarbonizzazione e i loro riflessi sulla costituzione economica e sulla governance europea e nazionale*, in *Diritto Pubblico*, 2021, 2, p. 415 ss.

³ È noto che il Regolamento 2021/1119, datato 30 giugno 2021, ha fissato per il 2030 l'obiettivo di ridurre le emissioni del 55% rispetto ai livelli del 1990 e per il 2050 ("al più tardi per il 2050") l'obiettivo di ottenere un azzeramento del bilancio emissivo netto dell'Unione.

⁴ Sul Pacchetto Fit for 55, presentato in data 14 luglio e che conteneva 13 proposte normative, v. in questo fascicolo il Paper *"Il 'Fit for 55' unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea"*, a cura di B. CELATA-G. CAVALIERI-S. FRANCA-M. GANDIGLIO-A. GERMANI-A. GIORGI-G. SCARANO.

⁵ Emblematiche di questo secondo ordine di critiche sono state, in Italia e in altri Paesi, quelle rivolte alla proposta di applicare il meccanismo dell'*Emission Trade System* al settore automobilistico e di prevedere in linea generale per tale settore il bando dei combustibili fossili a partire dal 2035. Sulle misure "disruptive" e sulla loro inevitabile necessità per realizzare la transizione ecologica v., tra gli altri, D. RODRIK, *Green industrial policy*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2014, 469 ss.; J.J. MONAST, *The ends and means of decarbonization: the Green New Deal in context*, in *Environmental Law*, 2020, 21 ss.

stazioni più immediate ed evidenti della crisi (a cominciare dall'innalzamento quasi incontrollato dei prezzi dell'energia), la Commissione europea ha scelto invece di confermare nella sostanza la sua linea di azione, solo disponendo l'accelerazione di alcune misure già previste – in particolare, di quelle inerenti allo sviluppo delle fonti rinnovabili di energia e all'efficientamento energetico –, e promuovendo la diversificazione delle fonti di approvvigionamento energetico per ridurre la dipendenza dalla Russia⁶.

Anche rispetto alle modalità di intervento sui mercati più direttamente interessati dalla crisi, la Commissione, pur riconoscendo la legittimità in sé di misure autoritative sui prezzi e sui profitti degli operatori introdotte o ipotizzate da alcuni Stati⁷, ha peraltro riaffermato la scelta – chiaramente espressa nella Comunicazione sul Green Deal – di preservare spazi significativi per le dinamiche (e le politiche) concorrenziali, destinate ad essere affiancate ma non sostituite dalla nuova Green Industrial Policy⁸, e ha quindi prescritto il rispetto di regole e criteri finalizzati a non alterare eccessivamente quelle dinamiche⁹.

Il confronto, nelle sedi istituzionali europee e nazionali e anche nell'opinione pubblica, è ora in corso e riguarda essenzialmente la concreta definizione – oltre che l'apprezzabilità – delle misure specifiche proposte dalla Commissione: ma rimane importante riflettere sulle linee di fondo della strategia europea, sui suoi presupposti e le sue implicazioni di sistema, oltre che sulla sua realizzabilità anche alla luce delle novità di quest'ultimo periodo.

Le considerazioni che seguono rispondono essenzialmente a questa finalità.

2. Una strategia di decarbonizzazione e un modello di disciplina dei mercati (parzialmente) nuovi

Come si è sopra rilevato, la linea di azione delineata dalla Commissione –

⁶ V. la Comunicazione della Commissione dell'8 marzo 2022, COM(2022) 108 final, recante *REPOWER EU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili*, e il successivo REPOWER EU Plan del 18 maggio 2022.

⁷ In Italia, all'esito di un complesso dibattito, sono state sinora introdotte – nella sostanza e aldilà della loro formale denominazione – due misure di prelievo straordinario sui c.d. extra-profitti delle imprese: quella prevista dall'art. 15-bis del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, conv. con legge 28 marzo 2022, n. 25, che ha applicato un c.d. meccanismo di compensazione a due vie a talune classi di impianti che utilizzano fonti rinnovabili di energia; e quella definita dall'art. 37 del d.l. 21 marzo 2022, n. 21, conv. con legge 20 maggio 2022, n. 51, che ha invece imposto alle imprese energetiche un c.d. "contributo straordinario contro il caro bollette".

⁸ V. ancora al riguardo E. BRUTI LIBERATI, *Le politiche di decarbonizzazione e i loro riflessi sulla costituzione economica e sulla governance europea e nazionale*, cit., in particolare 424 ss. Ovviamente, il mantenimento delle politiche di concorrenza non esclude che, nel nuovo contesto determinato dal Green Deal europeo, e nel quadro del nuovo modello complessivo di disciplina dei mercati, le stesse non debbano essere oggetto di una nuova riflessione e di un significativo aggiornamento. Che sono in effetti in corso, sia in sede istituzionale (V., DG Concorrenza, *La politica della concorrenza a sostegno del Green Deal*, 14 ottobre 2020, https://ec.europa.eu/competition/information/green_deal/call_for_contributions_it.pdf.) che in sede dottrinale (C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in questa *Rivista*, 1/2021; e, per una riflessione di carattere più generale, M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, ad vocem, in *Enc. dir.*, I tematici, III, *Funzioni amministrative*, 2022, p. 292 ss.).

⁹ V. ancora la Comunicazione della Commissione REPOWER EU dell'8 marzo 2022, e in particolare gli allegati 1 e 2.

già parzialmente approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio con il citato Regolamento UE 2021/1119 – si muove all'interno del paradigma dello sviluppo sostenibile.

Né nella Comunicazione sul Green Deal europeo né nelle proposte normative successivamente presentate si rinviene l'intenzione di rinunciare ad obiettivi di crescita economica, o anche quella di abbandonare le politiche di concorrenza e la ricerca di condizioni istituzionali volte a promuovere larghi investimenti da parte del capitale privato. Al contrario, in tali atti si afferma esplicitamente che dinamiche competitive e investimenti privati continuano a rappresentare tasselli fondamentali non solo del modello di disciplina dei mercati accolto a livello europeo ma anche della strategia di decarbonizzazione seguita dalla Commissione.

Rispetto al passato anche recente e agli accordi raggiunti a livello internazionale¹⁰, non mancano peraltro, in tale strategia, novità rilevanti, che sembrano attenere in particolare a quattro profili fondamentali.

Innanzitutto, la Commissione mostra chiaramente di voler introdurre e attuare, insieme agli Stati membri, una Green Industrial Policy, una nuova politica industriale specificamente preordinata ad indirizzare in molti ambiti le scelte produttive e commerciali delle imprese, così da renderle coerenti con gli obiettivi di riduzione e poi di azzeramento delle emissioni fissati a livello europeo¹¹.

Come emerge anche dal Pacchetto Fit for 55 e dalle altre proposte normative della Commissione, tale politica industriale è destinata a tradursi in misure di incentivazione e di *command and control* che, per quanto non includano forme di pianificazione autoritativa dell'attività delle imprese, sembrano implicare, negli ambiti individuati come strategici, un ruolo pubblico di guida e di regia complessiva dello sviluppo, ovviamente nei limiti in cui ciò risulta possibile nella dimensione europea.

Libertà di iniziativa, meccanismi concorrenziali e rilievo del capitale privato non sono rinnegati: ma essi devono fare i conti con un ruolo più forte e finalizzato delle istituzioni pubbliche, che riduce innanzitutto significativamente lo spazio riservato all'auto-regolazione da parte dei mercati¹².

Accanto a questo cambiamento, e in stretta connessione con il medesimo, opera poi una seconda essenziale modifica, che concerne la rilevanza assegnata al valore della sostenibilità della crescita economica: che, come ormai da molti segnalato in dottrina¹³, cessa di essere un limite meramente

¹⁰ Per una puntuale ricostruzione d'insieme v. S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016. Più di recente, con riferimento al "Glasgow Climate Pact" di novembre 2021, v. T. FRANSEN-K. ROSS-J. SROUJI, *5 Ways the Glasgow Climate Pact Aims to Reduce Greenhouse Gas Emissions*, in <https://www.wri.org>.

¹¹ V. BRUTI LIBERATI, *Le politiche di decarbonizzazione e i loro riflessi sulla costituzione economica e sulla governance europea e nazionale*, cit., p. 415 ss.; nonché *The European Climate Law: Making the social market economy Fit for 55?*, *Editorial Comments*, in *Common Market Law Review*, 2021, 58, p. 1321 ss.

¹² Sul tema dell'autoregolazione dei mercati come tratto saliente delle politiche di privatizzazione avviate negli anni ottanta /novanta del Novecento e del modello neo-liberista che le ha in misura non lieve ispirate v. le recenti riflessioni di M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Diritto Pubblico*, 2021, 3, p. 871 ss. E v. anche K. PISTOR, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Luiss University Press, Roma, 2021.

¹³ V. al riguardo A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 32 ss.; E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, cit., p. 19 ss.

esterno delle politiche finalizzate alla crescita per divenire un elemento intrinseco delle stesse, e che oggi viene espressamente qualificato anche come interesse pubblico *prevalente* nella comparazione con gli altri interessi pubblici rilevanti ¹⁴.

La nuova centralità del criterio della sostenibilità, che del resto ha avuto in Italia e in altri Paesi europei significative ricadute anche sul piano organizzativo ¹⁵, incide a sua volta sulla direzione e sul ritmo dello sviluppo, rispetto ai quali le dinamiche sempre più accelerate determinate dall'evoluzione tecnologica e dalla ricerca del profitto dovrebbero ora trovare un argine meno fragile nelle scelte pubbliche che su di esse possono variamente incidere.

Meritano poi di essere ricordati altri due profili, che pure segnano una discontinuità significativa rispetto al passato: il rafforzamento delle regole e degli incentivi finalizzati a promuovere il carattere circolare dell'economia, così da ridurre fortemente il consumo di risorse naturali e dunque l'impatto della crescita sull'ambiente ¹⁶; e la creazione di Fondi pubblici diretti a sostenere sul piano sociale la transizione ecologica, garantendo la socializzazione almeno parziale dei costi che essa comporta e dunque evitando che gli stessi vengano scaricati interamente sulle imprese destinate alla chiusura o alla riconversione, sui loro dipendenti e sui territori in cui operano ¹⁷.

Si tratta, in entrambi i casi, di scelte rilevanti, la cui reale incisività dipenderà ovviamente dalla consistenza delle misure che verranno in concreto definite per limitare, indirizzare e sostenere imprese e persone, ma che mostrano in ogni caso un cambiamento di impostazione rispetto alle politiche sin qui prevalentemente seguite a livello europeo: l'assunto della produzione e del consumo tendenzialmente illimitati di beni non viene messo radicalmente in discussione, ma, configurando come circolari quella produzione e quel consumo, si inizia a porre vincoli più seri al suo operare, e dunque alla distruzione di risorse naturali che esso comporta – il che del resto si salda con il rafforzamento degli interventi volti a difendere e a recuperare gli eco-sistemi ¹⁸; il contrasto alle disuguaglianze alimentate negli ultimi decenni dal prevalere del modello liberista non diventa ancora una priorità politica, ma emerge chiaramente dagli atti della Commissione la volontà di utilizzare la transizione ecologica anche come un'opportunità e uno strumento per ridurle ¹⁹.

¹⁴ V. la già citata Comunicazione REPOWER EU dell'8 marzo 2022 al par. 2.2.3.

¹⁵ La ricaduta più importante è l'istituzione di un ministero appositamente preposto alla transizione ecologica, che accorpa anche funzioni precedentemente affidate ai ministri dell'industria (o dello sviluppo economico). Al riguardo, v. A. MOLITERNI, *Il Ministero della transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione?*, in *Il Giornale di dir. amm.*, 2021, p. 439 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Industria*, ad vocem, in *Enc. dir.*, I tematici, III, *Funzioni amministrative*, 2022, p. 654 ss., in part. p. 666.

¹⁶ Sull'economia circolare v. F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *RQDA*, 2020, 1, p. 65 ss.; B. CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia*, Cedam, Padova, 2021.

¹⁷ Si tratta del Fondo per la "Transizione giusta", istituito con il Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021, nonché del Fondo per la modernizzazione disciplinato dall'art. 10-quinquies della direttiva 2003/87/CE, di cui la Commissione ha proposto un aggiornamento e un rifinanziamento nell'ambito del Pacchetto Fit for 55, e del Fondo sociale per il clima, di cui il medesimo Pacchetto ha previsto l'istituzione con la Proposta di regolamento COM(2021) 568 final del 14 luglio 2021.

¹⁸ V. il *Regolamento (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 nonché la Proposta di modifica del medesimo presentata dalla Commissione il 14 luglio 2021, nell'ambito del Fit for 55*, COM(2021) 554 final.

¹⁹ V. ad esempio la Comunicazione del 14 luglio 2021, "Fit for 55: realizzando l'obiettivo cli-

Considerate nel loro insieme, queste quattro novità – una nuova politica industriale volta a guidare in alcuni ambiti fondamentali direzione e ritmo dello sviluppo e a ridurre gli spazi di auto-regolazione del mercato; centralità ed anzi prevalenza dell'interesse alla decarbonizzazione; circolarità dell'economia; misure specificamente dirette a garantire la sostenibilità sociale della transizione ecologica – sembrano delineare un progetto di riforma economica e sociale, destinato a tradursi anche in un nuovo e diverso ordine giuridico del mercato²⁰, che non può essere considerato irrilevante o marginale.

Non c'è un abbandono chiaro e netto di alcune delle principali parole d'ordine che hanno guidato in questi ultimi decenni la disciplina dell'economia – *in primis*, i dogmi della massimizzazione del profitto e della crescita illimitata di produzioni e consumi – e che hanno largamente contribuito a determinare i costi e i conflitti sociali oggi evidenti, ma c'è un (ancora cauto) sforzo di muoversi in una direzione diversa, tornando finalmente a porre limiti e temperamenti alla logica, e al codice, del capitale²¹ – così come l'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea e l'art. 41 della nostra Costituzione consentono e anzi impongono.

Certo, tutto, di questo cambiamento, è ancora in discussione: le proposte normative della Commissione, e in particolare quelle – indispensabili – che hanno una portata più fortemente *disruptive*²², possono essere annacquate e ritardate, e le cronache quotidiane del dibattito istituzionale europeo e nazionale danno conto dell'asprezza del conflitto tra visioni e interessi differenti.

E, del resto, anche l'azione della Commissione, che è ovviamente condizionata dai difficili equilibri nel rapporto con gli Stati membri, risulta da diversi punti di vista non sufficientemente incisiva.

Particolarmente emblematica è in questo senso la vicenda ben nota della c.d. tassonomia²³: relativamente alla quale, non è il fatto in sé che la Commissione abbia scelto di seguire una linea di gradualità nell'attuazione delle misure di decarbonizzazione ad apparire criticabile. Anche di fronte all'incalzare sempre più evidente della crisi climatica e delle sue conseguenze, non si può dimenticare l'esigenza di garantire la sostenibilità sociale di questa grande e

matico del 2030 sulla strada della neutralità climatica", in cui, all'inizio del par. 2.1, si afferma che "La transizione verso la neutralità climatica può essere un'opportunità unica per ridurre le disuguaglianze sistemiche".

²⁰ Un ordine giuridico del mercato nel quale, contrariamente a quanto auspicato dal modello neo-liberale (su cui v. le note ed acute osservazioni di M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al College de France 1978-1979*, Feltrinelli, Milano, 2005), lo Stato, pur non rigettando completamente la logica del mercato, rifiuta di assumere un ruolo sostanzialmente servente rispetto ad essa ed anzi mira ad indirizzarla verso finalità di interesse generale.

²¹ V. ancora PISTOR, *Il codice del capitale*, cit., nonché la bella lettura che di esso dà A. SANDULLI, *Il diritto quale infrastruttura per i poteri privati? A proposito di un libro di Katharina Pistor*, in *Diritto Pubblico*, 2021, 3, p. 999 ss.

²² Sulle misure disruptive v. sopra la nota 5 e gli Autori ivi citati (cui adde E. BRUTI LIBERATI, *Le politiche di decarbonizzazione e i loro riflessi sulla costituzione economica e sulla governance europea e nazionale*, cit., in part. p. 425 ss.).

²³ Con il suo *Taxonomy Complementary Climate Delegated Act* (https://ec.europa.eu/info/publications/220202-sustainable-finance-taxonomy-complementary-climate-delegated-act_en), presentato il 2 febbraio 2022, la Commissione europea, ferma restando la libertà degli Stati membri di determinare le tecnologie da includere nel loro mix energetico, ha incluso gli investimenti nel gas naturale e nell'energia nucleare – purché rispondenti a determinati requisiti di sostenibilità – tra quelli funzionali alla transizione ecologica, con l'effetto di indirizzare (anche) verso di essi le scelte degli investitori privati. Tale decisione è stata accolta da critiche molto accese da parte di settori estesi dell'opinione pubblica e degli esperti.

necessaria trasformazione, e dunque il fatto che tale sostenibilità dipende non soltanto dalla capienza dei Fondi pubblici di cui si è detto sopra ma anche dai tempi della sua attuazione²⁴.

È il merito di talune delle scelte operate in questa prospettiva dalla Commissione a sembrare inadeguato, in particolare quando si tratta di decisioni che, come la promozione di investimenti nell'attuale tecnologia nucleare o in nuove infrastrutture del gas, possono assumere un contenuto parzialmente strutturale, con effetti suscettibili di permanere nel tempo, al di là delle scadenze assegnate dalla stessa Commissione alla transizione ecologica.

3. Ostacoli, dubbi e conferme

È oggettivamente difficile valutare se e quanto il disegno della Commissione che si è sopra richiamato nelle sue linee di fondo sia realisticamente attuabile e quanto sia credibile che esso possa effettivamente portare al conseguimento degli obiettivi fissati per il 2030 e per il 2050²⁵.

È certo che l'emergenza ucraina pone ad esso ostacoli ulteriori, che si aggiungono alle resistenze che Stati membri e interessi industriali e finanziari avrebbero comunque opposto alla sua attuazione.

Particolarmente evidenti appaiono in particolare due ostacoli, già chiaramente emersi dopo l'avvio della guerra.

Il primo è che l'esigenza di ridurre e poi eliminare la dipendenza energetica dalla Russia comporta non soltanto la riattivazione – o un uso più intenso – di impianti di generazione elettrica che utilizzano combustibili fossili particolarmente nocivi sul piano delle emissioni, come il carbone, ma anche la realizzazione di investimenti infrastrutturali per l'importazione di gas e petrolio da Paesi diversi dalla Russia e la stipula con essi di contratti di acquisto di durata inevitabilmente non breve²⁶, con effetti sul bilancio emissivo che possono quindi essere anche di medio-lungo termine²⁷.

La seconda oggettiva maggiore difficoltà attiene alla effettiva disponibilità delle enormi risorse finanziarie, pubbliche e private, notoriamente necessarie per realizzare la transizione ecologica: nello scenario di recessione e di inflazione che in questo momento sembra delinearsi, quale propensione ad inve-

²⁴ È proprio K. POLANYI a sottolineare in più parti di *“La grande trasformazione”* (Einaudi, Torino, 1974, ma prima, com'è noto, *The Great Transformation*, Farrar & Rineheart, New York, 1944) la necessità che i grandi cambiamenti negli assetti economici e sociali prevenienti siano guidati e anche rallentati nei loro tempi dai poteri pubblici per consentire i necessari adattamenti da parte di chi deve riconvertire la sua attività (e spesso la sua vita): *“il ruolo del governo ... consiste spesso nell'alterare il ritmo del cambiamento accelerandolo o alterandolo a seconda dei casi”* (p. 50). È una notazione che può oggi apparire scontata nella parte in cui assegna al governo il compito di accelerare le trasformazioni – tale è in effetti lo scopo di molti interventi di politica industriale –, ma che lo è assai meno, in questi tempi segnati dai cambiamenti rapidissimi indotti dallo sviluppo tecnologico, quando, in relazione alle circostanze, gli attribuisce anche l'opposta funzione di frenare la loro velocità.

²⁵ Ancora più difficile è valutare se quegli obiettivi siano in sé adeguati rispetto al ritmo sempre più affrettato del cambiamento climatico.

²⁶ La durata dei contratti di compravendita di gas e petrolio dipende anche dai tempi necessari per ammortizzare gli investimenti posti in essere dai produttori per costruire nuovi impianti di estrazione di petrolio o gas o di liquefazione del gas.

²⁷ V. anche in tal senso M. GRILLO, *La guerra in Ucraina e la sfida per l'Europa*, in *Vita e pensiero*, 2022, n. 3.

stimenti strutturali ed infrastrutturali potrà in particolare avere il capitale privato, oltretutto nel contesto caratterizzato dagli interventi imperativi sui prezzi e sui profitti (o sui ricavi) che si sono in precedenza richiamati ²⁸?

Anche alla luce di tali difficoltà, tornano a farsi forti le tentazioni e le richieste di interventi più radicali, che puntino almeno in parte su soluzioni di decrescita oppure su misure più schiettamente imperative, basate su pianificazioni e nazionalizzazioni e dunque su una più netta riduzione degli spazi di mercato.

Su tali possibili soluzioni alternative è necessario essere chiari.

Per quanto attiene alla decrescita, è indubbio che il dogma dello sviluppo illimitato di produzione e consumo, con i suoi più o meno noti corollari sotto il profilo giuridico-istituzionale, andrebbe oggi superato e abbandonato: non solo per i costi ambientali e climatici che ha comportato e comporta, ma anche per l'impatto profondamente negativo che ha sul piano sociale, culturale e valoriale ²⁹.

Non sembra, peraltro, che questo possa rendere auspicabili politiche e misure europee o nazionali che, allo scopo di contrastare il cambiamento climatico, rinuncino deliberatamente a garantire il mantenimento dei livelli attuali di benessere economico. Povertà diffuse e disuguaglianze crescenti richiedono certamente interventi redistributivi assai più credibili e incisivi ³⁰, ma non consentono di accantonare le politiche orientate alla crescita, sia pure sostenibile.

Considerazioni in parte analoghe valgono per le proposte di re-introdurre vere e proprie programmazioni autoritative delle attività delle imprese e di ri-espandere il ruolo delle imprese pubbliche. Anche qui deve innanzitutto rilevarsi che l'esigenza di mettere in discussione e superare alcuni persistenti capisaldi del modello liberista a lungo prevalente nei decenni scorsi appare evidente: e tra questi rientra anche la pregiudiziale ostilità nei confronti delle imprese pubbliche ³¹.

Non sembra peraltro che tale esigenza, e anche quella – molto forte – di introdurre una robusta regolazione pubblicistica di poteri privati cresciuti nell'ombra del mito dell'auto-regolazione dei mercati e oggi in grado di condizionare fortemente le politiche pubbliche ³², possano giustificare il ritorno inte-

²⁸ Per l'importanza che la Commissione europea attribuisce agli investimenti privati rispetto all'attuazione delle politiche di decarbonizzazione v., oltre alla stessa Comunicazione sul Green Deal del dicembre 2019, l'atto delegato sulla Tassonomia presentato il 2 febbraio 2022 (sul quale v. sopra la nota 23).

²⁹ Tra i molti lavori che S. LATOUCHE ha dedicato al tema – tutti interessanti, non tutti pienamente condivisibili – possono qui citarsi *Breve Trattato sulla decrescita serena*, Bollati Boringhieri, Milano, 2008; *La decrescita prima della decrescita. Precursori e compagni di strada*, Bollati Boringhieri, 2016; *Come reincantare il mondo: la decrescita e il sacro*, Bollati Boringhieri, Milano, 2020.

³⁰ Sul tema v., tra i molti, J. STIGLITZ, *The price of inequality*, W.W. Norton & Company, New York, 2012; A. ATKINSON, *Inequality*, Harvard University Press, Harvard, 2015 (nonché *15 proposte per la giustizia sociale. Ispirate dal programma di azione di Anthony Atkinson* del Forum Disuguaglianze Diversità, Il Mulino, Bologna, 2020).

³¹ Sulla opportunità di tornare a valorizzare il ruolo delle imprese pubbliche, anche assegnando ad esse specifiche missioni di interesse pubblico, v. l'analisi e le proposte contenute nel Rapporto del Forum Disuguaglianze Diversità (c.d. Rapporto Barca) su *"Missioni strategiche per le imprese pubbliche"*, pubblicato il 31 luglio 2020 (sul quale v. anche i commenti contenuti in *Le imprese pubbliche nel rapporto Barca e il diritto azionario italiano* (con scritti di F.M. Mucciarelli, R. Costi, M. Clarich, S. Fortunato, A. Jorio, P. Montalenti, R. Sacchi e F. Vella), in *Giur. comm.*, n. 3/2021, 517 ss.). V. anche G. NAPOLITANO, *Impresa (regolazione amministrativa dell'impresa)*, ad vocem, in *Enc. dir.*, I tematici, III, *Funzioni amministrative*, 2022, cit., p. 626 ss., in part. p. 648 ss.

³² Ci si riferisce qui, in particolare ma non solo, ai grandi poteri finanziari e digitali, su cui v.

grale ai modelli di disciplina dei mercati dominanti in Italia e in larga parte dell'Europa prima della stagione delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni degli anni '90 del Novecento. I difetti di quei modelli di disciplina sul piano dell'efficienza allocativa e della trasparenza, stabilità e adeguatezza tecnica delle scelte di policy e di regolazione sono troppo noti perché la soluzione di *non* mantenere uno spazio significativo, accanto alla nuova politica industriale, a dinamiche di mercato e dunque a politiche di concorrenza e regolazioni tecnico-economiche possa apparire desiderabile³³.

Il tentativo della Commissione di conciliare decarbonizzazione e crescita, politica industriale e mercato, sembra in definitiva sostanzialmente condivisibile.

E gli ostacoli che si sono in precedenza richiamati, che pure indubbiamente aggravano un quadro di difficoltà già di per sé notevole, non appaiono in realtà insuperabili.

Includere nel programma anche temporale della transizione ecologica il ritardo derivante dalla necessità di utilizzare per un periodo più lungo di quello inizialmente ipotizzato impianti emissivi – come quelli a carbone, a olio o a gas – non sembra, aldilà delle visioni più marcatamente catastrofiche, impossibile. Si tratta di contenere al massimo il danno, anche evitando gli investimenti che possano produrre effetti di più lungo termine sul bilancio emissivo, e di controbilanciarlo accelerando – come, in effetti, in parte prescritto dalla Commissione³⁴ – gli investimenti virtuosi in fonti rinnovabili di energia, efficientamento energetico, circolarizzazione dell'economia, rafforzamento degli eco-sistemi e ricerca tecnologica³⁵.

D'altra parte, per quanto concerne la disponibilità del capitale privato a contribuire – in aggiunta ai capitali pubblici, europei e nazionali – agli investimenti necessari per realizzare la transizione, va rilevato che, come la Commissione europea ha sottolineato nel già ricordato REPower EU del marzo di quest'anno, ciò che è essenziale a tal fine è che gli interventi pubblici destinati ad incidere sulla redditività degli stessi, vale a dire innanzitutto le misure di regolazione dei prezzi³⁶ e di prelievo straordinario sui profitti, non siano arbitrari e siano invece basati su criteri attenti alle compatibilità economiche di operatori ed investitori³⁷.

Prescindendo qui dagli scenari più pessimistici di forte e prolungata recessione e/o inflazione, anche nell'attuale contesto di emergenza, e anche nella prospettiva della profonda trasformazione degli assetti produttivi, infrastruttu-

ampiamente gli scritti contenuti nel fascicolo 3/2021 della rivista *Diritto Pubblico*, nonché L. AMMANNATI, *I "signori" nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto Pubblico*, 2021, 2, p. 381 ss.

³³ V. al riguardo le recenti considerazioni di G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022, in part. p. 75 ss.; nonché E. BRUTI LIBERATI, *Industria*, cit., in part. p. 660 ss.

³⁴ V. ancora la Comunicazione REPOWER EU dell'8 marzo 2022.

³⁵ Per quanto si possa criticare la posizione di chi affronta il problema climatico in termini esclusivamente o prevalentemente tecnici, è scontato che lo sviluppo in tempi sufficientemente accelerati di soluzioni tecnologiche innovative ed economicamente sostenibili rappresenta un elemento chiave per il successo nella lotta al cambiamento climatico.

³⁶ Com'è noto, rientra tra tali misure anche la fissazione di un tetto europeo al prezzo del gas, che vorrebbe indirettamente limitare il potere negoziale dei produttori e che è stata proposta da diversi Stati europei, ma sino ad oggi ha incontrato forti – e forse non disinteressate – resistenze da parte di alcuni governi.

³⁷ V. nuovamente gli allegati 1 e 2 alla Comunicazione REPOWER EU, che definiscono abbastanza puntualmente i vincoli che, sulla base dei Trattati europei e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli Stati membri devono rispettare quando intendono intervenire sui prezzi dei prodotti energetici oppure assoggettare a prelievi straordinari i profitti delle imprese energetiche.

rali e commerciali che dovrebbe discendere dalla transizione ecologica, la prevedibilità della regolazione dei mercati, la sua adeguatezza e coerenza tecnico-economica e la sua non discriminatorietà e non arbitrarietà continueranno ad essere determinanti rispetto alla propensione degli operatori ad investire.

Se il nuovo ordine giuridico del mercato, pur pubblicisticamente orientato al conseguimento degli obiettivi di decarbonizzazione e delle altre finalità di interesse generale definite in sede politica, riuscirà a garantire tali elementi di certezza, appare ragionevole ritenere che il capitale privato sarà disponibile a svolgere nella transizione il ruolo che le istituzioni europee si attendono.

Si può certamente essere pessimisti al riguardo, e ipotizzare che – in assenza di una disciplina di mercato servente rispetto alla sua logica di massimizzazione del profitto – esso si orienterà invece in ogni caso verso utilizzi e aree geografiche idonei ad assicurargli profitti non regolati e più elevati³⁸. Ma questo è un rischio che il sistema europeo non sembra, almeno oggi, poter evitare di assumersi.

Le alternative – una più estesa pubblicizzazione o ripubblicizzazione dei settori che incidono maggiormente sulla produzione di emissioni o, al contrario, un ritorno immediato ai canoni del paradigma neo-liberale³⁹, certo più attraente per il capitale privato – appaiono entrambe meno desiderabili.

³⁸ Sulla ovvia propensione del capitale privato a rifuggire da vincoli e costi definiti nel pubblico interesse e soprattutto sulle condizioni alle quali in linea generale esso subordina la sua disponibilità ad investire in impieghi funzionali anche al conseguimento di obiettivi di carattere sociale, sono sempre illuminanti – anche se non necessariamente *in toto* condivisibili – le riflessioni di W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

³⁹ Per una riflessione propriamente giuridica sul modello neo-liberale v. F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neo-liberale*, in M. RISPOLI FARINA-A. SCIARRONE ALIBRANDI-E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2017, p. XV ss.

Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima

The Green Deal and the European energy and climate governance

di **Filippo Donati***

ABSTRACT

Il *Green Deal*, che ha fissato l'obiettivo di fare dell'Europa il primo continente a raggiungere la neutralità climatica, è ormai entrato nella fase di attuazione. L'articolo contiene un'analisi del sistema di *governance* adottato nell'Unione europea per realizzare gli obiettivi del *Green Deal*, sia sotto il profilo della divisione verticale delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri sia sotto quello della divisione orizzontale dei poteri all'interno dell'Unione europea.

The Green Deal, which aims to make Europe the world's first climate-neutral continent, is now in its implementation phase. The article analyses the governance system adopted by the European Union for achieving the objectives of the Green Deal, with respect both to the vertical division of competences between the Union and the Member States and to the horizontal division of powers within the European Union.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La base legale dei nuovi interventi. – 3. Il perseguimento degli obiettivi climatici tra Unione europea e Stati membri: il sostegno agli investimenti sostenibili. – 4. *Segue.* La *governance* in materia di energia e clima. – 5. Conclusioni.

1 Introduzione

Nella comunicazione dell'11 dicembre 2019 sul *Green Deal* europeo¹, la Commissione ha fissato l'obiettivo della neutralità climatica da raggiungere entro il 2050 e ha definito le principali linee di intervento a tal fine, in linea con gli impegni assunti dall'Unione europea nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (l'accordo di Parigi).

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università di Firenze.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Il *Green Deal* europeo", COM(2019) 640 final del 11 dicembre 2019. Sul *Green Deal* e le misure volte a dare attuazione agli obiettivi in esso tracciati è in corso un ampio dibattito. Cfr. al riguardo, tra gli altri, E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubb.*, 2021, p. 415 ss.; E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 19 ss.; L. AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Cedam, Padova, 2021, p. 169 ss.; A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, p. 4 ss.

La grave crisi scoppiata nei primi mesi del 2020 per effetto della pandemia da Covid-19 non ha comportato alcuna deviazione rispetto a tale impegno. Buona parte delle risorse economiche stanziata dal *Next Generation EU (Recovery plan)*² per rilanciare la crescita, gli investimenti e le riforme nell'Unione europea è destinata al perseguimento degli obiettivi tracciati dal *Green Deal*. Il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF)³, la componente di gran lunga più rilevante del *Recovery plan*⁴, stabilisce che almeno il 37% della spesa per investimenti e riforme programmata nei piani nazionali per la ripresa e la resilienza (PNRR) debba sostenere gli obiettivi climatici dell'Unione. Ciò significa circa 238 miliardi di euro in investimenti nel settore della sostenibilità ambientale.

Un ulteriore stimolo all'attuazione del *Green Deal* è offerto dalla legge europea sul clima⁵, che ha codificato l'obiettivo a lungo termine della neutralità climatica mediante azzeramento delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2050, con saldo negativo delle emissioni dopo tale data⁶. La legge europea sul clima ha inoltre rivisto al rialzo i *target* in materia di riduzione di emissioni previsti dal *Winter package*, il pacchetto di proposte legislative presentato dalla Commissione nel novembre 2016⁷, fissando al 55% la soglia di riduzione delle emissioni, rispetto ai livelli del 1990, da raggiungere entro il 2030⁸. Con la comunicazione "*fit for 55*"⁹, la Commissione ha quindi presentato un pacchetto di 13 proposte normative volte a realizzare i nuovi obiettivi climatici dell'Unione europea.

Il *Green Deal* è dunque ormai entrato nella fase di attuazione.

Qui di seguito svolgerò alcune brevi considerazioni sull'adeguatezza del sistema di governance dell'energia e del clima a garantire la realizzazione degli obiettivi del *Green Deal*, sotto un duplice profilo: quello della divisione verticale delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri e quello della divisione orizzontale dei poteri all'interno dell'Unione europea.

² Regolamento (UE) n. 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19.

³ Regolamento (UE) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

⁴ Il budget del RRF ammonta a 672,5 miliardi di euro, circa il 90% della somma di 750 miliardi stanziata nell'ambito del *Recovery Plan*.

⁵ Regolamento (UE) n. 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) n. 2018/1999 ("c.d. Legge europea sul clima").

⁶ Art. 2, par. 1, legge europea sul clima.

⁷ Cfr. la comunicazione della Commissione "Energia pulita per tutti gli europei", COM (2016) 860 final. Il *Winter package* comprendeva otto proposte legislative volte a stimolare la transizione verso un'economia sostenibile e a modificare la disciplina sul mercato interno dell'elettricità. In argomento cfr. E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *La transizione energetica e il Winter Package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Wolters Kluwer, Milano, 2018.

⁸ Art. 4, par. 1, legge europea sul clima.

⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "*Pronti per il 55 %*": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica, COM(2021) 550 final, 14 luglio 2021. In argomento cfr. l'editoriale *The European Climate Law: Making the social market economy fit for 55i*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 1321 ss.

2. La base legale dei nuovi interventi

In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti¹⁰. Conseguentemente, ogni atto dell'Unione deve trovare la propria base legale in una disposizione dei Trattati che attribuisce il potere e delimita i modi di esercizio dello stesso.

Il Trattato di Lisbona ha rafforzato l'impegno dell'Unione in materia di tutela dell'ambiente, includendo tra gli obiettivi da raggiungere anche quello della lotta contro i cambiamenti climatici¹¹, ed ha incluso l'energia, oltre all'ambiente, tra le materie in cui l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri¹². Il Trattato di Lisbona, se da una parte ha introdotto una chiara base giuridica per una *Green Industrial Policy*, dall'altra parte non ha però voluto incidere sulla pretesa degli Stati membri a definire autonomamente aspetti cruciali della propria politica energetica, come quelli relativi alla struttura e alla sicurezza degli approvvigionamenti. In effetti, in deroga al principio secondo cui gli interventi volti a perseguire la politica ambientale¹³ ed energetica¹⁴ dell'Unione richiedono la procedura legislativa ordinaria, l'art. 194(2), secondo paragrafo TFUE stabilisce che gli atti dell'Unione non possono incidere «sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'articolo 192(2), lettera c)». Tale disposizione richiede una procedura speciale, con il voto unanime del Consiglio, per una serie di misure tra cui, per quanto qui interessa, quelle «aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo». I Trattati hanno dunque inteso garantire agli Stati membri la sovranità nelle scelte fondamentali attinenti alla propria politica energetica, attribuendo a ciascuno di essi un decisivo potere di veto.

Il programma prefigurato dal *Green Deal*, tuttavia, finisce necessariamente per incidere in maniera significativa sulle scelte di politica energetica degli Stati membri, rendendo inevitabile la progressiva eliminazione degli impianti di produzione di energia che impiegano combustibili fossili o tecnologie a forte impatto emissivo¹⁵. La Commissione, dopo avere sottolineato che la produzione e l'uso dell'energia determinano oltre il 75% delle emissioni di gas a effetto serra nell'Unione europea, ha appunto evidenziato la necessità di misure volte a «sviluppare un settore dell'energia basato in larga misura su fonti rin-

¹⁰ Art. 5, par. 2, TUE.

¹¹ Art. 191(1), quarto trattino TFUE.

¹² Art. 4(2), lett. e) e i) TFUE.

¹³ L'art. 191, par. 1 TFUE stabilisce che la politica dell'Unione in materia ambientale è volta a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici.

¹⁴ L'art. 194 TFUE individua i seguenti obiettivi della politica energetica dell'Unione: garantire il corretto funzionamento del mercato interno, garantire la sicurezza dell'approvvigionamento, promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica, lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili e, infine, promuovere l'interconnessione delle reti energetiche.

¹⁵ Cfr. al riguardo E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica*, cit., 2021, p. 425 ss.

novabili, con la contestuale rapida eliminazione del carbone e la decarbonizzazione del gas»¹⁶. Senza un intervento diretto da parte degli Stati membri volto a riconfigurare le proprie fonti di produzione e di approvvigionamento di energia, in sostanza, non sarà possibile realizzare gli ambiziosi obiettivi in materia di limitazione delle emissioni di gas a effetto serra e di decarbonizzazione previsti dal *Green Deal* e dalla legge europea sul clima. Alcuni Stati membri hanno però un sistema energetico ancora largamente dipendente da impianti che impiegano i tradizionali combustibili fossili. La politica europea di decarbonizzazione ambientale è quindi destinata ad incontrare resistenze da parte dei paesi tenuti ad un pesante processo di riconversione industriale.

La vicenda relativa al sistema di scambio di quote di emissione di gas a effetto serra (ETS) è indicativa. Tale sistema, com'è noto, è volto a disincentivare l'impiego dei combustibili che producono maggiori emissioni inquinanti¹⁷. Esso si basa sulla fissazione di un tetto massimo alle emissioni di alcuni agenti inquinanti (in particolare biossido di carbonio, ossido di azoto e perfluorocarburi) e sulla introduzione di quote di emissione, che le imprese inquinanti ricevono o debbono acquistare sul mercato. La Polonia, che dipende in maniera particolarmente elevata dai combustibili fossili, ha contestato l'adozione, a mezzo di una procedura legislativa ordinaria, della decisione del 6 ottobre 2015 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla costituzione di una riserva stabilizzatrice del mercato delle quote di emissione. Tale decisione, volta a fronteggiare l'eccedenza di quote disponibili sul mercato, mirava a favorire il corretto funzionamento del sistema ETS e quindi a promuovere un aumento del costo delle emissioni inquinanti. Il governo polacco sosteneva che la decisione, producendo effetti sulle scelte in materia di approvvigionamento energetico, avrebbero dovuto essere adottata con decisione unanime e non invece a maggioranza. La Corte di giustizia è stata di diverso avviso. Nel respingere il ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE della Polonia, la Corte ha offerto un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 192(2), lett. c) TFUE. La Corte ha infatti osservato che tale disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 191 TFUE, che fonda la competenza dell'Unione nella salvaguardia dell'ambiente e nella lotta contro il cambiamento climatico. Poiché le misure adottate a tal fine hanno necessariamente un impatto sul settore energetico degli Stati membri, prosegue la Corte, un'interpretazione estensiva dell'articolo 192(2), lett. c) TFUE finirebbe per «erigere a regola generale il ricorso a una procedura legislativa speciale che ha il carattere di deroga prevista dal TFUE». Ne consegue che tale disposizione può costituire la base giuridica di un atto dell'Unione «soltanto se risulta dallo scopo e dal contenuto di quest'ultimo che il risultato principale perseguito da tale atto consiste nell'avere una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo»¹⁸.

Così circoscritto l'ambito di applicazione della procedura speciale prevista dall'art. 192(2), lett. c) TFUE, la Commissione non ha avuto particolari difficoltà nell'individuazione della base legale idonea a supportare le molteplici misu-

¹⁶ Cfr. il *Green Deal*, par. 2.1.2.

¹⁷ Sull'*Emission Trading System* cfr. R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 195 ss.

¹⁸ Corte di giustizia, sentenza 21 giugno 2018, causa C-5/16, *Repubblica di Polonia contro Parlamento e Consiglio*.

re volte a dare attuazione al *Green Deal*. La legge europea sul clima, che rende obbligatorio il traguardo della neutralità climatica entro il 2050 e introduce un obiettivo intermedio di riduzione delle emissioni del 55% entro il 2030, è stata approvata attraverso la procedura legislativa ordinaria in forza della base legale offerta dall'art. 192(1) TFUE. Tale disposizione è stata poi utilizzata per supportare, tra l'altro, la proposta di nuovi interventi sul sistema di scambio di quote di emissione¹⁹, sul meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere²⁰ e sulle riduzioni annuali dei gas a effetto serra²¹. L'art. 194(2), primo paragrafo TFUE ha fornito la base legale per una serie di altri interventi volti alla realizzazione del *Green Deal* ed aventi una indubbia incidenza sulle politiche energetiche dei singoli Stati membri, tra cui quelli in materia di energie rinnovabili²², di mercato interno delle rinnovabili, del gas naturale e dell'idrogeno²³ e di riduzione delle emissioni di metano nel settore dell'energia²⁴. La Commissione non ha poi avuto problemi nell'individuare la base legale idonea a supportare ulteriori proposte in materia di riduzione delle emissioni nei trasporti²⁵, di efficienza energetica²⁶, di riduzione delle emissioni nel settore

¹⁹ Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2003/87/CE che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, della decisione (UE) 2015/1814 relativa all'istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato nel sistema dell'Unione per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra e del regolamento (UE) 2015/757 (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 551 final – 2021/0211 (COD)).

²⁰ Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 564 final – 2021/0214 (COD)).

²¹ Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2018/842 relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 555 final – 2021/0200 (COD)).

²² Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva n. 98/70/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio, (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 557 final, 2021/0218 (COD)).

²³ Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul mercato interno delle rinnovabili, del gas naturale e dell'idrogeno (rifusione) (Brussels, 15 dicembre 2021, COM(2021) 804 final – 2021/0424 (COD)) dove peraltro l'art. 194 TFUE è stato utilizzato insieme all'art. 114 TFUE.

²⁴ Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla riduzione delle emissioni di metano nel settore dell'energia che modifica il regolamento (EU) 2019/94 (Brussels, 15 dicembre 2021, COM(2021) 805 final – 2021/0423 (COD)).

²⁵ Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2019/631 per quanto riguarda il rafforzamento dei livelli di prestazione in materia di emissioni di CO₂ delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi, in linea con la maggiore ambizione dell'Unione in materia di clima (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 556 final – 2021/0197 (COD)) nonché le proposte di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla garanzia di condizioni di parità per un trasporto aereo sostenibile (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 561 final 2021/0205 (COD)) e sull'uso di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio nel trasporto marittimo e che modifica la direttiva 2009/16/CE (Bruxelles, 14 luglio 2021 COM(2021) 562 final 2021/0210 (COD)).

²⁶ Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla prestazione energetica nell'edilizia (rifusione) (Bruxelles, 15 dicembre 2021, COM(2021) 802 final – 2021/0426 (COD)) e la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'efficienza energetica (rifusione) (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 558 final – 2021/0203 (COD)).

dell'uso del suolo, della silvicoltura e dell'agricoltura²⁷ di riforestazione e stoccaggio del carbonio. Soltanto per la proposta riguardante la materia della tassazione energetica è stata prevista la necessità di approvazione con voto unanime del Consiglio²⁸.

In definitiva, alla luce dei chiarimenti forniti dalla Corte di giustizia sull'ambito di applicazione dell'articolo 192(2), lett. c) TFUE, la scelta della base legale delle misure volte a dare attuazione al *Green Deal* non appare destinata a sollevare particolari conflitti di competenza tra le istituzioni dell'Unione o tra questa e gli Stati membri.

3. Il perseguimento degli obiettivi climatici tra Unione europea e Stati membri: il sostegno agli investimenti sostenibili

Come evidenziato da un'attenta dottrina, il *Green Deal* riflette una scelta di politica industriale che, attraverso il rafforzamento dell'intervento pubblico sulle dinamiche del mercato, mira a trasformare i principali settori economici dell'Unione: l'energia, i trasporti, l'industria, l'edilizia, l'agricoltura e l'uso del suolo²⁹. Un programma, è stato aggiunto, destinato incidere sulla costituzione economica europea³⁰ e a far scattare una nuova fase del processo di integrazione europea, incentrata su un diverso modello di crescita e su un rapporto più armonioso tra uomo e ambiente³¹. Nella strategia del *Green Deal* sono del resto compresi anche interventi di solidarietà a favore degli Stati membri, delle regioni, delle zone rurali e urbane e delle fasce sociali che saranno svantaggiati dal processo di trasformazione industriale imposto dalla transizione verde³².

Per conseguire obiettivi così ambiziosi, l'Unione europea ha operato su due fronti: ha promosso l'introduzione di misure volte a rendere possibili massicci investimenti sostenibili, da una parte, e ha previsto forme di indirizzo e di coordinamento delle azioni degli Stati membri, dall'altra parte.

La promozione degli investimenti sostenibili richiede sia un adattamento delle regole di concorrenza, sia un adeguato sostegno economico agli investimenti sostenibili.

²⁷ Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2018/841 per quanto riguarda l'ambito di applicazione, semplificando le norme di conformità, stabilendo gli obiettivi degli Stati membri per il 2030 e fissando l'impegno di conseguire collettivamente la neutralità climatica entro il 2035 nel settore dell'uso del suolo, della silvicoltura e dell'agricoltura, e il regolamento (UE) 2018/1999 per quanto riguarda il miglioramento del monitoraggio, della comunicazione, della rilevazione dei progressi e della revisione (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 554 final – 2021/0201 (COD)).

²⁸ Proposta di direttiva del Consiglio che ristruttura il quadro dell'Unione per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità (rifusione) (Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 563 final – 2021/0213 (CNS)).

²⁹ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica*, cit., p. 416 ss., 425.

³⁰ Si veda L. AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, cit.

³¹ E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, cit., p. 25 ss.

³² Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che istituisce il Fondo sociale per il clima* (COM(2021) 568 final del 14 luglio 2021). In questa prospettiva si veda già il Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 che istituisce il Fondo per una transizione giusta.

La concorrenza, è stato efficacemente sottolineato, sta progressivamente cessando di essere “un fine in sé e un super principio”, per tornare ad essere uno strumento di efficienza che non può essere applicato senza tenere conto degli obiettivi di fondo che l’Unione mira a perseguire³³. La Commissione, nella recente comunicazione in materia di aiuti di Stato³⁴, ha significativamente riconosciuto che la politica di concorrenza può svolgere un ruolo importante per il conseguimento degli obiettivi del *Green Deal*, e ha adottato specifici orientamenti in merito alla valutazione della compatibilità degli aiuti concessi per attività economiche in materia di ambiente e di energia. I nuovi orientamenti sugli aiuti di Stato mirano a promuovere il conseguimento degli obiettivi del *Green Deal*, facilitando la concessione di finanziamenti pubblici non soltanto per la produzione energetica da fonti rinnovabili e l’efficienza energetica, ma anche per una serie di altre attività, tra cui la mobilità *green*, le infrastrutture, l’economia circolare, la riduzione dell’inquinamento, la protezione e il ripristino della biodiversità, nonché la sicurezza dell’approvvigionamento energetico. È auspicabile che la priorità assegnata all’obiettivo di decarbonizzazione verrà tenuta in considerazione in tutti i settori in cui operano norme a tutela della concorrenza, come ad esempio nella valutazione di ammissibilità di operazioni di concentrazione ovvero nell’assegnazione di pubblici appalti o nella regolazione dei servizi di interesse generale³⁵.

L’Unione europea ha stanziato ingenti finanziamenti a supporto di investimenti sostenibili³⁶. In particolare, un fortissimo impulso alla transizione verde sarà offerto dalle risorse messe a disposizione dall’Unione nell’ambito del piano straordinario di intervento volto a fronteggiare le conseguenze della pandemia da Covid-19. Il RRF, oltre a imporre agli Stati membri di destinare ad investimenti sostenibili almeno il 37% delle risorse previste nell’ambito dei rispettivi PNRR, stabilisce che che nessuno degli investimenti previsti in tali piani possa arrecare «un danno significativo agli obiettivi ambientali»³⁷.

Il principio dell’assenza di danno significativo all’ambiente³⁸ è stato introdotto dal regolamento 2020/852 sulla tassonomia verde dell’Unione europea³⁹. In forza di tale regolamento, un’attività economica è considerata eco-sostenibile se contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali ivi previsti e, al contempo, “non arreca un danno significativo a nessuno di essi”. Il regolamento ha affidato alla Commissione il compito di adottare atti delegati volti a fissare i criteri tecnici che consentono di

³³ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica*, cit., p. 416 ss.

³⁴ Comunicazione della Commissione sulla disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022, Bruxelles, 27.1.2022 C(2022) 481 final.

³⁵ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica*, cit., p. 424. Sull’incidenza delle considerazioni di carattere ambientale in ambito *antitrust* cfr. C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in questa *Rivista*, 2021, p. 70 ss.

³⁶ Si calcola in circa 1.000 miliardi l’importo messo in campo dall’Unione nel prossimo decennio per investimenti sostenibili: cfr. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/finance-and-green-deal_it.

³⁷ Cfr. l’art. 18, par. 4, lett. e) e d), del regolamento (UE) 2021/241.

³⁸ Al riguardo cfr. C. DE VICENTI, *The “do no significant harm” principle: Two possible interpretations*, Luiss School of European Political Economy, Policy Brief 6/2022.

³⁹ Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

stabilire se una determinata attività rientra tra gli obiettivi ambientali⁴⁰. Si tratta di un potere assai importante, che può determinare notevoli conseguenze sulle scelte di politica industriale degli Stati membri. Per tale motivo il potere delegato alla Commissione è sottoposto ad una serie di limiti. In primo luogo, sono previsti due organi di consulenza della Commissione sulla tassonomia: la piattaforma sulla finanza sostenibile, composta da un ampio gruppo di esperti europei indicati dalla stessa Commissione⁴¹, ed il Gruppo di esperti degli Stati membri sulla finanza sostenibile⁴². In secondo luogo, la delega conferita alla Commissione sulla tassonomia può essere revocata in qualsiasi momento dal Parlamento europeo o dal Consiglio⁴³. I limiti così posti al potere della Commissione dipendono dall'importanza della posta in gioco. L'inclusione o meno di determinati investimenti nella tassonomia finisce infatti per avere un peso decisivo nell'orientare gli investimenti pubblici e privati. Non meraviglia quindi la polemica scoppiata a seguito della nuova proposta sulla tassonomia approvata dalla Commissione lo scorso 2 febbraio 2022, che ha incluso anche gli impianti di produzione di energia alimentati dal gas o dal nucleare tra quelli considerati idonei a contribuire al perseguimento degli obiettivi ambientali dell'Unione, mentre tali impianti non erano considerati ecocompatibili nel regolamento delegato del 4 giugno 2021⁴⁴. La nuova proposta della Commissione è stata oggetto di numerose critiche provenienti dalla Piattaforma sulla finanza sostenibile⁴⁵, da alcuni Stati membri e da esponenti del Parlamento europeo.

La tendenza ad evitare una eccessiva concentrazione di poteri a favore della Commissione è emersa con grande evidenza nel corso dei negoziati per l'approvazione della legge europea sul clima, dove la proposta iniziale di attribuire a tale istituzione il potere di fissare con atti delegati la traiettoria verso la neutralità climatica per il 2050 è scomparsa nel testo finale⁴⁶. Alcuni governi, tra cui quello italiano, avevano infatti espresso riserve sul riconoscimento alla Commissione di tale potere, ritenendo più opportuno un coinvolgimento degli Stati membri⁴⁷. Tale vicenda, come rilevato da attenta dottrina, rappresenta

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 6 del regolamento (UE) 2020/852, si intendono per obiettivi ambientali: la mitigazione dei cambiamenti climatici, l'adattamento ai cambiamenti climatici, l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine, la transizione verso un'economia circolare, la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento, la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

⁴¹ Art. 20, regolamento (UE) n. 2020/852.

⁴² Art. 24, regolamento (UE) n. 2020/852.

⁴³ Art. 23, par. 2, regolamento (UE) n. 2020/852.

⁴⁴ Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

⁴⁵ Cfr. il *Response to the Complementary Delegated Act*, 21 gennaio 2022, in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/220121-sustainable-finance-platform-response-taxonomy-complementary-delegated-act_en.pdf.

⁴⁶ Come ricorda L. AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, I, cit., l'art. 3 della proposta di regolamento che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica (COM(2020) 80 final del 4 marzo 2020) affermava che «alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati al fine di integrare il presente regolamento fissando una traiettoria a livello dell'Unione per conseguire entro il 2050 l'obiettivo della neutralità climatica».

⁴⁷ Cfr. Senato della Repubblica, Servizio Studi, *Note su atti dell'Unione europea*, Nota n. 59/2020, *Transizione verde e obiettivi climatici: gli esiti del Consiglio Ambiente*, dove si richiama l'opposizione dell'Italia alla proposta di riconoscere alla Commissione europea del potere di sta-

una evidente spia delle tensioni che sussistono tra l'Unione europea e le autorità nazionali nella definizione della *governance* in materia di energia e del clima⁴⁸.

Anche i poteri riconosciuti alla Commissione nell'ambito dell'attuazione del RRF sono stati in qualche modo limitati dalla necessità di un intervento del Consiglio. Alla Commissione spetta verificare se gli interventi previsti nei piani nazionali di ripresa e resilienza sono in grado di contribuire alla transizione verde e non arrecano un danno significativo agli obiettivi ambientali dell'Unione. Se le verifiche svolte dalla Commissione, nel contraddittorio con lo Stato interessato, hanno esito positivo, i PNRR, con l'individuazione degli obiettivi e dei traguardi al cui conseguimento è legata l'erogazione delle risorse, sono inviati al Consiglio per l'approvazione⁴⁹. La rilevanza centrale che i PNRR rivestono per gli Stati membri interessati spiega il particolare meccanismo di *governance* previsto dal RRF, che affida alla Commissione un potere di istruttoria ma riserva la decisione finale all'organo rappresentativo dei governi nazionali.

Sotto questo profilo appare dunque confermato il paradosso dell'Unione europea, che da una parte continua a rafforzare l'integrazione e ad allargare il proprio raggio di intervento, ma dall'altra parte esita a conferire nuovi incisivi poteri alle istituzioni sovranazionali, ed in particolare alla Commissione⁵⁰.

4. *Segue. La governance in materia di energia e clima*

Lo stanziamento di ingenti risorse a favore di interventi ecosostenibili, l'adattamento delle regole di concorrenza e gli interventi normativi proposti con il pacchetto "*fit for 55*" indurranno verosimilmente ciascuno Stato membro ad adottare una politica capace di realizzare i *target* di miglioramento ambientale previsti dalla legge europea sul clima. È tuttavia diffusa la convinzione che l'Unione non disponga di strumenti adeguati a superare eventuali inerzie degli Stati membri.

La possibilità di avviare una procedura di infrazione nei confronti degli Stati che, in ipotesi, non dovessero rispettare la tabella di marcia per la transizione verde prevista dal *Green Deal* è sicuramente una potente arma a disposizione della Commissione. La Commissione, in particolare, potrebbe indicare allo Stato membro inadempiente le misure da intraprendere e, dopo la notifica di una lettera di messa in mora e di un parere motivato, chiedere alla Corte di giustizia la verifica dell'infrazione e, se del caso, l'applicazione di adeguate sanzioni pecuniarie. La decisione della Corte di giustizia, però, arriverebbe verosimilmente troppo tardi e, comunque, non garantirebbe la riduzione di emissioni che ciascun sistema nazionale è tenuto ad effettuare.

bilire, con atti delegati, la traiettoria di riduzione delle emissioni dei gas serra nel periodo 2031-2050 non ha trovato accoglimento.

⁴⁸ Cfr. M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Riv. giur. ambiente*, 2021, p. 59.

⁴⁹ Cfr. gli artt. 19 ss. del regolamento (UE) n. 2021/241.

⁵⁰ Cfr. S. FABBRINI-U. PUETTER, *Integration without supranationalisation: studying the lead roles of the European Council and the Council in post-Lisbon EU politics*, in *Journal of European Integration*, 2016, p. 481 ss.; D. HODSON-U. PETTER, *The European Union in disequilibrium: new intergovernmentalism, postfunctionalism and integration theory in the post-Maastricht period*, in *Journal of European Public Policy*, 2019, p. 1153 ss.

Un recente editoriale apparso su *Common Market Law Review*⁵¹ ha ricordato numerose recenti decisioni in cui giudici nazionali hanno imposto a imprese private o allo Stato di adottare tutte le azioni necessarie per l'adempimento degli obblighi di riduzione delle emissioni imposti dall'Unione o da accordi internazionali⁵². Pochi sarebbero però disposti a credere che l'astratta possibilità di un intervento della Corte di giustizia o delle Corti nazionali sia sufficiente ad assicurare la realizzazione dei *target* climatici stabiliti dalla legge europea sul clima.

L'ETS è stato fino ad oggi lo strumento principale utilizzato dall'Unione europea per imporre agli Stati membri la limitazione delle emissioni di gas serra. La Commissione ha recentemente proposto di estendere l'ETS a nuovi settori, tra cui quelli dei trasporti su strada e marittimi e dell'edilizia. Come è stato giustamente ricordato, però, la fissazione di tetti alle emissioni inquinanti e l'introduzione del mercato delle quote di emissioni non hanno fino ad oggi prodotto gli effetti auspicati, dal momento che il mercato europeo è stato investito da un eccesso di offerta che ha indotto un livello di prezzi troppo basso così da rendere «più conveniente inquinare che cambiare»⁵³.

Come riuscire quindi ad imporre agli Stati membri l'obbligo di rispettare gli obiettivi di miglioramento ambientale previsti dalla legge europea sul clima? È diffusa l'opinione circa l'esistenza di una discrasia tra gli obiettivi perseguiti e gli strumenti messi in campo per realizzarli. L'impianto regolatorio volto a garantire il coordinamento e l'indirizzo delle azioni degli Stati membri, infatti, appare troppo debole e inadeguato a garantire il rispetto della tabella di marcia verso la neutralità climatica⁵⁴.

La legge europea sul clima non è riuscita a superare i limiti del regolamento 2018/1999 sulla *governance* europea dell'energia⁵⁵. Ciascuno Stato deve sottoporre alla Commissione i piani nazionali integrati per l'energia e il clima, le strategie nazionali a lungo termine e le relazioni intermedie biennali. La Commissione, se ritiene che le misure adottate non siano coerenti con gli obiettivi climatici dell'Unione, può rivolgere raccomandazioni specifiche ai singoli Stati membri⁵⁶. Non è però prevista alcuna sanzione per il caso in cui uno Stato membro si discosti senza adeguata motivazione dalla raccomandazione della Commissione. Un sistema, questo, che attribuisce alla Commissione poteri sostanzialmente di *soft law*, non accompagnati da alcuna garanzia di *enforcement*.

⁵¹ Cfr. *The European Climate Law*, cit., p. 1326 ss.

⁵² Cfr. al riguardo le interessanti considerazioni di M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, cit., p. 60 ss., la quale, pur evidenziando le criticità del contenzioso sui cambiamenti climatici, sottolinea che lo stesso ha un forte valore simbolico e strategico.

⁵³ Cfr. L. AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, cit.; T. FAVARO, *Regolare la "transizione energetica": Stato, mercato, innovazione*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 103 ss.

⁵⁴ E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, cit., p. 42 ss.; Cfr. altresì E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica*, cit., p. 428 ss.

⁵⁵ Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁵⁶ Cfr. art. 9 par. 3 del regolamento (UE) n. 2018/1999 e l'art. 7, par. 3, della legge europea sul clima.

Questa limitazione dei poteri della Commissione conferma la particolarità della *governance* europea del clima e dell'energia, dove ad un significativo progresso dell'integrazione sovranazionale non ha fatto seguito un corrispondente rafforzamento dei poteri attribuiti in questo campo alle istituzioni sovranazionali europee, ovvero la Commissione e il Parlamento europeo. Si tratta di un fenomeno non nuovo. Fin dalle prime fasi dell'Unione europea, gli Stati membri sono stati disposti ad accettare la crescente cessione di sovranità a condizione di poter incidere attraverso gli organi intergovernativi, in particolare il Consiglio, sulle più importanti decisioni⁵⁷. I limiti che oggi incontra il sistema di *governance* dell'energia e del clima riflettono appunto la preoccupazione degli Stati membri di cedere un'eccessiva sfera di sovranità su scelte di politica industriale che condizioneranno lo sviluppo economico e sociale del prossimo futuro.

5. Conclusioni

Sul piano dei rapporti verticali tra Unione e Stati membri, la legge europea sul clima e le altre misure contenute nel pacchetto "*fit for 55*" non violano il riparto di competenze tracciato dai Trattati. L'interpretazione restrittiva offerta dalla Corte di giustizia all'art. 192(2), lett. c), TFUE, infatti, ha privato i singoli Stati membri del potere di veto su quelle misure di contrasto al cambiamento climatico che, nella sostanza, finiscono per condizionare la politica energetica di ciascuno Stato membro. Il riparto di competenze tra Unione e Stati membri non rappresenta dunque un ostacolo alla realizzazione del *Green Deal*.

Il modello di *governance* prescelto dall'Unione, invece, è sembrato a molti inadeguato a garantire il raggiungimento degli obiettivi della transizione *green*⁵⁸. Troppo deboli, si è detto, sono i poteri riconosciuti alla Commissione. Al notevole passo in avanti compiuto sul versante dell'integrazione delle politiche ambientali e dell'energia, infatti, non corrisponde un rafforzamento delle istituzioni che rappresentano l'anima sovranazionale dell'Unione. Senza attribuire alla Commissione effettivi poteri di *enforcement*, come sarà possibile fissare una comune tabella di marcia e conciliare le opposte visioni di chi, ad esempio, punta sul nucleare e chi, invece, si oppone a questa tecnologia, di chi vorrebbe smantellare velocemente tutte le centrali alimentate dai tradizionali combustibili fossili e chi, all'opposto, le ritiene ancora indispensabili per il proprio fabbisogno energetico?

Grande eco al riguardo ha avuto la decisione del governo francese, comunicata dal Presidente Emmanuel Macron in una conferenza sulla politica energetica tenuta a Belfort lo scorso 10 febbraio 2022, di costruire sei nuovi impianti nucleari, e di avviare gli studi di fattibilità per ulteriori otto centrali, mantenendo in esercizio di tutti gli impianti nucleari oggi in funzione nel territorio francese. Il nucleare sarà quindi al centro del "mix energetico" prescelto dalla Francia per il raggiungimento della neutralità carbonica entro il 2050. La Ger-

⁵⁷ Al riguardo è ancora attuale l'analisi di J. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, il Mulino, Bologna, 1985.

⁵⁸ Cfr. al riguardo le considerazioni di E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica*, cit., p. 428, il quale ritiene necessario un rafforzamento dei poteri di coordinamento e di indirizzo della Commissione europea.

mania aveva però deciso di andare nella direzione diametralmente opposta: nel 2021 ha avviato la chiusura di tre delle sei centrali nucleari operative nel territorio tedesco e ha deciso di fermare l'attività delle restanti tre centrali entro il 2022. Se Francia e Germania hanno ribadito l'impegno a raggiungere i traguardi indicati dalla legge europea sul clima, seppure con modalità del tutto differenti, il piano di transizione verde prefigurato dal *Green Deal* è ancora oggi fortemente criticato da alcuni Stati, in particolare la Polonia e la Repubblica Ceca, che hanno un sistema energetico incentrato sull'impiego dei tradizionali combustibili fossili. All'interno dell'Unione continuano quindi a sussistere profonde divergenze sia sugli obiettivi imposti dal *Green Deal*, sia sul modo in cui realizzarli, come evidenziato in maniera palmare anche dalle polemiche che hanno accompagnato la nuova proposta della Commissione sulla tassonomia verde dell'Unione europea. La situazione si è ulteriormente complicata per effetto dello scoppio della guerra in Ucraina e della conseguente crisi energetica che ha colpito l'Unione europea. La Germania ha recentemente dichiarato di non voler chiudere entro il 2022 le centrali nucleari attive, e di prendere in considerazione la riapertura di quelle disattivate. La crisi energetica ha inoltre rafforzato l'opposizione degli Stati contrari alla chiusura delle centrali più inquinanti, in particolare quelle alimentate a carbone.

È pur vero che il modello istituzionale tracciato dal *Green Deal* e dal *Recovery Plan*, che continua ad attribuire un ruolo centrale alle istituzioni che rappresentano l'anima intergovernativa dell'Unione, appare in linea di principio inadeguato rispetto a obiettivi così ambiziosi come quelli della *green transition*. Tuttavia, appare oggi difficile immaginare che le diverse visioni degli Stati membri in materia di politica ambientale ed energetica possano essere risolte attraverso atti d'imperio adottati dalla Commissione europea. Il ruolo centrale che il *Green Deal* e il *Recovery Plan* continuano a riservare alle istituzioni intergovernative riflette indubbiamente questa preoccupazione. Alla Commissione può certamente essere riconosciuto un decisivo potere di impulso e di coordinamento. Quando però dovessero emergere divergenze di opinioni e di interessi non componibili attraverso strumenti di *moral suasion*, nella fase attuale del processo di integrazione europea sono i dialoghi e i negoziati a livello intergovernativo che più facilmente possono permettere di prevenire e comporre pericolosi conflitti politici. Nella fase attuale del processo di integrazione europea, cioè, è il metodo intergovernativo ad offrire paradossalmente maggiori probabilità di facilitare soluzioni di compromesso su quelle scelte fondamentali di politica industriale, che gli Stati membri continuano a ritenere, a torto o a ragione, rientranti nell'ambito della sovranità nazionale.

La peculiarità della *governance* europea dell'energia e dell'ambiente, che nel prossimo futuro dovrà auspicabilmente essere adeguata alle esigenze di una effettiva integrazione sovranazionale, nell'attuale delicato momento storico può facilitare una mediazione tra le opposte visioni e i divergenti interessi degli Stati membri e, in tal modo, evitare conflitti dalle conseguenze imprevedibili.

Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni *

Administrative agencies: considerations on regulatory powers

di **Margherita Ramajoli** **

ABSTRACT

Le Autorità di regolazione mettono in crisi alcuni architravi su cui regge il nostro edificio pubblicistico. Vari i profili di criticità: basti pensare ai peculiari caratteri delle norme che attribuiscono poteri decisori alle autorità, alla controversa osservanza dei principi della separazione dei poteri dello Stato e della gerarchia delle fonti del diritto, alla dubbia legittimità di poteri decisori cd. impliciti che le autorità si autoattribuiscono, all'idea della legalità procedimentale come succedaneo della legalità sostanziale, nonché all'attuale contraddittorio processo di de-quotazione della stessa legalità procedimentale. Un ripensamento complessivo si impone, anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti che ha rivisto la sua nota *Chevron doctrine* e, conseguentemente, il controllo giudiziario sull'interpretazione della legge effettuata da un'agency cui sia stato delegato il potere di completamento della disciplina legislativa.

The regulatory authorities undermine some of the lintels on which our publicist edifice rests. Suffice it to think of the peculiar characteristics of the sources of law that attribute decision-making powers to the authorities, of the controversial observance of the principles of the separation of state powers and the hierarchy of the sources of law, of the dubious legitimacy of the so-called implicit decision-making powers that the authorities attribute to themselves, of the idea of procedural legality as a substitute for substantive legality, and of the current contradictory process of "de-quotazione" of procedural legality itself. An overall rethink is also necessary considering the recent jurisprudence of the United States Supreme Court, which has revised its well-known Chevron doctrine and, consequently, the judicial review of the interpretation of the law carried out by an agency to which the power to complete legislative regulations has been delegated.

SOMMARIO: 1. Breve premessa tra passato e presente. – 2. Le norme attributive dei poteri delle Autorità di regolazione e il principio di legalità. – 3. Le norme attributive dei poteri delle Autorità di regolazione e il principio di separazione dei poteri dello Stato. – 4. Il singolare *continguum* tra previa attività amministrativa e legge successiva. – 5. Legalità sostanziale *versus* legalità procedimentale. – 6. Inconvenienti e alleggerimenti della legalità procedimentale. – 7. *Deference or not deference?* – 8. Brevi considerazioni finali.

* Il presente scritto costituisce la rielaborazione della relazione *Il processo decisionale delle autorità indipendenti* al Convegno *Processi decisionali e fonti del diritto*, 9 e 10 giugno 2022, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Verona.

** Professoressa ordinaria di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano.

1. Breve premessa tra passato e presente

Ai giorni nostri risultano ancora attuali e puntuali le parole di Giuseppe Pericu sulla problematicità delle autorità indipendenti e in particolare delle autorità di regolazione. In uno scritto apparso nel 1996 si osservava che il modello delle autorità amministrative indipendenti non era facilmente enucleabile, che attraverso l'istituzione di tali soggetti il Parlamento riconosceva la sua incapacità a disciplinare la materia e l'impossibilità da parte degli apparati ministeriali di provvedere alla gestione amministrativa e che gli ampi poteri loro attribuiti non risultavano inseriti nel sistema costituzionale, anzi apparivano in contraddizione con esso¹.

Ancora oggi permangono insite in tale modello amministrativo le criticità così acutamente evidenziate, le quali sono idonee a mettere in crisi alcuni architravi su cui regge il nostro edificio pubblicistico. Basti pensare ai peculiari caratteri delle norme che attribuiscono poteri decisori alle autorità, alla controvertosa osservanza dei principi della separazione dei poteri dello Stato e della gerarchia delle fonti del diritto, alla dubbia legittimità di poteri decisori cd. impliciti che le autorità si autoattribuiscono, all'idea della legalità procedimentale come succedaneo della legalità sostanziale, nonché all'attuale contraddittorio processo di de-quotazione della stessa legalità procedimentale.

2. Le norme attributive dei poteri delle Autorità di regolazione e il principio di legalità

Il punto d'attacco della riflessione giuridica è fornito dalle cd. norme attributive di poteri decisori alle autorità di regolazione. Per inquadrare queste peculiari norme attributive di poteri il Consiglio di Stato – a partire dal 2005 per arrivare alla giurisprudenza di questi ultimi anni² – è ricorso a formule suggestive, a loro volta ispirate da un passaggio di un libro di Habermas³. Così si suole affermare che i poteri delle autorità sono attribuiti da “leggi d'indirizzo che poggiano su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare”. La natura della copertura normativa, sia europea sia nazionale, è “adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si autoprogramma secondo le finalità stabilite dal legislatore”. In altri termini si ricorre, precisa sempre il giudice amministrativo, “alla tecnica del programma legislativo aperto”⁴.

Il carattere, così identificato, della norma attributiva del potere serve alla giurisprudenza e, ancora prima, alla pubblica amministrazione come premessa per compiere il passaggio logico che legittima l'esistenza nel nostro ordinamento dei c.d. poteri impliciti. Come è noto, i poteri impliciti sono quei poteri

¹G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 1 ss.

²Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2005, n. 5827; 24 maggio 2016, n. 2182.

³J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996, p. 511, poi puntualmente ripreso da M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 155. Sul punto cfr. altresì M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, Pisa, 2021, p. 12 ss.

⁴Le citazioni del testo sono tratte dalla giurisprudenza citata alla nt. 2.

desumibili dal complesso della disciplina della materia e strumentali all'esercizio di poteri tipizzati, ossia espressamente previsti dalla legge, o, ancora più genericamente, strumentali al perseguimento dei fini istituzionali assegnati dalla legge all'Autorità⁵.

Infatti, sempre secondo la giurisprudenza amministrativa, le clausole generali contenute nella legge sono da implementare in base al prudente apprezzamento dell'Autorità a seconda degli scopi di tutela da raggiungere. Quindi le decisioni, sia generali, sia puntuali, delle autorità, pur talvolta non rinvenendo un puntuale fondamento nelle norme primarie (europee e nazionali) di settore, sono legittime se perseguono obiettivi comunque coerenti con quelli fissati nelle suddette normative primarie, tali da poterne costituire continuazione ideale.

Così, di recente, nonostante la mancanza di una norma espressamente attributiva del relativo potere all'Autorità, è stato ritenuto legittimo l'ordine dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di erogare prestazioni gratuite agli utenti rivolto agli operatori telefonici, a seguito della loro riduzione del periodo di rinnovo e di fatturazione delle offerte di telefonia fissa, passato dalla tradizionale cadenza mensile a una quadrisettimanale, per i giorni erosi dalla fattura a cadenza non mensile, a tutela del principio di trasparenza delle condizioni contrattuali di offerta dei servizi telefonici⁶. Oppure, sempre di recente, la giurisprudenza ha ammesso un potere di regolazione della Consob con funzione di accertamento degli specifici rapporti societari tra imprese volto a eliminare incertezze giuridiche generatrici anche di conflitti di posizione tra gli stessi organi interni a una delle suddette imprese, allo scopo di assicurare il corretto funzionamento del mercato finanziario e l'interesse generale degli investitori e risparmiatori⁷.

È indubbio che siffatta costruzione giuridica entra in rotta di collisione con il principio di legalità dell'azione amministrativa che vincola ogni singolo esercizio di potere da parte della pubblica amministrazione e che trova riconoscimento nell'intero tessuto costituzionale⁸. Principio di legalità che, come ben precisato dalla Corte costituzionale, richiede "non solo che il potere amministrativo sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore", ma che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità sempre dalla legge, unica fonte a diretta legittimazione democratica, e presidio di garanzia per i consociati⁹.

Questo caposaldo della relazione tra amministrazione e privati è sicuramente messo in pericolo dalla controversa teoria dei poteri impliciti, secondo

⁵ Sui poteri impliciti cfr., per tutti, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. Distinguono, quanto ad ammissibilità e legittimità, a seconda che il potere implicito conduca all'emanazione di un atto generale oppure puntuale G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.; C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, a cura della medesima Autrice, Napoli, 2022, p. 11 ss.

⁶ Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879.

⁷ Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, relativamente al potere della Consob di qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia s.p.a. in termini di controllo di fatto ai sensi dell'art. 2359 c.c.; in relazione a questa vicenda il giudice amministrativo ha poi ritenuto che nella specie fossero state violate le regole di garanzia di partecipazione degli operatori economici.

⁸ Si deve a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 81 ss., l'osservazione secondo cui il principio di legalità è principio di costituzione materiale che trova espressione nell'art. 23 Cost.; di principio immanente al sistema democratico parla anche V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 904 ss.

⁹ Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115.

cui lo spazio a disposizione dell'amministrazione sarebbe delineato dalle norme che fissano uno scopo da perseguire e non dall'enumerazione di poteri esplicitamente attribuiti per la realizzazione di tale scopo.

Il rapporto molto elastico, quasi disinvolto, tra poteri delle Autorità di regolazione e norme attributive dei poteri stessi, le quali si limitano a delegare l'amministrazione a individuare gli strumenti operativi più adeguati a raggiungere gli scopi istituzionalmente individuati, viene giustificato dal particolare tecnicismo dei settori regolati e quindi dalla specializzazione funzionale e dall'*expertise* di tali Autorità¹⁰. Afferma infatti il Consiglio di Stato che la deroga al principio di tipicità rigorosamente inteso trova la sua ragion d'essere nel particolare compito delle Autorità di regolazione "di prevedere e adeguare *costantemente* il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema", laddove invece una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi"¹¹. In altri termini, sempre secondo il Consiglio di Stato la valenza tecnica della regolazione indipendente "impedisce la piena operatività del principio di legalità-garanzia", che assume un significato "debole", non essendo possibile assicurare la predeterminazione legislativa delle modalità e del contenuto del potere pubblico"¹².

3. Le norme attributive dei poteri delle Autorità di regolazione e il principio di separazione dei poteri dello Stato

La tematica è resa ancora più complessa e delicata da due elementi, uno riguardante il rispetto del principio della separazione dei poteri dello Stato, l'altro il modello costituzionale di pubblica amministrazione.

Anzitutto, le autorità di regolazione hanno il potere di emanare atti amministrativi generali e astratti, atti provvedimentali, atti para-giurisdizionali. Infatti, le Autorità di regolazione svolgono sia un'attività propriamente di regolazione, intesa all'adozione di decisioni di ampia portata rivolte ad un numero indeterminato di destinatari, come una delibera che determina i livelli di qualità dei servizi, sia un'attività cd. di aggiudicazione, altrimenti definibile, con linguaggio più vicino al nostro tradizionale, attività provvedimentale volta all'adozione di decisioni amministrative su casi singoli, come una sanzione pecuniaria, sia atti che risolvono controversie in via alternativa rispetto alle tradizionali vie giurisdizionali¹³. Per inciso, tra l'altro, è possibile evidenziare una difficoltà di immediato inquadramento di queste attività: da un lato, non sempre è facile distinguere tra attività di regolazione e attività puntuale, in quanto atti generali talvolta producono effetti individuabili *ex ante* sui singoli operatori¹⁴, oppure

¹⁰ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 31 ss.; cfr. poi, con particolare attenzione al diritto dell'Unione europea, F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 27 ss.

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

¹² Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

¹³ Per un inquadramento del fenomeno cfr., da ultimo, A. POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO-B. MARCHETTI-A. POLICE-M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 111 ss.

¹⁴ Come, ad esempio, le delibere sull'interconnessione che per loro natura hanno un numero ridotto di destinatari.

atti puntuali talaltra sono idonei a generare effetti strutturali e diacronici¹⁵; dall'altro, alcuni atti generali, in particolare le linee guida, in quanto atti di *Soft Law* o di *Soft Regulation* non hanno una valenza precettiva assoluta, visto che la loro violazione non determina necessariamente un illecito oppure l'invalidità degli atti contrastanti con essi¹⁶.

Sta di fatto che l'assommarsi in capo a una sola autorità amministrativa di questa congerie di vari poteri determina un'attenuazione – oltre del principio di legalità inteso in senso sostanziale, come si è visto al paragrafo precedente – del tradizionale principio di separazione dei poteri dello Stato. Si potrà anche discutere sull'attuale vigenza di questo principio nel nostro mondo contemporaneo¹⁷, ma questa anomala concentrazione di poteri resta un dato con cui fare i conti, specie se si considera il secondo elemento prima accennato, ossia la difficoltà d'individuazione del modello costituzionale di pubblica amministrazione fatto proprio dalle autorità indipendenti e quindi dalle autorità di regolazione. Infatti, queste autorità incarnano un modello di amministrazione eccentrico rispetto a quello tradizionalmente disegnato all'art. 95 Cost., dal momento che il loro operato non è riconducibile all'indirizzo politico dell'esecutivo e, conseguentemente, non rispetta il principio di "responsabilità ministeriale (ovvero, in buona sostanza della legittimazione democratica)"¹⁸.

Ne deriva il rischio tangibile di rendere le autorità di regolazioni "sovrani quasi assoluti" del settore loro affidato, sovvertendo il sistema delle fonti del diritto¹⁹.

4. Il singolare *continuum* tra previa attività amministrativa e legge successiva

Se è vero che il senso ultimo della creazione delle autorità di regolazione è prevenire e risolvere problemi regolatori che il legislatore, europeo e nazionale, fatica a prefigurare, stante la sua impossibilità di "tenere il passo"²⁰, è altrettanto vero che nel nostro ordinamento al legislatore non può essere demandato un compito quasi strumentale, secondario, eventuale, addirittura successivo dal punto di vista temporale rispetto a quello dell'Autorità di regolazione.

¹⁵ Come, ad esempio, le delibere che impongono a un operatore economico di cedere una quota predefinita della loro produzione ai concorrenti, secondo prezzi determinati sulla base di un'asta.

¹⁶ Sul punto sia permesso rinviare a M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, n. 2/2016; ID., *Soft Law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 147 ss.

¹⁷ M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007, 9, p. 23; in tema cfr. anche G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.

¹⁸ In questo senso G. PERICU, *Brevi riflessioni*, cit., p. 1 ss.; cfr. altresì E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Torino, 2019, p. 88 ss.

¹⁹ Così N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 1900 ss.; cfr. anche G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in questa *Rivista*, n. 2/2017.

²⁰ Così M. CLARICH, voce *Energia*, in *Enc.dir., Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 438 ss., spec. p. 457.

Tuttavia, in concreto l'accessorietà del legislatore rispetto alle autorità di regolazione si è manifestata in varie occasioni. Uno dei casi più rilevanti è rappresentato dalla già accennata vicenda che ha contrapposto di recente l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni alle compagnie telefoniche. L'Agcom in origine aveva autonomamente introdotto l'obbligo della fatturazione a cadenza mensile e si era dotata del potere di ordinare il rimborso agli utenti delle somme indebitamente addebitate per violazione di siffatto obbligo. Solo qualche tempo dopo all'intervento dell'Autorità di regolazione è stato introdotto anche a livello legislativo l'obbligo in questione e il relativo potere dell'amministrazione in caso di trasgressione dello stesso²¹.

È interessante notare che la giurisprudenza amministrativa ha inquadrato la legge successiva non tanto come sanatoria intesa a colmare la mancanza di una specifica norma attributiva del potere, bensì come sviluppo e ripresa di quanto stabilito a livello amministrativo, con un completo sovvertimento della gerarchia delle fonti del diritto. Il Consiglio di Stato parla di un singolare *continuum* tra attività amministrativa e legge sopravvenuta, che è fatto poggiare sulla "*eadem ratio* di provvedimenti e norma primaria", con una "riaffermazione da parte del legislatore dei valori sottesi alla delibera" dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²².

In altri termini, in obbedienza a una visione pan-finalistica lo scopo di tutela viene fatto prevalere sul rango delle fonti del diritto, relegando il Parlamento semplicemente a rafforzare disposizioni regolatorie precedenti.

5. Legalità sostanziale *versus* legalità procedimentale

Le criticità però non si arrestano qui. Secondo la giurisprudenza costituzionale²³ e amministrativa²⁴ i già illustrati fenomeni della c.d. dequotazione del principio di legalità inteso in senso sostanziale e della sottrazione delle Autorità di regolazione, in tutto o in larga parte, alla direzione politica impongono il rafforzamento della legalità procedimentale, che si sostanzia nella previsione di varie forme di coinvolgimento degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione delle decisioni, sia generali, sia puntuali. Viene così introdotta una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: "quanto meno è garantita la prima", "tanto maggiore è l'esigenza di potenziare legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio"²⁵. Si afferma così che il rispetto delle regole di partecipazione serve "a restituire, almeno in parte, coerenza al sistema", "assicurando il recupero delle garanzie

²¹ Art. 1, comma 1, del d.l. n. 7/2007, introdotto dall'art. 19-*quiquiesdecies* del d.l. n. 148/2017.

²² Cons. Stato, sez. VI, n. 879/2020, cit.

²³ Corte Cost., 22 febbraio 2017, n. 69, secondo cui "la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale ... ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti".

²⁴ Tra le tante cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; 27 dicembre 2006, n. 7972; 20 marzo 2015, n. 1532; 24 maggio 2016, n. 2182; in primo grado, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629.

²⁵ Cfr., oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente, anche Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2014, n. 4874; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2008 n. 7972.

e la prevedibilità oggettiva dei possibili sviluppi provvedimentali”, nonostante “l’opacità” della legge sostanziale di disciplina dei poteri regolatori²⁶.

Tuttavia, porre un’eccessiva enfasi sulla legalità procedimentale, intesa come correttivo sia alla perdita di legalità sostanziale sia al *deficit* di legittimazione democratica delle autorità indipendenti, rischia di depotenziare la centralità che invece deve continuare a possedere la norma attributiva del potere nel nostro ordinamento democratico. La partecipazione, dal punto di vista giuridico, non è e non può divenire un fattore di legittimazione del potere. Come è stato acutamente osservato²⁷, la nozione di legittimazione procedimentale elaborata da Lühmann²⁸ è ben diversa da quella evocata dalla giurisprudenza in questione, in quanto la prima attiene alla legittimazione in senso sociologico, nel senso di riconoscimento di un soggetto come autorità da parte di altri soggetti. Invece la partecipazione al procedimento secondo la giurisprudenza comporta la facoltà di far sentire la propria voce e di illustrare le proprie ragioni, ma non assicura né la garanzia che queste ragioni siano effettivamente prese in considerazione²⁹, né una coerenza temporale fra partecipazione e decisione³⁰. Di conseguenza una partecipazione assistita da garanzie così esili non può compensare un deficit istituzionale sul piano del principio di legalità³¹.

In definitiva il rapporto di sofferenza con la legge che la regolazione amministrativa presenta non deve fare mai dimenticare che la legge è e resta il fondamentale strumento di tutela del nostro ordinamento giuridico. Quindi solo la precostituzione legislativa del potere delle Autorità di regolazione assicura generalità, uniformità, certezza e stabilità del quadro normativo, a tutela dell’affidamento di tutti i soggetti regolati³².

6. Inconvenienti e alleggerimenti della legalità procedimentale

Ultimo elemento critico da sottolineare riguarda la tanto esaltata legalità procedimentale. In concreto essa presenta inconvenienti, da un lato, e subisce indebiti alleggerimenti, dall’altro.

Gli inconvenienti si manifestano specialmente quando vengono in rilievo le funzioni di *rulemaking* delle Autorità di regolazione. Nel modello di *notice*

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972. Una puntuale analisi della giurisprudenza in materia è svolta da A. DI MARTINO, *Oltre la partecipazione procedimentalizzata: collaborazione e regolazione nelle autorità amministrative indipendenti*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti*, cit., 81 ss.

²⁷ A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ N. LÜHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.

²⁹ TAR Lombardia, sez. II, 13 maggio 2014, n. 1245.

³⁰ Giungendo all’adozione di decisioni a distanza di un anno dalla consultazione; cfr. TAR Lombardia, sez. II, 13 agosto 2015, n. 1895; sez. II, 2 marzo 2015, n. 593.

³¹ Così, puntualmente, A. TRAVI, *Il problema generale*, cit., pp. 3-4; cfr. altresì G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 749 ss.; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, p. 305 ss.

³² Cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell’età delle incertezze*, in questa *Rivista*, n. 2/2018, e dottrina ivi riportata.

and comment l'Autorità rende noti in anticipo mediante pubblicazione i contenuti dell'atto di cui propone l'adozione (fase di *notice*), consente a tutti i soggetti potenzialmente interessati di fornire i loro commenti su tali proposte (fase di *comment*) e dà conto delle ragioni che stanno alla base della decisione, rendendo pubblica una dichiarazione dei principi fondamentali e degli obiettivi. Questo modello soddisfa lo scopo di consentire all'Autorità stessa una migliore conoscenza dei fatti e l'acquisizione di informazioni utili ai fini della decisione³³.

Tuttavia, questa procedura porta con sé sia stagnazione decisionale, sia agire non trasparente. Infatti, forte è il rischio di una dilatazione eccessiva dei tempi per addivenire ad una decisione, con notevoli ritardi nell'azione amministrativa, tant'è che nel sistema statunitense, dove tale modello partecipativo è nato, si è parlato di processo di "ossificazione" dell'attività regolativa in ragione dei vincoli procedurali³⁴. Ma il pericolo più consistente è la mancanza di trasparenza, che si realizza in una duplice direzione. Per un verso, l'opacità è generata dalla produzione di documenti sovrabbondanti e di dossier inutilmente lunghi che includono tutto ciò sia riconducibile alla decisione, oscurando, anziché chiarendo, all'esterno la comprensione del processo decisionale. Per altro verso, l'opacità si manifesta tramite una fuga dalle procedure formali, a vantaggio di negoziati informali e non trasparenti³⁵.

Gli indebiti alleggerimenti della legalità procedimentale riguardano invece le funzioni di *adjudication* delle Autorità di regolazione. Nel caso di procedimenti individuali aventi destinatari determinati devono valere le regole del pieno contraddittorio del cd. *adversary system*, di derivazione processuale, intese a garantire non la semplice possibilità, ma l'effettività del contraddittorio medesimo³⁶.

Tuttavia, una parte della giurisprudenza ritiene che le carenze procedurali siano sanabili in sede processuale, generando così una de-quotazione anche della legalità procedimentale. La premessa di partenza è che le garanzie procedurali non debbano risolversi in "inutili aggravii procedurali" e che non sia richiesto un contraddittorio nella fase istruttoria antecedente all'adozione di una decisione ma sia sufficiente un controllo giurisdizionale effettivo. Il secondo passaggio logico-argomentativo di questo ragionamento è che le garanzie del giusto procedimento non soddisfatte nella fase procedimentale siano compensabili nella fase processuale, la quale diviene il luogo di correzione, in via successiva e su ricorso della parte interessata, dei deficit di tutela verificati in sede procedimentale³⁷.

³³ Si pensi, ad esempio, alla disciplina prevista dall'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e alla delibera della Consob, 5 luglio 2016, n. 19654, disciplinante le modalità di svolgimento di una consultazione in forma pubblica davanti alla relativa Autorità.

³⁴ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 113 ss.; cfr. altresì E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, p. 211 ss.

³⁵ Fenomeno da tempo indagato nell'ordinamento statunitense; cfr. S. BREYER-R. STEWARD-C.R. SUNSTEIN-A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, New York, 2006, VI ed., spec. p. 502 ss.

³⁶ In particolare, cfr. F. MERUSI, *op. cit.*, p. 18 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss., p. 68; ID., *Autorità indipendenti*, cit., p. 149 ss.; M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur.comm.*, 2013, p. 358 ss.

³⁷ Questo orientamento fu formulato già a partire da Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, 22 novembre 1995, *Bryan v. the United Kingdom* e ora accolto anche dalla

Ma in questa maniera si trascura di considerare che la partecipazione procedimentale e quindi la dialettica tra i diretti interessati e l'amministrazione forniscono gli strumenti idonei a consentire l'accertamento di fatti complessi, specie se controversi, e l'acquisizione dei molteplici interessi in gioco; che un vero contraddittorio, tale da consentire alle imprese di presentare utilmente e nei tempi opportuni le proprie osservazioni e le proprie difese, è indispensabile per addivenire a una decisione amministrativa equa e imparziale; e, infine, che un'istruttoria completa e partecipata, in obbedienza ai principi del giusto procedimento amministrativo, riduce notevolmente il contenzioso³⁸.

7. *Deference or not deference?*

Le problematiche evidenziate non sono squisitamente autoctone. Anzi da Oltreoceano arrivano importanti fermenti giurisprudenziali in grado di mettere in crisi alcuni consolidati criteri su cui poggia l'intero edificio del diritto amministrativo americano e in particolare la nota *Chevron doctrine*. In base a tale dottrina la Corte suprema degli Stati Uniti ha da tempo riconosciuto alle *agencies* federali il potere di interpretare estensivamente leggi contenenti deleghe generiche o ambigue, assumendo un atteggiamento di deferenza giurisprudenziale verso le decisioni assunte dalle amministrazioni e rispettando l'interpretazione della legge fatta da queste ultime nella misura in cui la legge non abbia affrontato direttamente e chiarito espressamente questioni relative al suo significato e l'interpretazione dell'amministrazione non risulti irragionevole³⁹. Il

nostra Cassazione, secondo cui in materia di irrogazione di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano natura sostanzialmente penale, "gli Stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica di tale Convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 della Convenzione" (Cass. civ., sez. II, n. 4/2019). Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 879/2020, cit.

³⁸ Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha valorizzato anche in tempi recenti il ruolo del procedimento amministrativo, dapprima con la sentenza n. 69/2018, secondo cui "la compresenza dei diversi interessi coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti, ha come luogo elettivo di composizione il procedimento amministrativo ... è nella sede procedimentale, dunque, che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato ..., sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela" e poi con la sentenza n. 28/2019, a detta della quale è nel procedimento amministrativo che tutte le "istanze possono adeguatamente emergere ed essere valutate in modo trasparente, e ciò non solo a garanzia dell'imparzialità della scelta – nel rispetto del principio di cui all'art. 97 Cost. – ma anche e soprattutto per il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario coinvolto".

³⁹ *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-843 (1984): "When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is

fondamento della deferenza giurisprudenziale insito nella *Chevron doctrine* è stato ravvisato essenzialmente, anche se non esclusivamente, nel fatto che solo le *agencies* possiedono le competenze tecniche indispensabili per introdurre regolazioni con cui perseguire gli obiettivi enunciati in termini vaghi nelle leggi del Congresso⁴⁰.

Due vicende emblematiche e molto recenti, una in materia di emergenza sanitaria, l'altra in materia ambientale, mostrano chiaramente gli evocati fermenti giurisprudenziali che hanno portato a una rivisitazione della tradizionale dottrina *Chevron* e quindi al ripensamento della relazione tra norma attributiva del potere e attività amministrativa.

L'*Occupational Safety and Health Act* (OSHAct) del 1970 ha conferito all'amministrazione federale il potere di regolamentare la sicurezza dei luoghi di lavoro, stabilendo in modo ampio i principi della delega volta a garantire la salute dei lavoratori⁴¹. Durante la pandemia l'*Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), un'*agency* amministrativa, si è servita di questa ampia base legislativa per emanare un provvedimento provvisorio inteso a imporre l'obbligo vaccinale ai lavoratori americani per fronteggiare la diffusione dell'infezione COVID-19⁴².

Tuttavia, nel gennaio di quest'anno la Corte suprema, con la sentenza *NFIB v. OSHA*, ha accolto la richiesta di sospendere in via cautelare il provvedimento adottato dall'amministrazione, ritenendo che l'atto istitutivo dell'OSHA non autorizzasse in modo manifesto l'adozione di una misura come quella controversa⁴³. L'impianto argomentativo della decisione poggia sul canone denominato *major questions doctrine*, che risponde al desiderio di tracciare più precisi limiti d'intervento dell'amministrazione in un ordinamento che è andato riconoscendo alla stessa poteri sempre più estesi e profondi⁴⁴. A detta

silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute".

⁴⁰ La bibliografia sul caso *Chevron* è immensa, al punto che R.M. LEVIN, *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*, in *Chicago Kent L. Rev.*, 72, 1187, 1997, ha affermato che "scholarship about that case has been the single hottest topic in the administrative law literature of the past decade"; cfr., per la dottrina italiana, F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Merc.conc.reg.*, 2000, p. 469 ss.

⁴¹ C.R. SUNSTEIN, *Is Osha Unconstitutional?*, 94 *Va. L. Rev.*, 2008, p. 1407 ss.

⁴² *COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard*, 86 Fed. Reg. 61402 (2021). In particolare si prevedeva che i datori di lavoro con almeno cento lavoratori implementassero obbligatoriamente delle linee guida in base alle quali i lavoratori sarebbero stati tenuti a vaccinarsi completamente oppure a sottoporsi settimanalmente a test diagnostici e ad indossare sul viso dispositivi di protezione individuale se in presenza di altri lavoratori; si precisava che le spese per la vaccinazione sarebbero state a carico dei datori di lavoro e non dei lavoratori, ai quali sarebbe stato riconosciuto un permesso retribuito per sottoporsi all'inoculazione del vaccino; si imponeva ai datori di lavoro di impedire l'accesso ai luoghi di lavoro da parte dei lavoratori che, in base ai test o ad accertamenti, fossero risultati positivi al COVID-19; infine si stabilivano sanzioni pecuniarie in caso di violazione degli obblighi previsti.

⁴³ *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, 595 U.S. (2022), S. Ct. 661 (2022).

⁴⁴ A. HOWAYECK, *The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations*, in *Roger Williams University Law Review*, Vol. 25: Iss. 1, Article 9, 2020, p. 175: "A statute that Congress has authorized an agency to administer may have countless "reasonable" interpretations, and these interpretations may vary drastically depending on the presidential administration. Who is to decide which of the many reasonable interpretations is the "correct" one? Under *Chevron*, it is up to the agency. Even if the Supreme Court would find that the best interpretation of a statute contradicts an agency's interpretation, so long as the agency's interpretation is a "reasonable" one, the agency is free to ignore the judgement of the Court, which would have found the agency's interpretation

della Corte permettere all'OSHA di adottare decisioni di enorme rilevanza economica e politica espanderebbe in maniera significativa e senza una chiara autorizzazione del Congresso il potere regolatorio dell'*agency*⁴⁵.

Nondimeno la *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan non manca di sottolineare un punto che resta problematico in questa ricostruzione nelle relazioni tra potere legislativo, potere amministrativo e potere giudiziario e che si ritrova anche nel dibattito italiano: “*Underlying everything else in this dispute is a single, simple question: Who decides how much protection, and of what kind, American workers need from COVID-19? An agency with expertise in workplace health and safety, acting as Congress and the President authorized? Or a court, lacking any knowledge of how to safeguard workplaces, and insulated from responsibility for any damage it causes?*”.

Ancora più di recente (luglio 2022) la Corte suprema è intervenuta a limitare i poteri di un'altra *agency*, e cioè dell'*Environmental protection agency* (EPA), ritenendo illegittima la sua attività regolatoria di fissazione di standard sulle emissioni di gas serra delle centrali elettriche. Pur riconoscendo che un percorso di decarbonizzazione sia una “*soluzione ragionevole*” per risolvere le questioni ambientali del surriscaldamento atmosferico, nondimeno la Corte suprema ritiene non plausibile che il Congresso abbia dato all'amministrazione l'autorità di adottare autonomamente tale modello regolatorio. A giudizio della Corte una decisione di tale portata e di tali conseguenze spetta solo al Congresso stesso, o, al massimo, a un'agenzia che però agisca in base a una chiara delega da parte dell'organo rappresentativo e quindi poggiando su una puntuale e precisa norma attributiva del potere. Chiara delega che non è stata individuata nel Clean Air Act, in vigore dal 1970 e più volte modificato, non reputato base legittimante sufficiente per regolamentare in via diretta il settore energetico⁴⁶.

Pure in questo caso, come nel precedente, la Corte suprema è apparsa spaccata al suo interno, con tre giudici che hanno espresso il proprio dissenso, sottolineando come con questa decisione “*the Court strips the Environmental Protection Agency of the power Congress gave it to respond to the most pressing environmental challenge of our time*”⁴⁷. Ritorna qui, come già nella sentenza *NFIB v. OSHA*, il tema del particolare tecnicismo dei settori d'intervento amministrativo e dell'importanza di assicurare il perseguimento da parte dell'amministrazione dei fini pubblici predeterminati in via generale e astratta dalla legge, che però in questo momento storico la maggioranza della Corte suprema ha ritenuto recessivo rispetto all'esigenza di perimetrare più rigorosamente le competenze spettanti alle *agencies*, in nome della separazione dei poteri dello Stato e della legittimazione democratica.

unlawful”. Cfr. altresì le acute considerazioni di A. ROVAGNATI-L.P. VANONI, *Separazione dei poteri ed emergenza sanitaria negli Stati Uniti. Osservazioni a margine della decisione della Corte Suprema NFIB v. OSHA*, in <https://www.osservatorioaic.it>.

⁴⁵ Corte suprema USA, *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. (2022), S. Ct. 665 (2022).

⁴⁶ Corte suprema USA, *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U. S. (2022).

⁴⁷ J. KAGAN, *Dissenting, West Virginia v. Environmental Protection Agency*, la quale prosegue affermando che “*Section 111 entrusts important matters to EPA in the expectation that the Agency will use that authority to combat pollution—and that courts will not interfere*”.

8. Brevi considerazioni finali

La presenza e l'attività delle Autorità di regolazione non devono portare a un sovvertimento dei capisaldi su cui regge l'architettura pubblicistica. Tuttavia, l'immagine che viene restituita dalla realtà concreta è problematica, a livello sia legislativo, sia amministrativo, sia giurisprudenziale. A livello legislativo, dal momento che le norme attributive dei poteri a tali Autorità non risultano affatto rispettose del principio di legalità inteso in senso sostanziale, né del principio di separazione dei poteri dello Stato. A livello amministrativo, perché le Autorità intendono il loro mandato istituzionale in maniera oltremodo estensiva e sovvertono il sistema delle fonti del diritto nel concepire la legge come una sorta di strumento secondario e talvolta addirittura successivo dal punto di vista temporale rispetto all'attività regolatoria, relegando il Parlamento semplicemente a rafforzare disposizioni regolatorie precedenti. A livello giurisprudenziale, visto che il giudice baratta il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica delle Autorità con la valorizzazione della partecipazione procedimentale, al punto da configurare una nuova legalità definita procedimentale dall'incerto fondamento teorico, e, al tempo stesso, fornisce una versione debole di quest'ultima tipologia di legalità, consentendo di compensare in sede processuale il mancato rispetto delle garanzie partecipative nel corso del procedimento amministrativo.

Vero è che il particolare tecnicismo dei settori regolati e la specializzazione funzionale e dall'*expertise* di tali Autorità giustificano soluzioni peculiari, ma nella configurazione di siffatte soluzioni non si deve mai dimenticare che le Autorità di regolazione sono "realità titolari di un potere politico effettivo", il quale, pur essendo a competenza settoriale, è profondamente incidente sulla società⁴⁸.

⁴⁸ G. PERICU, *Brevi riflessioni*, cit., 1 ss.



SAGGI

L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato *

Public investment in the Recovery and Resilience Facility and the State as the macroeconomic agent of market economy

di **Bruno Tonoletti** **

ABSTRACT

Il contributo contiene una riflessione sulla natura pianificatoria del Dispositivo di ripresa e resilienza introdotto da Regolamento 2021/241/UE e sul ruolo affidato all'investimento pubblico in tale contesto. L'analisi degli obiettivi assegnati al Dispositivo e il suo inquadramento giuridico mostrano che non si tratta di un intervento meramente congiunturale, rivolto soltanto alla ripresa dalla crisi pandemica. L'intervento mira, infatti, ad incidere sulle strutture economiche degli Stati membri per rendere l'economia e la società dell'Unione europea nel suo complesso maggiormente resilienti rispetto a crisi pensate come fattori endemici del sistema economico attuale. Pur trattandosi di un intervento *una tantum*, le sue caratteristiche sembrano indicare un recupero della visione autenticamente keynesiana del ruolo dell'investimento pubblico in un'economia di mercato, i cui caratteri vengono puntualizzati nel contributo attraverso il richiamo alla riflessione di Paolo Leon sulla dimensione macroeconomica dell'intervento dello Stato nel sistema capitalistico.

The article contains a discussion on the planning nature of the Recovery and Resilience Facility introduced by Regulation 2021/241/EU and the role assigned to public investment in this context. The analysis of the objectives of the Facility and its legal framework show that it is not merely a conjunctural intervention, aimed only at recovery from the pandemic crisis. Indeed, the intervention is aimed at influencing the economic structures of member states to make the EU economy and society as a whole more resilient to crises that are thought as endemic factors in the current economic system. Although it is a one-time intervention, its characteristics seem to indicate a return to the genuinely Keynesian view of the role of public investment in a market economy, the features of which are clarified in the article through reference to Paolo Leon's thought on macroeconomic dimension of state intervention in the capitalist system.

* Rielaborazione della Relazione dal titolo *Amministrazione pubblica e ripresa economica: quanto Stato e quanto mercato?*, tenuta al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), *Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide* – Roma, 8 ottobre 2021.

** Professore ordinario di diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Pavia.

SOMMARIO: 1. Un piano in cerca di una teoria. – 2. Crisi, coesione e resilienza: l'investimento pubblico al centro del piano. – 3. Dimensione macroeconomica e funzione sociale dell'intervento pubblico nell'economia.

1. Un piano in cerca di una teoria

Il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery Plan*), istituito con il Regolamento UE 2021/241 sulla base dello strumento finanziario per la ripresa (*Next Generation EU*) di cui al Regolamento UE 2020/2094, è uno strumento di politica economica innovativo sotto diversi aspetti, certamente giustificato dalla gravità della contingenza per far fronte alla quale è stato concepito (la brusca frenata dell'economia causata dalle misure emergenziali poste in atto per fronteggiare la pandemia da Covid 19), ma forse destinato a modificare in profondità il modo di considerare l'intervento pubblico da parte dell'Unione europea.

Soltanto con il tempo si potrà misurare l'effettiva incidenza di questo intervento sull'impostazione complessiva della politica economica europea. Tuttavia, si tratta di un intervento talmente particolare che non ci si può limitare a registrarlo come un semplice episodio di *policy*, né tantomeno a considerarlo come un evento dotato di senso per il solo fatto della sua esistenza. L'intervento è stato deciso sulla base di determinati presupposti e secondo un'esplicita intenzione, ma la natura e il significato del dispositivo, nel contesto storico-ordinamentale in cui si colloca e in relazione alle sue finalità, paiono andare anche oltre rispetto a quanto espressamente dichiarato dalle istituzioni che lo hanno approvato¹.

Nel suo complesso, il dispositivo si configura come un vasto programma di investimenti pubblici collegati a riforme, finanziato dall'Unione europea mediante l'emissione di debito comune e risultante dall'insieme dei piani per la ripresa e la resilienza presentati dai singoli Stati membri². La legittimazione che in tal modo l'investimento pubblico acquisisce a livello europeo e la centralità che in tale contesto viene assegnata alla pianificazione sono gli aspetti del *Recovery Plan* che maggiormente sollecitano la riflessione e fanno pensare che questo grande Piano abbia bisogno non solo di essere tempestivamen-

¹ Il contesto della decisione e le finalità perseguite, che saranno commentati al successivo paragrafo, sono illustrati dalle due Comunicazioni della Commissione del 27 maggio 2020, COM(2020) 442 final, *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea* e COM(2020) 456 final, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*.

² M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 5 ss., spec. p. 7, osserva che il *Recovery Plan* è un esempio di rinascita della pianificazione economica generale di carattere indicativo. Rileva l'analogia con la pianificazione economica anche M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, 8-9, p. 1025 ss., il quale sottolinea anche l'importanza del fatto che il *Recovery* "costituisce un primo esperimento di solidarietà finanziaria all'interno dell'Unione europea" (*op. cit.*, p. 1026). Si può senz'altro ascrivere il *Recovery* alla tendenza a ritornare a una politica industriale europea, in un contesto "meno condizionato da pregiudizi di ordine ideologico" (E. BRUTI LIBERATI, voce *Industria*, in *Enc. dir., I Tematici III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 654 ss.). Di questa tendenza il *Green Deal* è l'espressione forse più chiara (e connessa con il *Recovery Plan*), in quanto "it explicitly aims at articulating a prospective political project" (E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in *Common Mark. Law Rev.*, 59, 2022, p. 19 ss., spec. p. 26).

te attuato, ma anche di essere sostenuto da una teoria adeguata.

Una teoria non può che scaturire dallo sforzo di comprendere la realtà e il suo rapporto con lo strumento giuridico³. E siccome la realtà abbracciata dal piano è il cuore della vita della società (la crescita, le opportunità, il futuro), la riflessione dovrebbe diventare una domanda sulla realtà in cui viviamo, sulle cause che in senso ultimo la determinano. Non si può certo avere la presunzione di dare risposta a domande così grandi e complesse, ma non si può neppure eludere il dovere intellettuale di interrogarsi sul proprio tempo e di condividere la comprensione che ne scaturisce, per quanto limitata e parziale possa essere.

2. Crisi, coesione e resilienza: l'investimento pubblico al centro del piano

Il dispositivo di ripresa e resilienza ha una natura contraddittoria. Si tratta di uno strumento straordinario che prevede interventi da attuare entro strette scadenze temporali e tuttavia mira ad obiettivi strutturali, di lungo periodo e particolarmente ambiziosi⁴.

L'art. 4 del Regolamento 2021/241 specifica che il sostegno finanziario dell'Unione ai piani di ripresa e resilienza degli Stati membri è previsto "nell'ambito della crisi COVID 19" ed è diretto anche ad attenuare "l'impatto sociale ed economico di detta crisi, in particolare sulle donne", ma gli obiettivi dell'intervento trascendono ampiamente la crisi contingente che li ha provocati.

L'art. 4 stabilisce che "l'obiettivo generale del dispositivo è promuovere la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione"⁵. Come illustrato dai primi considerando del Regolamento, il dispositivo si pone in tal modo in diret-

³ Vale anche per le teorie giuridiche relative all'intervento pubblico nell'economia quanto per le teorie economiche sottolineava J.K. GALBRAITH, *Economics in perspective* (1987), trad. it. *Storia dell'economia. Passato e presente*, Milano, 2001, p. 9, cioè che esse "sono sempre e profondamente un prodotto dei tempi e dei luoghi; e non si può analizzarle prescindendo dal mondo che interpretano. E dal momento che quel mondo cambia – è, indubbiamente, impegnato in un processo ininterrotto di trasformazione – anche le teorie economiche, se vogliono conservare una reale importanza, devono cambiare".

⁴ Come sottolinea B. DE WITTE, *The European Union's Covid-19 Recovery Plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Mark. Law Rev.*, 58, 2021, p. 635 ss., spec. 678 s., "NGEU is more than a response to the economic downturn caused by the pandemic crisis. It rather appears to be a multipurpose plan, aiming at the longer term. One could even argue that its main aim is not to offer immediate relief from the economic downturn caused by the pandemic (as the NGEU funds will anyway start flowing too late for that) but to foster structural transformation of the national economies, with special emphasis on the green and digital transitions. To use the title words of the RRF Regulation, it is more about "resilience" than about "recovery". The adoption of NGEU also confirms the flexible nature of the EU's economic constitution and its pluralist character, as it signals an ideological change from the insistence on budgetary austerity to a recognition of the need for massive public intervention in the economy".

⁵ Come osserva F. MANGANARO, voce *Politiche di coesione*, in *Enc. dir., I Tematici III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 839 ss., spec. p. 847 s., "la coesione è il principale punto di riferimento dell'intero complesso del *Next Generation EU*" e ciò si spiega perché "la risposta dell'Unione europea alla crisi pandemica è del tutto diversa rispetto alle misure restrittive adottate nel caso della crisi economica del 2008, organizzando ora, a seguito di un lungo e controverso dibattito tra gli Stati aderenti, forme di intervento pubblico a garanzia di una ripresa e resilienza che tenga conto delle disparità di partenza dei singoli territori" (cfr. anche A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 807 ss., spec. p. 817 ss.).

ta attuazione degli artt. 174 e 175 TFUE, che attribuiscono appunto all'Unione il compito di rafforzare la coesione al fine di "promuovere il suo generale sviluppo armonioso" e prevedono che gli Stati membri debbano coordinare le proprie politiche economiche al fine di raggiungere gli obiettivi di coesione dell'Unione.

Il considerando 4 specifica che, a tal fine, "oltre a misure che rafforzano la competitività, il potenziale di crescita e la sostenibilità della finanza pubblica, è altresì opportuno introdurre riforme basate sulla solidarietà, l'integrazione, la giustizia sociale e un'equa distribuzione della ricchezza, con l'obiettivo di creare un'occupazione di qualità e una crescita sostenibile, garantire un pari livello di opportunità e protezione sociale, anche in termini di accesso, tutelare i gruppi vulnerabili e migliorare il tenore di vita di tutti i cittadini dell'Unione"⁶.

Pertanto, tra gli obiettivi di coesione indicati dall'art. 4, rientrano sia il miglioramento del potenziale di crescita degli Stati membri e l'integrazione delle economie dell'Unione, sia la convergenza economica e sociale verso l'alto, l'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, la promozione della crescita sostenibile e la creazione di posti di lavoro di alta qualità, cui si aggiungono la transizione verde e la transizione digitale.

Il dispositivo si configura in tal modo come strumento di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri funzionale all'attuazione dell'art. 3, paragrafo 3 TUE, dando forza propulsiva anche ad obiettivi tradizionalmente deboli rispetto a quelli del mercato interno e della competitività, quali la piena occupazione, la giustizia sociale, la solidarietà tra le generazioni e la solidarietà tra gli Stati membri⁷.

Il nesso tra la contingenza della crisi pandemica e il carattere strutturale degli obiettivi assegnati al dispositivo di ripresa e resilienza è chiarito dai fondamentali considerando 6-7 del Regolamento, i quali fanno implicitamente risalire il dispositivo alla consapevolezza degli errori compiuti nella reazione alla crisi economica del 2008/09.

Il considerando 6 sottolinea che le crisi richiedono di far fronte ad "enormi conseguenze economiche e sociali" e che la rapidità con cui le economie e le società degli Stati membri si riprendono da una crisi "dipende a sua volta dal margine di bilancio di cui dispongono gli Stati membri per adottare misure volte a mitigare l'impatto a livello sociale ed economico della crisi e dalla resilienza delle loro economie e strutture sociali". Ma il considerando 7 aggiunge che "le esperienze del passato hanno dimostrato che gli investimenti sono spesso soggetti a tagli drastici durante le crisi", mentre sarebbe "essenziale sostenere gli investimenti in questa particolare situazione, per accelerare la ripresa e rafforzare il potenziale di crescita a lungo termine"⁸.

Queste affermazioni esprimono la consapevolezza del fatto che dalla crisi del 2008/09 gli Stati membri si sono ripresi troppo lentamente sia a causa del-

⁶ Si tiene, quindi, conto del fatto che "la ripresa necessita certamente della crescita economica, ma che a questa deve accompagnarsi la prosperità sociale" (M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e ripresa*, cit., p. 6).

⁷ Cfr. R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 903 ss., spec. p. 912. Cfr. anche A.O. COZZI, *1999-2020, dalla carta dei diritti fondamentali al next generation eu: momenti dell'integrazione europea attraverso le iniziative della presidenza tedesca*, in *Riv. AIC*, 2021, 3, p. 94 ss., spec. p. 117 ss.

⁸ Nel considerando 6 si era già sottolineato che anche "riduzioni di spesa in settori come l'istruzione, la cultura e i settori creativi e nella sanità possono rivelarsi controproducenti ai fini di una rapida ripresa".

la carenza di investimenti pubblici destinati ai fattori strutturali di crescita economica e sociale, sia a causa della riduzione del margine di bilancio e della contrazione degli investimenti pubblici per effetto della crisi. Infatti, quando il considerando 7, come si è visto, menziona le esperienze del passato, fa chiaramente riferimento alla crisi del 2008/2009, durante la quale la vigenza del patto di stabilità ha limitato fortemente la capacità di reazione degli Stati membri, a causa del ridotto margine di bilancio⁹.

La sospensione del patto di stabilità in concomitanza della crisi pandemica è la migliore dimostrazione del capovolgimento di prospettiva dell'Unione rispetto alla crisi precedente.

Un ulteriore aspetto rilevante per la comprensione della *ratio* dell'intervento si rinviene nella sottolineatura dell'interdipendenza tra gli Stati membri, basata sulla considerazione che le crisi producono "effetti asimmetrici per gli Stati membri" e che "la mancanza di resilienza può anche comportare effetti di ricaduta negativi dovuti agli shock tra Stati membri o nell'Unione nel suo insieme, ponendo in tal modo sfide per la convergenza e la coesione nell'Unione" (considerando 6).

Si comprende, quindi, perché l'art. 4 del Regolamento inquadri nella finalità di coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione l'obiettivo generale del dispositivo e lo qualifichi nei termini di uno strumento di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, proiettando la sua dimensione ben al di là della contingenza rappresentata dalla crisi pandemica.

L'estrema gravità della crisi ha prodotto una sorta di accelerazione *una tantum* di percorsi già iscritti nella traiettoria dell'Unione, quantomeno dal Trattato di Lisbona, rimasti tuttavia bloccati per molto tempo a causa delle resistenze "individualistiche" da parte degli Stati membri maggiormente favoriti dallo *status quo*.

In questo quadro, l'investimento pubblico trova uno statuto completamente nuovo, per quanto provvisorio, in quanto viene liberato dalla visione riduttiva che lo affligge nel contesto del patto di stabilità e nell'interpretazione corrente della disciplina degli aiuti di Stato.

Infatti, da un lato, la capacità dell'investimento pubblico di creare valore per la crescita economica e la società non è riconosciuto nella disciplina sul patto di stabilità, che lo condiziona comunque al rispetto dei vincoli di bilancio, nonostante gli sforzi interpretativi della Commissione per ricavare maggiore flessibilità per gli investimenti dalle regole vigenti¹⁰. Non a caso, il tema degli in-

⁹ Per il rilievo che a determinare la risposta depressiva dell'Unione europea a tale crisi furono, da un lato, "la rigida interpretazione delle norme del trattato relative al consolidamento fiscale e alla riduzione del debito" e, dall'altro, il fatto che "il Trattato non contiene norme per un'azione politica anticiclica", F. SACCOMANNI, *Crepe nel sistema. La frantumazione dell'economia globale*, Bologna, 2018, p. 138. L'esplicita menzione alla crisi fatta al considerando 6 ("la crisi COVID-19, così come la precedente crisi economica e finanziaria del 2009, hanno dimostrato che lo sviluppo di economie solide, sostenibili e resilienti nonché di sistemi finanziari e di welfare basati su robuste strutture economiche e sociali aiuta gli Stati membri a reagire con maggiore efficacia e in modo equo e inclusivo agli shock e a registrare una più rapida ripresa") deve essere intesa nel senso che l'Unione ha imparato la lezione della crisi del 2008/09 e quindi a fronte della crisi pandemica reagisce, a differenza di quanto fatto in quell'occasione, non con la contrazione, bensì con l'aumento dell'investimento pubblico diretto al rafforzamento della struttura economica e sociale degli Stati membri.

¹⁰ Comunicazione della Commissione 13 gennaio 2015, COM(2015) 12 final, *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del patto di stabilità e crescita*. Come ricorda C. PINELLI, *Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 639 ss., spec. 647, "si dimentica spesso che le scelte fondamentali del Six-Pack del

vestimenti pubblici alla luce dell'esperienza fatta con il *Recovery* è al centro della Comunicazione della Commissione sulla riforma del patto di stabilità ¹¹.

D'altro lato, nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato non si fa alcuna distinzione tra investimenti e meri sostegni alle imprese. Anzitutto, si considera attività economica "ogni attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato", senza che abbia rilievo "il fatto che un'attività non venga assicurata da operatori privati o che non sia redditizia" ¹². Pertanto, "non è rilevante il fatto che l'intervento costituisca o meno un mezzo razionale impiegato dagli enti pubblici per perseguire obiettivi di politica pubblica", essendo invece "necessario valutare se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili che opera alle normali condizioni di un'economia di mercato avrebbe realizzato l'investimento in questione" ¹³.

Originariamente, erano esclusi dall'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato gli investimenti per la realizzazione di infrastrutture in quanto "misure di interesse pubblico", a condizione che il loro accesso e utilizzo restassero "pubblici e generalizzati" ¹⁴. Tuttavia, l'applicabilità del criterio dell'investitore di mercato anche agli investimenti per la realizzazione di infrastrutture aventi un uso economico è stata successivamente sancita dalla Corte di giustizia, in base alla considerazione che "costituisce attività economica ogni attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato", senza che abbia alcun rilievo "il fatto che un'attività non venga assicurata da operatori privati o che non sia redditizia" ¹⁵.

Al contrario, nell'ambito del *Recovery Plan* l'investimento pubblico degli Stati membri viene esplicitamente riconosciuto come necessario non solo per la reazione alle crisi, ma per creare le condizioni di una crescita strutturale, giusta e inclusiva, per creare occupazione, per l'avvicinamento delle economie degli Stati membri, per la coesione economica, sociale e territoriale ed anche per l'equità nella distribuzione della ricchezza ¹⁶.

2011, poi ribadite dal *Fiscal Compact*, sono state anticipate da una revisione della Legge Fondamentale tedesca del 29 luglio 2009, compresa l'eliminazione della regola che consentiva alla Federazione e ai *Laender* di far ricorso all'indebitamento per finanziare spese in conto capitale (*golden rule*) ... Anche l'eliminazione della regola che consentiva il ricorso all'indebitamento in presenza di spese in conto capitale fu dunque decisa anzitutto in Germania, con un'autolimitazione che riflette l'accoglimento della versione più intransigente dell'ordoliberalismo nella sua patria di origine ... L'eliminazione della *golden rule* suscitò ben presto, non solo nei Paesi debitori, l'interrogativo se non innescasse un circolo vizioso fra contrazione delle risorse necessarie agli investimenti e nuovo indebitamento".

¹¹ Comunicazione del 19 ottobre 2021, COM(2021) 662 final, *L'economia dell'UE dopo la COVID-19: implicazioni per la governance economica*.

¹² Corte giust., 19 dicembre 2012, causa C-288/11, *Leipzig-Halle*.

¹³ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C 261/01, punti 74 e 76. Sulle origini giurisprudenziali del criterio, P. MENGOSI, *Il principio dell'investitore privato in un'economia di mercato e i valori del diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, p. 345 ss.

¹⁴ XXV Relazione sulla politica di concorrenza, COM(86) 126 def., 85.

¹⁵ Sentenza *Leipzig-Halle*, cit.; in precedenza, Corte giust., 24 ottobre 2002, causa C-82/01, *Aéroports de Paris*.

¹⁶ L'investimento pubblico viene finanziato con un debito pubblico comune, nella constatazione che il margine di bilancio di cui dispongono gli Stati membri non sia sufficiente, con ciò mettendo una pesante ipoteca sul patto di stabilità e sulle politiche restrittive della spesa pubblica, compreso il principio del pareggio del bilancio. La riforma del patto di stabilità incontrerà sicuramente fortissime resistenze da parte di alcuni Stati membri, fra cui in prima fila la Germania, ma è indubbio che il *Next Generation EU* abbia rappresentato un consapevole passo verso "un migliore coordinamento delle politiche di bilancio nazionali così che la politica fiscale di Eu-

3. Dimensione macroeconomica e funzione sociale dell'intervento pubblico nell'economia

Anche se il Recovery Plan fosse soltanto il frutto di pragmatismo politico, spinto dall'eccezionalità delle circostanze, avrebbe comunque bisogno di una propria teoria, non solo perché non risulta inquadrabile in alcun modello d'intervento pubblico compatibile con il paradigma attualmente dominante, che assegna allo Stato i ruoli di guardiano notturno, facilitatore, regolatore, salvatore e risolutore di squilibri del mercato sempre pensati come temporanei, ma anche perché è la realtà stessa su cui il dispositivo di ripresa e resilienza si propone di intervenire a reclamare una diversa considerazione del ruolo dello Stato nell'economia ¹⁷.

Nel mondo in cui viviamo, la disuguaglianza estrema nella distribuzione della ricchezza, il livello di disoccupazione e di precarietà lavorativa, il basso livello dei salari, l'esplosione della povertà, la grande concentrazione economica, la disomogeneità dei tassi di crescita delle economie e gli squilibri che ne derivano, nonché la devastazione del pianeta e l'alterazione del clima sono dati strutturali.

E tutti dipendono dal funzionamento dell'economia così com'è attualmente regolata e praticata. Si tratta di fenomeni estremi, ma non sono effetti voluti da nessuno nel loro complesso. Sono il frutto del cumularsi di decisioni di individui (consumatori, imprese, lavoratori, operatori finanziari, proprietari di capitale, sindacati, famiglie), che operano razionalmente secondo la logica del sistema economico in cui si trovano inseriti, ma rimangono ciechi nei confronti degli effetti delle loro decisioni sull'economia nel suo insieme.

Siamo di fronte agli esiti distruttivi di un mondo economico fondato sulla credenza che la somma di decisioni individuali razionalmente efficienti sia in grado di produrre di per sé un benessere collettivo, credenza in base alla quale lo Stato si è ampiamente ritirato dalla direzione dell'economia, lasciando campo libero al mercato. La manifesta ingovernabilità di fenomeni devastanti prodotti o amplificati a dismisura da una logica di mercato lasciata completamente a se stessa, sta provocando un ritorno, si potrebbe dire "in ordine sparso", dello Stato.

Il significato di questa riappropriazione da parte dello Stato di un ruolo direttivo dell'economia, di cui anche il dispositivo di ripresa e resilienza è espressione, non può essere adeguatamente compreso ricorrendo agli occhiali ormai appannati del vecchio paradigma orientato al mercato, proprio perché la fiducia nella razionalità complessiva del mercato è smentita dai fenomeni estremi che stanno provocando il ritorno dello Stato.

rolandia (incluso il bilancio comunitario) possa diventare più favorevole alla crescita ed essere orientata al perseguimento di obiettivi macroeconomici importanti per l'UE nel suo insieme", come auspicava F. SACCOMANNI, *Crepe nel sistema*, cit., p. 139. Sicuramente, inoltre, il *Recovery* è portatore di una visione opposta rispetto a quella "dell'efficientamento degli Stati e delle strutture pubbliche" che aveva raggiunto livelli parossistici a partire dal 2011 (A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 85 ss.; cfr. anche L. DE LUCIA, "Pastorato" e "disciplinamento" nella governance economica europea, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 867 ss.).

¹⁷ Per una sintesi efficace delle credenze che impediscono di riconoscere "l'importante ruolo dello Stato nella creazione di valore, attraverso l'assunzione di rischi", limitando il ruolo dell'intervento pubblico alla correzione dei fallimenti del mercato, M. MAZZUCATO, *Mission Economy: A Moonshot Guide to Changing Capitalism* (2021), trad. it. *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Bari-Roma, 2021, p. 27 ss.

Una lezione che sembra importante riprendere oggi è quella di un grande studioso di economia pubblica italiano, Paolo Leon¹⁸.

Leon rilevava che la dimensione macroeconomica sfugge completamente agli operatori economici, perché si manifesta secondo leggi che essi ignorano proprio in quanto agenti economici razionali avvolti nel “velo d’ignoranza smithiano”¹⁹. Proprio per il loro egoismo razionale, risulta “connaturata alla loro essenza” l’impossibilità che gli operatori di mercato “si rendano consapevoli degli effetti delle loro azioni sull’economia nel suo complesso”²⁰.

È per questa fondamentale ragione che un’economia di mercato ha bisogno dello Stato, che è l’unico vero agente macroeconomico²¹.

Si può vedere un riflesso di questa consapevolezza anche nelle origini della disciplina antitrust, ove si considerava la concorrenza come limite allo sviluppo di poteri privati tanto grandi da mettere in pericolo non solo la libertà, ma anche l’efficacia delle decisioni pubbliche, attraverso azioni mosse dall’interesse individuale, capaci però di produrre effetti macroeconomici rilevanti per l’intera società²².

Lo Stato è anche l’unico portatore delle esigenze della società nel suo insieme, perché “è struttura originaria, storicamente precedente la stessa forma capitalistica, e perciò dotato di qualche elemento strutturale che ne difende la sopravvivenza”, a differenza del capitalismo anarchico, che potrebbe avere esiti inconsapevolmente distruttivi proprio perché individualista, cieco alle conseguenze complessive delle azioni dei singoli²³.

In quest’ottica, l’investimento pubblico risulta strutturalmente necessario,

¹⁸ P. LEON, *Il capitalismo e lo Stato. Crisi e trasformazione delle strutture economiche*, Roma, 2014. Come lo stesso A. riferisce (*op. cit.*, p. 12), egli è stato vittima “del lungo oscuramento che, dopo le politiche Thatcher-Regan, ha colto chiunque si sia occupato di economia nel suo complesso. Eravamo pochi e dispersi, in quel periodo, anche perché i maestri della nostra generazione – John Maynard Keynes, Federico Caffè, Joan Robinson, Piero Sraffa, Nicholas Kaldor, Paolo Sylos Labini – erano stati sconfitti” e la loro scuola (proseguita con Pasinetti, Garegnani, Graziani e Roncaglia) “fu ignorata, quando non rimossa con fastidio, dalle teorie dominanti (Friedman, Lucas) e le politiche economiche l’hanno dimenticata”.

¹⁹ “Per Smith, i partecipanti allo scambio non hanno cognizione (né s’interessano) degli effetti dello scambio sugli altri partecipanti, sui non partecipanti e perciò sulla domanda effettiva e sull’economia nel suo complesso ... Così ciascuno persegue il proprio interesse egoistico o altruistico, non persegue obiettivi economici collettivi ... Le scelte industriali sono sempre razionali, ma ciò non implica analoga razionalità nelle conseguenze macroeconomiche” (P. LEON, *op. cit.*, p. 35 s.).

²⁰ P. LEON, *op. cit.*, p. 12.

²¹ “Lo Stato può, se il sistema politico glielo permette, conoscere gli effetti macroeconomici delle proprie scelte e di quelle dei capitalisti; può sbagliare, ma possiede gli strumenti per correggersi. Così lo Stato è sempre istituzione macroeconomica” (P. LEON, *op. cit.*, p. 57).

²² G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, 1997, p. 2, ripreso da M. D’ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato conc. reg.*, 2020, p. 235 ss.; cfr. anche T. WU, *The Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World* (2020), trad. it. *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, Bologna, 2021; M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2010, p. 191 ss., spec. p. 210. M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., I Tematici III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 292, spec. p. 293 s. osserva in proposito che la recente “rivitalizzazione della relazione tra forma di mercato concorrenziale e forma di governo democratico è dovuta a molteplici fattori, non ultimo il crescente potere di grandi gruppi imprenditoriali nei mercati digitali, che va oltre la dimensione meramente economica” (cfr. anche M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 871 ss.; M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, *ivi*, p. 893 ss.).

²³ P. LEON, *op. cit.*, p. 50.

non quale intervento di riequilibrio o reazione ai fallimenti del mercato, né solamente per creare valore e innovazione sociale o per sostenere la domanda (che è l'unico vero motore in senso ultimo della crescita), ma anche perché "qualsiasi società è definita almeno dal suo criterio di sopravvivenza e ciò implica che il suo agente, cioè lo Stato, dovrebbe operare in modo da evitare che i membri della società siano esclusi, emarginati o eliminati. La società non può escludere i suoi membri senza negare la propria esistenza. Invece il capitalismo, mentre crea sviluppo, reddito e ricchezza, genera costantemente anche esclusione e disuguaglianza"²⁴.

Ripresa e resilienza, le parole chiave del più grande programma di investimenti pubblici in Europa dopo il Piano Marshall, rinviano appunto alla necessità di assicurare non semplicemente la rapida ripresa economica, ma la stessa capacità di sopravvivenza delle strutture economiche e sociali di fronte agli impatti violenti delle crisi.

Lo strumento messo in campo dall'Unione europea per contrastare la crisi pandemica sembra, quindi, scaturire da una visione profondamente diversa rispetto a quella espressa dalla Signora Thatcher all'inizio dell'epoca economica attuale, quando affermava che "la società non esiste", e si avvicina molto alla consapevolezza, oggi sempre più diffusa, che invece "la società è tutto"²⁵.

Il dispositivo e i piani nazionali di ripresa e resilienza²⁶ con esso finanziati non si presentano come strumenti rivoluzionari, ma sotto la superficie qualcosa è cambiato nel modo di concepire il ruolo dell'intervento pubblico nell'economia.

Si tratta, infatti, di programmazioni di livello macroeconomico e dichiaratamente orientate a un'economia della domanda effettiva, visto che non solo puntano all'occupazione e all'equa ripartizione dei vantaggi della crescita, ma si propongono anche di orientare il mercato in direzioni nuove, così pure creando nuova domanda²⁷. È evidente, inoltre, che da un così elevato volume di investimenti da realizzare in tempi ristretti ci si aspetta un effetto moltiplicatore importante di stampo tipicamente keynesiano²⁸.

²⁴ P. LEON, *op. cit.*, p. 95. Per una riflessione su questi temi a partire dalla crisi economica post-pandemica, cfr. A. POGGI, *Oltre la globalizzazione. Il bisogno di uguaglianza*, Modena, 2020.

²⁵ Come osserva C. GUILLY, *No Society. La fin de la classe moyenne occidentale* (2018), trad. it. *La società non esiste. La fine della classe media occidentale*, Roma, 2019, p. 7, "There is no society: la società non esiste. Quando le pronunciò, nell'ottobre del 1987, Margaret Thatcher non poteva immaginare che queste parole, trent'anni dopo, sarebbero state la perfetta descrizione della crisi che ha colpito tutti i Paesi occidentali". Con l'affermazione "la società è tutto" si apre invece la recente riflessione sul significato attuale del contratto sociale proposta da M. SHAFIK, *What We Owe Each Other* (2021), trad. it. *Quello che ci unisce*, Milano, 2021, p. 11.

²⁶ Per una panoramica sui diversi piani nazionali, cfr. B.P. AMICARELLI-P. CLARIZIA-M. MANOCCHIO-P. MARCONI-G. MOCAVINI-R. MORGANTE-G. NAPOLITANO-A. RENZI, *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 1137 ss.

²⁷ Nella visione keynesiana la domanda effettiva, della quale la spesa pubblica è una componente essenziale, è la determinante dell'offerta, quindi il motore dello sviluppo economico, in quanto – al contrario di quanto suppone la c.d. legge di Say – "l'aumento di produttività del sistema nasce proprio da come l'impresa si adatta all'aumento della domanda" (P. LEON, *L'economia della domanda effettiva*, Milano, 1981, p. 11).

²⁸ Più sottilmente keynesiano è il presupposto del dispositivo di ripresa e resilienza, che, come si è visto, considera normale l'evenienza delle crisi, assumendo che "lo sviluppo di economie solide, sostenibili e resilienti nonché di sistemi finanziari e di welfare basati su robuste strutture economiche e sociali aiuta gli Stati membri a reagire con maggiore efficacia e in modo equo e inclusivo agli shock e a registrare una più rapida ripresa" (Regolamento 2021/241/UE, considerando 6). Una visione di questo genere corrisponde alla "importanza attribuita da Key-

Come è stato di recente sottolineato, di fronte agli enormi problemi dell'epoca attuale, "abbiamo bisogno di progetti ambiziosi basati su valori comuni"²⁹, quindi "è necessario rivitalizzare il senso dell'interesse pubblico" e "solo lo Stato ha la capacità di guidare la trasformazione nella scala necessaria"³⁰.

Lo strumento del *Recovery* sembra muoversi in questa direzione, che non è certamente quella della pianificazione economica tentata negli anni sessanta³¹, ma è comunque diretta a creare valore con l'investimento pubblico e a indirizzare il mercato, nella logica di un'economia aperta, ma non più lasciata completamente a se stessa.

nes ai fenomeni di disequilibrio, cioè al 'fatto che è nella fase di transizione [tra posizioni d'equilibrio mai raggiunte] che viviamo realmente' (TG p. 513, nota e)", quindi "alla dimensione del tempo, alla natura transitoria delle varie fasi cicliche, all'attività economica intesa come processo dinamico" (H.P. MINSKY, *John Maynard Keynes* (1975), trad. it. *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, Torino, 1981, p. 5).

²⁹ L. REICHLIN, *La crisi un'occasione per ripensare al ruolo dello Stato*, in AA.VV., *Il mondo che verrà. Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, in *Quaderni del Cnel*, 2020, p. 145 ss., spec. p. 150. Come sottolinea L. TORCHIA, *Dov'è il vero valore del Recovery Plan*, in *lavoce.info*, "qui sta, per l'Italia, il valore maggiore del *Recovery Plan*: nella necessità di costruire e mettere in pratica la capacità di ben progettare (e non solo di proclamare), di valutare a priori e a posteriori sulla base delle evidenze e non delle suggestioni, di realizzare in tempi definiti senza rinvii e dilazioni infinite". Sull'esigenza di dotare l'amministrazione pubblica di condizioni adeguate per l'attuazione del Piano, G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 145 ss.

³⁰ M. MAZZUCATO, *Missione economia*, cit., p. 24.

³¹ Per un confronto tra la pianificazione prevista dal *Recovery Plan* e la programmazione economica italiana della fine degli anni settanta, cfr. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale*, cit., p. 1029 ss.



SAGGI

Le sanzioni amministrative ‘punitive’ tra diritto costituzionale ed europeo

The “punitive” administrative sanctions between Constitutional and European law

di **Dario Simeoli** *

ABSTRACT

La prima parte del saggio ricostruisce lo statuto costituzionale delle sanzioni amministrative ‘punitive’, alla luce della più recente giurisprudenza, nazionale e sovranazionale. La seconda parte indaga il fondamento della distinzione sistematica tra gli atti amministrativi sanzionatori e regolatori, giungendo alla conclusione che esso vada individuato nella diversa dinamica giuridica che connota la ‘legalità penalistica’ rispetto alla ‘legalità amministrativa’. L’ultima parte dello studio trae le conseguenze della tesi proposta sul piano del sindacato giurisdizionale.

The first part of the essay depicts the constitutional status of administrative sanctions, in the light of the most recent national and supra-national case law. The second part investigates the basis of the systematic distinction between the two types of administrative acts – sanctions and regulatory –, identifying it in the different features that characterize the ‘penalty legality’ with respect to the ‘administrative legality’. The last part of the paper draws the consequences of the proposed thesis in terms of judicial review.

SOMMARIO: 1. Piano di indagine. – 2. La “decostruzione” dell’impianto sistematico tradizionale. – 3. Il nuovo “volto” costituzionale delle sanzioni amministrative “punitive”. – 3.1. Principio di “stretta” legalità e riserva di legge. – 3.2. Divieto di retroattività delle norme incriminatrici e delle sanzioni più sfavorevoli – 3.3. *Lex mitior* e successione impropria. – 3.4. Illegittimità costituzionale e travolgimento del giudicato. – 3.5. Sufficiente precisione del precetto sanzionatorio. – 3.6. Doppio binario sanzionatorio e “*ne bis in idem*”. – 3.7. Principio della responsabilità personale. – 3.8. Proporzionalità della pena. – 3.9. “Giusto” procedimento sanzionatorio. – 4. Proposta ricostruttiva: l’atto di accertamento dell’illecito amministrativo. – 4.1. *Segue.* Il “giusto” processo sulle sanzioni amministrative punitive. – 5. Conclusioni.

1. Piano di indagine

Per sanzioni amministrative “punitive” si intendono le misure afflittive che, per quanto applicate da organi di natura amministrativa e non giurisdizionale, sono attratte, per impulso degli impegni assunti a livello internazionale, nell’alveo protettivo delle principali garanzie riconosciute in «materia penale», al di là della loro formale qualificazione giuridica.

* Consigliere di Stato.

Il percorso evolutivo di tale tipologia di atti – che ha interessato in modo particolare i modelli di “*enforcement*” delle amministrazioni indipendenti¹ – si presta ad essere esaminato attraverso tre diverse angolazioni.

La prima prospettiva riguarda il sistema delle fonti ed il coordinamento tra ordinamenti diversi, interno e sovranazionali, operanti nel medesimo settore della tutela dei diritti fondamentali². L’analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale, come emergerà di seguito, evidenzia la necessità di contemperare la «massima espansione delle garanzie»³ con i margini di discrezionalità che devono pur sempre riconoscersi al legislatore nazionale nel configurare «l’autonomia dell’illecito amministrativo dal diritto penale»⁴.

Il secondo versante di analisi è incentrato sulla collocazione sistematica di una figura giuridica da sempre foriera di incertezze, a causa dell’estrema varietà delle misure di reazione previste dalla legge a fronte della violazione di norme di diritto pubblico (alcune delle quali volte principalmente al ripristino dell’interesse pubblico violato), e della conseguente difficoltà di inquadramento entro un quadro normativo ordinato e coerente⁵. Occorre in particolare chiedersi se la sanzione amministrativa “punitiva” sia un atto, non solo “della” amministrazione, ma anche “di” amministrazione; e se, nell’ampio *genus* degli atti amministrativi, l’accertamento dell’illecito pubblico sia oramai dotato di un’autonoma connotazione strutturale e funzionale rispetto alla comune nozione di provvedimento amministrativo.

Da ultimo, è di estremo interesse riflettere in ordine alle ripercussioni sul sistema di tutela giurisdizionale.

I paragrafi 2 e 3 sono dedicati all’analisi del dato normativo, del dibattito dottrinale e della recente giurisprudenza costituzionale ed europea. Nei successivi paragrafi 4 e 5 si svolgeranno, sulla base delle risultanze emerse, alcune considerazioni critiche e ricostruttive.

2. La “decostruzione” dell’impianto sistematico tradizionale

Non è possibile, né utile, condensare in poche pagine il ricchissimo dibattito dottrinale sulla nozione di sanzione amministrativa e sulla sua specificità rispetto, sia alla sanzione penale, sia alla restante attività amministrativa⁶.

¹ Per una disamina della materia: F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012; F. D’ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014.

² Sul tema più generale, cfr. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, 25 maggio 2017, pubblicato sul sito della Corte Costituzionale.

³ Corte Cost., 2 dicembre 2009, n. 311, e 4 dicembre 2009, n. 317.

⁴ Corte Cost., 1 aprile 2015, n. 49.

⁵ Cfr. A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, p. 627, il quale parla di una figura «sospesa» fra il diritto amministrativo e il diritto penale.

⁶ Vanno ricordate quantomeno le seguenti opere: G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984; F. BENVENUTI, «Autotutela (diritto amministrativo)», voce in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970; E. CANNADA BARTOLI, «Illecito (diritto amministrativo)», voce in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970; E. CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di Studi di scienza della amministrazione, Milano, 1982; C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988; C.E. PALIERO-A. TRAVI, «Le sanzioni amministrative», voce in *Enc. dir.*,

È sufficiente ricordare che la dottrina e la giurisprudenza hanno progressivamente codificato, nell'ambito delle misure limitative della sfera giuridica degli amministratori, una cesura tipologica e sistematica tra la sanzione "in senso stretto", radicata nell'idea dell'illecito da reprimere⁷, e la sanzione "in senso lato", da intendersi invece quale strumento di supporto dell'azione amministrativa⁸, assegnando alle due categorie di atti un diversificato apparato di garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali.

La sanzione "in senso stretto", disciplinata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, costituisce la reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto, alla quale è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria⁹. L'omogeneità funzionale con la "pena" è confermata dal criterio della «specialità» adottato per dirimere conflitti e sovrapposizioni fra norme penali e norme sanzionatorie amministrative¹⁰. Per gli stessi motivi, tale figura è presidiata (a livello di legislazione ordinaria) dai principi di legalità, personalità e colpevolezza, viene irrogata tramite un procedimento maggiormente rispettoso del contraddittorio, rispetto a quanto previsto per la generalità dei procedimenti amministrativi¹¹ (per quanto, come vedremo, inadeguato nella prospettiva europea), nonché soggetto ad integrale riesame giudiziale (senza, cioè, alcun limite di 'merito' amministrativo). La commisurazione della sanzione "in senso stretto" costituisce espressione di un potere discrezionale di tipo "giudiziale" che fronteggia il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale dell'incolpato, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario¹².

Accanto al modello disciplinato dalla legge n. 689/1981, sono stati poi introdotti altri "formanti" normativi speciali di sanzione amministrativa, pure ispirati ai medesimi principi generali di matrice penalistica. La sanzione amministrativa tributaria¹³ si caratterizza anch'essa per il suo carattere tipicamente

XLI, Milano, 1989; C. PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa*, Padova, 1990; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; A. VIGNERI, *La sanzione amministrativa*, Padova, 1984; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1989; E. ROSINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1991; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2003, II ed., p. 585 ss.

⁷ Tale inquadramento, come è noto, risale a G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op.cit., p. 51 ss. Vedi anche E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, p. 125 ss.

⁸ F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV. (a cura di U. Pototschnig), *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di scienza dell'amministrazione (Varenna 1980), Milano, 1982, 33 ss.

⁹ F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista dir. comunitario*, 2013, 79 ss.

¹⁰ Cfr. l'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

¹¹ Si pensi al diritto dell'incolpato all'audizione personale, nonché al diritto di ricevere una tempestiva contestazione.

¹² Posizione a parte occupano le sanzioni disciplinari applicate nei confronti dei soggetti che si trovano in un peculiare rapporto con l'amministrazione, le quali sono oggetto di una regolamentazione peculiare (l'art. 12 della legge n. 689/1981 esclude dal proprio campo di applicazione le «violazioni disciplinari»).

¹³ La figura è disciplinata dai decreti legislativi emanati in attuazione di quanto disposto dall'art. 3, comma 133, legge 23 dicembre 1996, n. 662: il d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, contenente le «Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie»; il d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, concernente la «Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tribu-

afflittivo, distinguendosi dagli altri illeciti amministrativi unicamente per il fatto di ricollegarsi alla violazione di una disposizione di diritto tributario, la cui specificità ne giustifica la considerazione settoriale¹⁴. Con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 è stata introdotta la «responsabilità amministrativa» dell'ente collettivo per i reati commessi, nel suo interesse o vantaggio, dai soggetti in posizione di vertice e dai dipendenti del medesimo¹⁵, dove l'ordinamento conferisce al fatto storico una duplice rilevanza: fatto di reato per le persone fisiche che lo hanno messo in opera e illecito amministrativo per le soggettività collettive cui si applica la responsabilità amministrativa¹⁶.

Sull'altro versante, le sanzioni in "senso lato" – per quanto anch'esse conseguenti ad una condotta tenuta in violazione del precetto – costituiscono invece una manifestazione tipica di potere amministrativo autoritativo, riconducibile (secondo una nota ricostruzione dottrinale) alla categoria dell'autotutela¹⁷, in relazione alla quale il cittadino versa in una posizione di interesse legittimo, e dunque attratte nella giurisdizione del giudice amministrativo¹⁸. Appartengono a tale ampio *genus* di atti non aventi, se non marginalmente, la funzione di rimproverare il responsabile dell'infrazione: a) le misure interinali, di carattere preventivo e cautelare; b) la rimozione di titoli abilitativi; c) la reintegrazione, in qualsiasi forma, dello stato di cose antecedente alla trasgressione¹⁹; d) i provvedimenti interdittivi²⁰.

A tali sanzioni "altre" si applicano i principi dell'attività amministrativa tradizionale dettati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), pure quando le stesse comportino conseguenze di carattere marcatamente afflittivo.

All'interno della richiamata tassonomia, il discrimine tra le due categorie di

ti»; il d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 473, contenente la «Revisione delle sanzioni amministrative in materia di tributi sugli affari, sulla produzione e sui consumi, nonché di altri tributi indiretti». Il primo testo normativo che abbia raccolto in un corpus organico e unitario i principi e le disposizioni destinati a disciplinare la materia delle sanzioni tributarie risale alla legge 7 gennaio 1929, n. 4, contenente le «Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie».

¹⁴ Cfr. I. MANZONI, (voce) *Illecito amministrativo tributario*, in *Enc. dir., Annali I*, 2007.

¹⁵ La responsabilità da reato degli enti, inizialmente circoscritta alle fattispecie di corruzione, concussione, truffa, illeciti finanziamenti pubblici e simili, è stata via via estesa ad altre ipotesi delittuose. Le sanzioni previste sono sia pecuniarie che interdittive.

¹⁶ Cfr. A. BERNASCONI, (voce) *Responsabilità Amministrativa degli Enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 2, 2008.

¹⁷ F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1999, p. 550.

¹⁸ Cfr. M. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 1312; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 12, per il quale «la sanzione amministrativa, in quanto pena in senso tecnico, non si identifica con qualunque strumento di reazione al verificarsi di un'infrazione o al maturare di una situazione di fatto che ha un carattere specifico, afflittivo, e che presuppone pertanto un fatto tipizzato, una condotta illecita». Anche il Consiglio di Stato ha tradizionalmente escluso dall'ambito di applicazione della legge n. 689/1981 le sanzioni non pecuniarie (cfr., *ex plurimis* sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6901).

¹⁹ Analoga natura ripristinatoria viene riconosciuta alle sanzioni pecuniarie sostitutive della riduzione in pristino da applicarsi nell'ipotesi in cui non sia possibile procedere alla demolizione dell'opera ai sensi degli artt. 33 e 34 d.P.R. n. 380/2001. Si ritiene, in merito, che queste svolgano essenzialmente un ruolo di riequilibrio patrimoniale, intendendo impedire un ingiustificato arricchimento conseguente alla mancata demolizione del manufatto abusivo. Discorso diverso dovrebbe essere forse riservato alle sanzioni pecuniarie aggiuntive alla riduzione in pristino e non proporzionali al valore delle opere abusivamente realizzate.

²⁰ Le misure interdittive accessorie alle sanzioni amministrative pecuniarie rientrano invece nella disciplina di cui all'art. 20, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

sanzioni coincide in sostanza con l'ambito applicativo della legge n. 689/1981²¹ – circoscritto peraltro alle violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro²² –, restando invece del tutto irrilevante la natura dell'interesse leso e, più in generale, la materia interessata²³.

Sennonché, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha imposto un radicale ripensamento del descritto ordine sistematico²⁴.

Si tratta di passaggi assai noti, per i quali dunque è sufficiente un rapido cenno.

La necessaria premessa è che sono i giudici di Strasburgo ad avere “giurisdizione” sulla qualificazione penale delle misure afflittive di cui si lamenta il contrasto con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)²⁵. Per valutare «*the very nature of the offence*», la Corte ha elaborato autonomi criteri definitivi, al fine di scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti

²¹ Cfr., P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2003, II ed., 585 ss.

²² Ai sensi dell'art. 12, la disciplina della legge n. 689/1981 si applica anzitutto alle violazioni depenalizzate; si applica, altresì, alle violazioni amministrative non derivanti da depenalizzazione, che tuttavia della originaria sanzione penale ripetono il contenuto (pecuniario), la struttura (commisurata fra un minimo ed un massimo) e la funzione (punitiva). La legge n. 689/1981 si applica infine anche a misure non pecuniarie, come quelle interdittive o alla confisca, ma solo ove accessorie a sanzioni pecuniarie (cfr. Cass., sez. I, 4 ottobre 1996, n. 8719). La giurisprudenza ha progressivamente esteso l'ambito applicativo della suddetta legge anche alle sanzioni a somma fissa (cfr. Cass., sez. lav., 12 dicembre 1989, n. 5498.), alle sanzioni proporzionali (cfr. Cass. civ., sez. III, 25 luglio 2000, n. 9725 e Cass., sez. lav., 24 marzo 2003, n. 4290), fino a ricomprendere tutte le misure pecuniarie conseguenti a violazioni, salvo quelle alternative a misure ripristinatorie: cfr. Cass., sez. un., 17 marzo 1989, n. 1342.

²³ Nel campo tributario, previdenziale, edilizio, della circolazione stradale e così via.

²⁴ Tra gli autori che hanno per primi colto le implicazioni di diritto interno della giurisprudenza della Corte EDU, va ricordato C.E. PALIERO, «*Materia penale*» e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894 ss., in nota a Corte europea diritti dell'uomo, 21 febbraio 1984, Öztürk. Successivamente, hanno sviluppato in modo molto approfondito l'argomento: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria delle Pubbliche Amministrazioni, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.; GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm.-TAR*, 2013, p. 1228 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES-ZAGREBELSKY, Milano, 2011, p. 74 ss.

L'interrelazione tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno in tema di sanzioni ha determinato in tempi recenti un intensificarsi dell'interesse per la materia. Si segnalano, oltre ai lavori che saranno citati in seguito: M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Padova, 2019; A. POLICE-C. CUPELLI (a cura di), *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Padova, 2020; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018; E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018; A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI-F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni*, Torino, 2016.

²⁵ Firmata a Parigi il 20 marzo 1952, ratificato e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848.

fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, potessero comportare la surrettizia sottrazione degli illeciti, una volta depenalizzati, alle garanzie assicurate dalla CEDU.

Su queste basi, sin dal 1976, la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri o figure sintomatiche della sanzione penale (cosiddetti “criteri Engel”)²⁶: i) la qualificazione dell’illecito operata dal diritto nazionale; ii) la natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; iii) la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto. Per la Corte è sufficiente che ricorra anche una sola di tali circostanze, perché la sanzione vada qualificata come “penale”.

La qualificazione formale che una data sanzione riceva nell’ordinamento di appartenenza non riveste valore determinante, essendo sufficiente che la sanzione sia penale per natura ovvero dotata di una relativa severità. La qualificazione formale interna, invece, assume valore vincolante, ai fini convenzionali, soltanto in senso “estensivo”, per affermare cioè l’applicabilità dell’art. 6 CEDU, anche nelle ipotesi in cui non siano integrati gli altri due requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo²⁷.

Il criterio formale deve essere integrato alla luce dell’esame: sia della natura dell’infrazione, da compiersi con riguardo all’interesse tutelato dall’ordinamento (che deve essere di carattere generale) e allo scopo perseguito dal legislatore (di deterrenza generale o speciale); sia della gravità della sanzione (tale da incidere in modo rilevante su diritti fondamentali). Come ribadito da ultimo nella sentenza “Grande Stevens”²⁸, «questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi [...] Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l’analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “accusa in materia penale”»²⁹.

Una sanzione può essere penale ai fini della CEDU anche quando non incida sulla libertà personale e anche quando non rivesta carattere pecuniario³⁰, rilevando in definitiva che l’apparato sanzionatorio (amministrativo) risulti per

²⁶ Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel v. Olanda*, in tema di sanzioni detentive disciplinari militari, ove si legge: «it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States». I principi così enunciati sono stati confermati da molte sentenze successive: ex plurimis, sentenza 26 marzo 1982, *Adoff c. Austria*, par. 30; sentenza 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, par. 27; sentenza 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, par. 54; sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 50; 22 febbraio 1996, *Putz v. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, par. 32. Con riguardo alle sanzioni irrogate dalle Amministrazioni “italiane”, vanno ricordate le sentenze: 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia*; 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italie*.

²⁷ Cfr. F. GOISIS, *Un’analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria delle Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 669 ss.

²⁸ Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italie*.

²⁹ Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italie*, § 94 (dove si richiamano i precedenti *Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, §§ 30 e 31, e *Zaicevs c. Lettonia*, n. 65022/01, § 31).

³⁰ Come accade, ad esempio, con la confisca e con le misure interdittive: cfr. la citata sentenza 4 marzo 2014, n. 18640, *Grande Stevens e altri c. Italia*, § 97.

l'interessato connotato da una dimensione intrinsecamente afflittiva, e pur non avendo una "funzione" esclusivamente afflittiva. Il concetto di sanzione penale rilevante ai fini CEDU non comporta, infatti, alcuna incompatibilità funzionale tra l'infliggere una punizione a fini retributivi e di deterrenza e la cura dell'interesse pubblico. All'interno della sanzione ben possono coesistere finalità afflittive-dissuasive e (contemporaneamente) di ripristino della lesione subito dall'interesse pubblico. La specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori a tutelare un dato interesse pubblico non è affatto incompatibile con un carattere penalistico-punitivo³¹.

La nozione sostanziale così enucleata comporta la necessità di rispettare le principali garanzie "penalistiche" contemplate dalla Convenzione – segnatamente: il principio *nulla poena sine lege*, di cui all'art. 7; il principio *ne bis in idem*, di cui all'art. 4, par. 1, del Protocollo n. 7; il diritto al giusto processo, di cui all'art. 6 – anche per l'emanazione di provvedimenti afflittivi adottati da un organo amministrativo, a prescindere dalla tipologia della sanzione e dalla funzione "ripristinatoria".

La giurisprudenza della Corte europea, ad esempio, ha qualificato come "pena" e ritenuto in contrasto con l'art. 7 della Convenzione, attesa la loro gravità: la confisca per equivalente³², la confisca per lottizzazione abusiva prevista dalla legislazione urbanistica³³; il ritiro e la sospensione della patente, il divieto di condurre veicoli a motore³⁴, nonché il provvedimento amministrativo di annullamento di punti della patente, in conseguenza di illeciti stradali³⁵; l'ordine di demolizione di un immobile abusivo³⁶; il procedimento di "lustrazione" previsto in Polonia, comportante interdizione dall'accesso a pubblici uffici³⁷; le sanzioni interdittive e pecuniarie irrogate in Francia dalla Commissione bancaria³⁸.

Anche nell'area delle misure afflittive rientranti nel campo di applicazione della legge n. 689/1981 – già sottoposte, come si è detto, ad un trattamento normativo di stampo "penalistico" – la giurisprudenza europea ha avuto comunque un rilevante impatto, sotto il profilo dell'incremento delle tutele e del

³¹ Cfr. Corte EDU, sentenze: 4 marzo 2014, cit.; 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Matyjec v. Poland*; 9 ottobre 2003, casi nn. 39665/98 e 40086/98, *Ezeh v. United Kingdom*. Nella causa n. 307-A/1995, *Welch* contro Regno Unito, cit., si legge che: «*Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment*».

³² Corte EDU, 14 gennaio 2014, caso n. 32042/11, *Muslija v. Bosnia Herzegovina*.

³³ Corte EDU, 30 agosto 2007, caso n. 75909/01, *Sud Fondi e altri c. Italia*. Sempre in tema di confisca "urbanistica", cfr. Varvara c. Italia del 29 ottobre 2013.

³⁴ Corte EDU, 4 gennaio 2017, *Rivard* contro Svizzera; sentenza 17 febbraio 2015, *Boman* contro Finlandia; decisione 13 dicembre 2005, *Nilsson* contro Svezia; 21 settembre 2006, *Maszni* contro Romania.

³⁵ Corte EDU, 23 settembre 1998, caso n. 68/1997/852/1059, *Malige v. France*; sentenza 5 ottobre 2017, *Varadinov* contro Bulgaria, secondo cui «il diritto di condurre un veicolo a motore si rivela di grande utilità per la vita corrente e l'esercizio di una attività professionale». di modo che, «anche se la misura è considerata dal diritto interno comune come una misura amministrativa preventiva non appartenente alla materia penale, è giocoforza constatare il suo carattere punitivo e dissuasivo».

³⁶ Corte EDU, 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer v. Belgium*, par. 59-60. In termini opposti il tradizionale orientamento italiano: Cass., sez. un., 15 dicembre 2000, n. 1264; Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4403.

³⁷ Corte EDU, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Migýjek c. Polonia*.

³⁸ Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus SA c. Francia*.

loro riconoscimento ad un livello normativo superiore, quello cioè costituzionale.

3. Il nuovo “volto” costituzionale delle sanzioni amministrative “punitive”

Il giudice delle leggi aveva sostenuto, con orientamento costante³⁹, la specificità ed autonomia della sanzione amministrativa rispetto al sistema sanzionatorio penale. L'assunto – fondato sul riconoscimento di distinti riferimenti normativi: gli articoli 25, comma secondo, e 27, disciplinanti le sanzioni penali, e gli articoli 23 e 97, relativi invece alla potestà sanzionatoria amministrativa⁴⁰ – postulava che, ai fini costituzionali, assumesse rilevanza un concetto di pena in senso giuridico formale, ovvero di sanzione irrogata all'esito del processo penale.

Sennonché, la stessa Corte Costituzionale – a seguito della posizione nella gerarchia delle fonti nel frattempo attribuita alle disposizioni della CEDU (a partire dalle note pronunce n. 348 e n. 349 del 2007) e del rilievo dalle stesse assunto come norme interposte, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – ha edificato, nell'ultimo decennio, un nuovo statuto costituzionale (vincolante quindi per il legislatore statale e regionale) delle sanzioni amministrative aventi carattere spiccatamente afflittivo, a cui sono state estese le principali garanzie del diritto punitivo⁴¹. Segnatamente: l'irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96/2020, n. 223/2018 e n. 68/2017, 276/2016, n. 104/2014 e n. 196/2010); la retroattività della *lex mitior* (sentenza n. 63/2019); la determinazione dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134/2019 e n. 121/2018); il principio della responsabilità personale (sentenza n. 49/2015); la proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto (sentenza n. 112/2019); la garanzia del *ne bis in idem* (sentenze n. 222/2019 e n. 43/2018); il giusto procedimento sanzionatorio (sentenza n. 151/2021 e n. 84/2021).

Il sistema di principi e la stessa struttura della responsabilità per l'illecito amministrativo, nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura “punitiva” secondo i criteri Engel, vanno oggi ricavati dalla Costituzione e non più dalla legislazione ordinaria.

Appare utile tratteggiare di seguito, sia pure sinteticamente, gli arresti che testimoniano il radicale superamento dell'opinione che limitava le garanzie co-

³⁹ Cfr., sul principio di legalità: sentenza 8 giugno 1981, n. 100; 24 luglio 1995, n. 356; ordinanza 3 maggio 2002, n. 150. Sul principio della personalità della pena: sentenza 25 febbraio 1988, n. 207; ordinanza 5 luglio 2002, n. 319; ordinanza 9 febbraio 2001, n. 33; ordinanza 21 aprile 1994, n. 159. Nel senso dell'applicabilità dell'art. 25 comma 2 cost. alle sanzioni amministrative a contenuto punitivo, va però ricordata l'isolata sentenza 3 luglio 1967, n. 78.

⁴⁰ Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., 371, i quali ricapitolano gli argomenti, di ordine storico e sistematico che avrebbero portato ad escludere la pertinenza dell'art. 25 comma 2 cost. alla sfera sanzionatoria amministrativa; vedi anche V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 237 ss. Critici rispetto a tale indirizzo della giurisprudenza costituzionale: E. CANNADA BARTOLI, *Illecito* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XX, 126 ss.; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, p. 162 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 174.

⁴¹ Sul tema, cfr. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, n. 4, p. 1775 ss.

stituzionali del diritto punitivo alle sole disposizioni legislative concernenti sanzioni penali criminali conseguenti a reato.

Emergerà nel prosieguo come, il più delle volte, la Corte abbia operato una rilettura retrospettiva dei parametri costituzionali, in “assonanza” con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo riguardo alle disposizioni della CEDU, piuttosto che limitarsi semplicemente a riconoscere l'autonomo rilievo costituzionale di queste ultime attraverso la “mediazione” dell'art. 117, primo comma, Cost.

Va pure rimarcato che la Corte si è riservata un certo margine di apprezzamento nell'applicazione caso per caso dei criteri qualificatori della “pena in senso convenzionale” (i quali presentano un elevato grado di astrattezza) alle misure sanzionatorie di volta in volta adottate, rivendicando che spetta ad essa «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»⁴².

Su queste basi, ad esempio, prendendo in esame le previsioni del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190), la Corte ha escluso che «le misure della incandidabilità, della decadenza e della sospensione abbiano carattere sanzionatorio», rappresentando esse solo conseguenze del «venir meno di un requisito soggettivo essenziale per la permanenza dell'eletto nell'organo elettivo»⁴³. La sospensione dalla carica in conseguenza di una condanna penale non definitiva, in particolare, «risponde ad esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il soggetto colpito presta servizio»⁴⁴⁻⁴⁵ avente la «funzione cautelare di “immunizzare” il prestigio della pubblica funzione e riposando il suo fondamento esclusivamente sulla valutazione legislativa (ampiamente discrezionale) delle condizioni che sconsigliano provvisoriamente la permanenza dell'eletto in un determinato ufficio pubblico»⁴⁶⁻⁴⁷. Analogamente, è stata esclusa la qualifica

⁴² Corte Cost., 9 dicembre 2009, n. 317.

⁴³ Corte Cost., 29 ottobre 2008, n. 352.

⁴⁴ Corte Cost., 25 novembre 2015, n. 236.

⁴⁵ Veniva censurato l'art. 11, comma 1, lettera a), del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, il quale dispone che sono sospesi di diritto dalle cariche indicate al comma 1 del precedente articolo 10 (vale a dire, dalle cariche di presidente della provincia, sindaco, assessore e consigliere provinciale e comunale) coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati alle lettere a), b) e c) dello stesso art. 10, comma 1, tra i quali figura, alla lettera c), il delitto di abuso di ufficio disciplinato all'art. 323 del codice penale.

⁴⁶ Corte Cost., 21 dicembre 2016, n. 276.

⁴⁷ Nel caso oggetto del giudizio *a quo*, la sentenza penale non definitiva era stata pronunciata successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 235/2012 per fatti commessi anteriormente a tale data. Qualificando la restrizione come una “pena” ai fini e per gli effetti della CEDU, la sentenza di condanna non avrebbe potuto essere il punto di riferimento temporale per verificare la retroattività della disciplina. Se applicato anche a condotte anteriori alla legge che le ha introdotte, la norma sopravvenuta avrebbe finito per rivalutare comportamenti del passato, traendo da essi conseguenze diverse da quelle che se ne potevano trarre sulla base delle norme vigenti. La causa normativa dell'indegnità morale o sociale, secondo tale impostazione, non sarebbe rappresentata dalla semplice sentenza penale di condanna (ossia, da un “fatto” del giudice), ma sarebbe connessa al fatto del soggetto incandidabile (o sospeso o decaduto), che la decisione giurisdizionale si limita ad accertare.

La qualificazione non penalistica delle misure limitative dell'elettorato attivo è stata confermata anche dai giudici di Strasburgo con la recente sentenza 17 giugno 2021, in causa n. 63772/16, *Giancarlo Galan c. l'Italie*.

penale delle misure di rimodulazione degli incentivi alle fonti di energia rinnovabili⁴⁸.

3.1. Principio di “stretta” legalità e riserva di legge

Il principio di stretta legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost. («nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso») non si riferisce soltanto alla pena, ma trova applicazione anche per le sanzioni amministrative di natura sostanzialmente punitiva⁴⁹ (sentenze n. 139/2019 e n. 223/2018).

Anche rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo, è stata riconosciuta l'esigenza – analoga a quella tradizionalmente invocata per il diritto penale – di predeterminazione legislativa dei presupposti dell'esercizio del potere, con riferimento sia alla configurazione della regola di condotta, sia alla tipologia e al *quantum* della sanzione, sia alla struttura di eventuali cause esimenti, allo scopo di assicurare al consociato tutela contro l'esercizio arbitrario del potere sanzionatorio da parte della pubblica autorità⁵⁰⁻⁵¹. L'organo legislativo rappresenta l'intero corpo sociale, consentendo anche alle minoranze, nell'ambito di un procedimento pubblico e trasparente, la più ampia partecipazione al processo di formazione della legge⁵².

La Corte ha però individuato una differenza nel regime delle fonti del sistema sanzionatorio amministrativo. Mentre per il diritto penale, “*stricto sensu*” inteso, vigerebbe una riserva assoluta di legge statale, per il potere sanzionatorio amministrativo la riserva di legge, da un lato, potrebbe essere assolta anche dal legislatore regionale nelle materie di propria competenza, dall'altro, avrebbe natura soltanto relativa⁵³. Cionondimeno, la Corte ha precisato che, per quanto la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost. tolleri come tale maggiori margini di integrazione da parte di fonti secondarie, tale carattere della riserva in questione «non relega [...] la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco” [...], senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini»; dovendosi anzi riconoscere rango di «principio supremo dello Stato di diritto» all'idea secondo cui i consociati sono tenuti «a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge»⁵⁴.

In definitiva, le leggi (anche regionali) che prevedano mere sanzioni amministrative, possono sì rinviare ad atti sublegislativi ai fini dell'integrazione del precetto sanzionato in via amministrativa, purché sia garantita ai destinatari la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie.

⁴⁸ Corte Cost., 15 giugno 2016, ord. n. 138.

⁴⁹ Corte Cost., 12 giugno 2019, n. 139; Corte Cost., 12 dicembre 2018, n. 223.

⁵⁰ Corte Cost., 4 marzo 2020, n. 32; Corte Cost., 20 gennaio 2021, n. 5.

⁵¹ In passato, soltanto la sentenza n. 447/1988 aveva affermato che, anche per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse».

⁵² Corte Cost., 17 ottobre 2012, n. 230.

⁵³ Corte Cost., 5 giugno 2019, n. 134.

⁵⁴ Corte Cost., 13 aprile 2011, n. 115.

Il passaggio da ultimo citato suscita, per la verità, alcuni dubbi.

In primo luogo, da un punto di vista sistematico, appare curioso che, con riguardo soltanto ad uno dei corollari del principio di legalità (la riserva di legge), il parametro costituzionale per le sanzioni amministrative (consistenti in una «prestazione personale o patrimoniale»⁵⁵) sia costituito dall'art. 23 Cost. e non dall'art. 25, comma 2, Cost., il quale (come si vedrà di seguito) è invece invocabile ai fini del divieto di irretroattività *in peius*, nonché del principio di tassatività e determinatezza della fattispecie.

Sotto altro profilo, le esigenze garantistiche dei consociati, richiamate dalla stessa Corte, sembrano potere essere assicurate soltanto da una riserva di legge «tendenzialmente assoluta», in cui cioè sia pur sempre la legge (statale o regionale) a compiere tutte le principali scelte caratterizzanti l'incriminazione, potendo la fonte secondaria fornire soltanto un apporto tecnico di concretizzazione di una fattispecie già compiutamente prefigurata nel suo disvalore.

3.2. Divieto di retroattività delle norme incriminatrici e delle sanzioni più sfavorevoli

Le prime rilevanti applicazioni del principio di “stretta legalità” rispetto alle sanzioni amministrative “punitive” si sono dispiegate nel sindacato di legittimità costituzionale di norme che ne prevedevano l'applicazione retroattiva.

Fino a quando è invalso l'orientamento secondo cui il divieto di retroattività sfavorevole doveva ritenersi costituzionalizzato per la sola materia penale⁵⁶, l'analogo principio stabilito per le sanzioni amministrative pecuniarie soltanto a livello di legislazione ordinaria (dall'art. 1 della legge n. 689/1981) si riteneva potesse essere all'occorrenza derogato dallo stesso legislatore, sia pure nel rispetto del canone di ragionevolezza (si pensi, ad esempio, alle disposizioni della legge sul cosiddetto condono edilizio di cui agli articoli 32, ultimo comma, 33 ultimo comma, e 40, comma 1, della legge n. 47/1985).

A partire dal 2010, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che il divieto sancito nella previsione dall'art. 25, comma 2, Cost. (di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante) si presta ad essere esteso, data l'ampiezza della sua formulazione – secondo cui: «nessuno può essere punito [...]» –, alle misure a carattere punitivo-afflittivo, anche se qualificate come amministrative, con la conseguenza che «ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale [...] è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»⁵⁷⁻⁵⁸.

La fondamentale garanzia costituzionale dell'irretroattività *in malam partem* – cioè il duplice divieto di applicare retroattivamente una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante e una legge che punisca più se-

⁵⁵ Per le sanzioni disciplinari e per ogni altra sanzione di carattere ablativo dovrebbe richiarsi la riserva di legge di cui agli artt. 28 e 97.

⁵⁶ Cfr., *ex plurimis*, le sentenze della Corte Costituzionale n. 68/1984, n. 356/1995, n. 118/1994 e n. 447/1988; nonché le ordinanze n. 150/2002, n. 159/1994 e n. 250/1992.

⁵⁷ Corte Cost., 9 giugno 2010, n. 196; nello stesso senso Corte Cost., 23 aprile 2014, n. 104; 21 dicembre 2016, n. 276; 12 aprile 2017, n. 15.

⁵⁸ Fattispecie normativa relativa alla confisca del veicolo utilizzato dal conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza.

veramente un fatto già precedentemente incriminato – riguarda dunque anche le sanzioni amministrative ‘punitive’, ponendosi rispetto a queste ultime «la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto»⁵⁹.

3.3. *Lex mitior* e successione impropria

La Corte europea dei diritti dell’uomo, a partire dalla sentenza Scoppola contro Italia (17 settembre 2009), ha ampliato la sfera delle garanzie coperte dall’art. 7 della CEDU, affermando che esso include anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa⁶⁰. Di conseguenza, il principio della retroattività della *lex mitior* in “materia penale” risulta oggi fondato, nel nostro ordinamento, tanto sull’art. 3 Cost.⁶¹, quanto sull’art. 117, primo comma, Cost.

Sennonché, per quanto riguarda invece le sanzioni amministrative, il legislatore ordinario non consente alcuna eccezione alla regola “*tempus regit actum*”: l’art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 – dopo aver affermato, all’art. 1, comma 1) che «nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» – non ha riprodotto infatti la norma dell’art. 2, commi 2 e 3, c.p. che stabilisce il principio di retroattività della norma successiva più favorevole.

Inizialmente, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 193 del 2016⁶², ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (sollevata in riferimento agli artt. 6 e 7 della CEDU per il tramite dell’art. 117, comma 1), ritenendo che non poteva rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo un principio che obbligasse gli ordinamenti nazionali ad estendere a tutte le sanzioni amministrative pecuniarie la retroattività del mutamento *in mitius* del trattamento punitivo, ma solo alle misure che presentassero le particolari caratteristiche punitive indicate con i criteri “Engel”.

Negli anni successivi, la materia è tornata all’attenzione dei giudici costituzionali.

La prima occasione è stata fornita dalla normativa transitoria collegata ad alcuni interventi di depenalizzazione. È noto che, per scongiurare l’esito della totale impunità di fatti pregressi che l’ordinamento continua a considerare

⁵⁹ Corte Cost., 12 dicembre 2018, n. 223.

⁶⁰ Il principio è stato ribadito anche dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 230/2012 e n. 236/2011.

⁶¹ Secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, il fondamento costituzionale della regola dell’applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia penale va infatti ravvisato nel principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice (sentenze n. 236/2011, n. 215/2008, n. 393/2006). La regola consente «limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli» (sentenza n. 236/2011).

⁶² L’art. 4, comma 1, lettera a), della legge n. 183/2010, in materia di emersione del lavoro irregolare, aveva riformato in senso favorevole (al ricorrente nel giudizio a quo) la disposizione sanzionatoria di cui all’art. 3, comma 3, del d.l. n. 12/2002, ma la modifica, essendo posteriore allo svolgimento dei fatti, non avrebbe potuto giovare all’interessato.

connotati da disvalore, il legislatore sovente accompagna gli interventi di depenalizzazione con un'apposita disciplina transitoria, volta a rendere applicabili le nuove sanzioni amministrative anche ai fatti anteriori⁶³. Senza la contestuale previsione di sanzioni amministrative retroattive, infatti, le leggi di depenalizzazione comporterebbero l'impossibilità, sia di applicare ai fatti antecedentemente commessi le sanzioni penali vigenti al tempo della loro realizzazione, sia di applicare a quei fatti le nuove sanzioni amministrative introdotte in luogo di quelle penali⁶⁴.

A partire dalla sentenza n. 68/2017, la Corte ha statuito che, in ragione della loro *comune* natura, il passaggio da sanzione penale a sanzione amministrativa – se riconducibile alla “materia penale” in senso convenzionale – deve qualificarsi in termini di successione delle leggi penali nel tempo, rispetto alla quale deve valere la garanzia costituzionale dell'irretroattività del trattamento successivo, se in concreto sfavorevole all'agente, e della retroattività del trattamento successivo se più favorevole. La Corte ha precisato che il carattere più favorevole della sopravvenuta legge di depenalizzazione non può ritenersi presunto in via assoluta, in quanto non sempre la depenalizzazione comporta una “mitigazione” del complessivo trattamento sanzionatorio, ben potendo risultare invece maggiormente afflittivo. Su queste basi, la sentenza n. 223/2018 – in relazione alla fattispecie di depenalizzazione del reato di *insider trading* secondario – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione transitoria che rendeva applicabile la misura amministrativa della confisca per equivalente anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della legge⁶⁵.

Con la successiva sentenza n. 63/2019, la Corte ha riaffermato in termini generali – al di fuori cioè degli interventi di depenalizzazione – che il principio di retroattività della *lex mitior* si applica alle sanzioni amministrative punitive, essendo «conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppata, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali», la quale «[...] impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice».

3.4. Illegittimità costituzionale e travolgimento del giudicato

L'art. 30, comma 4, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale) prevede, come è noto, una deroga all'intangibilità del giudicato per i casi in cui una sentenza di con-

⁶³ Vedi l'art. 15 della legge 24 dicembre 1975, n. 706; gli artt. 40 e 41 della legge n. 689/1981; l'art. 4 della legge 28 dicembre 1993, n. 561; gli artt. 100, 101 e 102 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507.

⁶⁴ L'assunto è pacifico in giurisprudenza: cfr. Corte di cassazione, sezioni unite penali, 16 marzo-27 giugno 1994, n. 7394, e 29 marzo-28 giugno 2012, n. 25457.

⁶⁵ Dopo la depenalizzazione del 2005 dell'*insider trading* secondario (art. 187-*bis* T.U.I.F.), la legge comminava per l'illecito: sia una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a tre milioni di euro (innalzabili fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito in presenza di particolari circostanze); sia le sanzioni amministrative accessorie previste dall'art. 187-*quater* del d.lgs. n. 58/1998; la confisca amministrativa (diretta) del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo; ovvero, la confisca amministrativa (ex art. 187-*sexies* TUIF) di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente a tale prodotto o profitto e ai beni utilizzati per commettere l'illecito.

danna sia stata pronunciata in applicazione di una norma dichiarata costituzionalmente illegittima.

La questione di legittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui non prevede la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come “penale” ai sensi del diritto convenzionale (sollevata per contrasto con gli artt. 6 e 7 della CEDU), è stata inizialmente respinta, sul presupposto che non fosse dato rinvenire nella giurisprudenza della Corte EDU un principio volto a precludere l'esecuzione di una sanzione amministrativa inflitta (e confermata dal giudicato) sulla base di una norma dichiarata invalida *ex tunc*⁶⁶. La pronuncia nega in sostanza la necessità costituzionale dell'effetto espansivo “interno” delle garanzie previste per la materia penale dal solo ordinamento interno, rimanendo tale estensione alle sanzioni amministrative nel margine di apprezzamento dello Stato aderente.

La medesima questione è stata rivalutata in senso opposto dalla successiva sentenza n. 68/2021⁶⁷. Secondo tale ultima pronuncia, una volta esteso alle sanzioni amministrative “punitiva” il principio di retroattività della *lex mitior*, va parimenti escluso che taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa “punitiva” inflittagli in base a una norma dichiarata costituzionalmente illegittima, come tale «non già oggetto di semplice “ripensamento” da parte del legislatore, ma affetta addirittura da un vizio genetico»⁶⁸.

In definitiva, la sanzione amministrativa “punitiva” non dovrà più continuare ad applicarsi: qualora il fatto non sia più considerato illecito per effetto di una modificata valutazione del legislatore; nella misura considerata eccessiva rispetto al mutato apprezzamento normativo della gravità dell'illecito; qualora la norma incriminatrice sia stata accertata invalida *ex tunc*.

⁶⁶ Corte Cost., 1 marzo 2017, n. 43.

⁶⁷ L'incidente di legittimità costituzionale riguardava la dichiarazione di illegittimità costituzionale del meccanismo di applicazione automatica della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, nei casi di condanna o di patteggiamento della pena per i reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi o gravissime, previsto dall'art. 222, comma 2, quarto periodo, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dall'art. 1, comma 6, lettera b), numero 1), della legge 23 marzo 2016, n. 41 (Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, e al d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Con la sentenza n. 88 del 2019, la Corte Costituzionale aveva ritenuto che tale automatismo sanzionatorio vulnerasse i principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, in quanto l'automatica applicazione della revoca della patente poteva giustificarsi solo per le ipotesi più gravi e più severamente punite, mentre al di sotto tale livello, doveva essere lasciata invece al giudice la possibilità di effettuare una «valutazione individualizzante», sulla base delle circostanze del caso concreto.

⁶⁸ Era rimasta isolata la precedente sentenza della Corte n. 78/1967. Va segnalata la recente ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato (sezione V, 26 aprile 2021, n. 3299) che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, nel combinato disposto con l'art. 216 dello stesso codice dei contratti pubblici, nella parte in cui preclude l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica, anziché (come prevedeva il previgente art. 48 del d.lgs. n. 163/2006) nei confronti di qualsiasi concorrente. Sul punto, è doveroso rimarcare che pare alquanto dubbio rinvenire natura sanzionatoria nell'istituto dell'escussione della garanzia provvisoria, trattandosi di una misura di indole prettamente patrimoniale. In senso parzialmente contrario può, ad esempio, richiamarsi la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 34/2014.

3.5. Sufficiente precisione del precetto sanzionatorio

Anche l'ulteriore corollario del principio di legalità, ovvero il principio di determinatezza delle norme sanzionatorie – volto, per un verso, ad evitare che siano l'autorità amministrativa o il giudice a disegnare «i confini tra il lecito e l'illecito» e, per un altro verso, a permettere «al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta»⁶⁹ – è stato esteso alle sanzioni amministrative “punitive”⁷⁰⁻⁷¹.

Anche il canone di determinatezza della fattispecie rientra dunque fra i “principi generali”, di rango costituzionale, dell'illecito amministrativo.

3.6. Doppio binario sanzionatorio e “*ne bis in idem*”

Il coordinamento tra i diversi strumenti di “*public enforcement*” (decisione amministrativa e sentenza penale di condanna repressive del medesimo illecito) è stato aggiornato alla luce del diritto convenzionale, con specifico riguardo al principio del *ne bis in idem*.

La duplicazione dei procedimenti – l'uno amministrativo, l'altro penale – non pone, sul piano della legislazione ordinaria, alcun ostacolo, perché il divieto enunciato dall'art. 649 c.p.p. si riferisce al solo giudizio penale. Con riferimento ai rapporti tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, il canone di specialità (di cui all'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689⁷²), operando sul piano strettamente sostanziale (allo scopo cioè di evitare il cumulo di sanzioni in relazione al medesimo fatto), non è idoneo a scongiurare la duplicazione dei processi per il medesimo fatto. Nel settore tributario, poi, mentre è precluso il *bis in idem* sostanziale, è addirittura appositamente previsto il *bis in idem* processuale⁷³.

Nel sistema della Convenzione europea di diritti dell'uomo e nell'ordinamento europeo il *ne bis in idem* – di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione⁷⁴ – assurge a diritto fondamentale dell'individuo, strettamente connesso alla generale garanzia del giusto processo penale.

In una prima fase, la giurisprudenza della Corte EDU era consolidata nel senso che – una volta riscontrata la natura sostanzialmente penale di en-

⁶⁹ Corte Cost., 6 agosto 2008, n.327.

⁷⁰ Corte Cost., 20 giugno 2018, n. 121.

⁷¹ Cfr. anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 4424/2018, secondo cui (costituendo l'ordine di demolizione una sanzione «penale» ai sensi dell'art. 7 della CEDU, in ragione della sua dimensione intrinsecamente «afflittiva») la rimozione o la demolizione ai sensi dell'art. 31, comma 2, del testo unico dell'edilizia, può essere indirizzata esclusivamente «al proprietario e al responsabile dell'abuso» e non nei confronti del mero detentore.

⁷² Il principio di specialità tra sanzioni amministrative e penali è ribadito dall'art. 19 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205).

⁷³ L'amministrazione finanziaria irroga le sanzioni amministrative, che divengono definitive se non impugnate (art. 21, comma 1, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74). Tuttavia, al fine di evitare la duplicazione delle sanzioni, tali sanzioni non sono eseguibili nella pendenza del procedimento penale per il medesimo fatto, fino a quando tale procedimento non sia definito con l'archiviazione o con sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che escluda la rilevanza penale del fatto (art. 21, comma 2, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74). Se l'imputato è stato condannato, la sanzione tributaria non sarà invece riscuotibile.

⁷⁴ La norma viene interpretata dalla Corte EDU nel senso che il giudizio sull'identità del fatto va condotto alla luce dell'accadimento materiale contestato in concreto dalla prima sentenza, con esclusione di criteri di qualificazione giuridica di esso.

trambe le sanzioni inflitte in relazione al medesimo fatto storico – l'inizio (o la prosecuzione) di un successivo procedimento dopo che il primo fosse giunto a una pronuncia definitiva avrebbe automaticamente costituito una violazione del divieto convenzionale di *bis in idem*. Il principio veniva declinato quindi in una prospettiva prevalentemente processuale, tutelando l'individuo contro la possibilità di essere sottoposto una seconda volta a processo per un reato per il quale è stato già giudicato, non importa con quale esito ⁷⁵.

Il contenuto del divieto è però largamente mutato con la nota sentenza della Grande Camera A e B c. Norvegia del 15 novembre 2016 ⁷⁶. Alla luce del nuovo indirizzo giurisprudenziale, il secondo procedimento può essere definito anche se il primo si è già definitivamente concluso, qualora i due procedimenti risultino adeguatamente «coordinati nel tempo e nell'oggetto» (*«lien matériel et temporel suffisamment étroit»*), in modo tale che essi possono reputarsi nella sostanza come un'unica risposta sanzionatoria innanzi gli illeciti, purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia proporzionata. In definitiva, il *ne bis in idem* convenzionale, da divieto processuale di instaurare un doppio processo per il medesimo fatto, diviene garanzia anche di tipo sostanziale. Ne deriva che i due procedimenti possono non solo essere avviati, ma anche concludersi con l'irrogazione di due distinte sanzioni purché ricorrano, congiuntamente, le seguenti condizioni: le sanzioni perseguano finalità differenti ed abbiano in concreto ad oggetto profili diversi della medesima condotta antisociale; la duplicazione dei procedimenti costituisca una conseguenza prevedibile della condotta incriminata; vi sia un coordinamento probatorio tra i procedimenti, realizzata mediante la collaborazione tra le autorità preposte alla definizione degli stessi, in modo da evitare, per quanto possibile, la duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; ricorra una stretta connessione sul piano temporale tra i due procedimenti, pur non strettamente paralleli; la sanzione comminata nel primo procedimento sia tenuta in considerazione nell'altro, in modo che venga rispettata una proporzionalità complessiva della pena.

Il principio del *ne bis in idem*, oltre ad assurgere a principio interno di rango costituzionale, trova tutela, anche nell'art. 50 CDFUE secondo cui «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»; disposizione che, stante la clausola di equivalenza contenuta nel terzo periodo dell'art. 52, incorpora il contenuto minimo dell'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. La Grande sezione della Corte di Giustizia – chiamata a pronunciarsi proprio sulla compatibilità del sistema italiano del doppio binario penale-amministrativo con l'art. 50 CDFUE recante il divieto di *bis in idem* euro-unitario – si è fondamentalmente allineata al nuovo corso della giurisprudenza di Stra-

⁷⁵ Cfr., ex plurimis, Corte EDU, sentenze 14 settembre 2015, Kapetanios c. Grecia; grande camera, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia.

⁷⁶ In dottrina: F. VIGANÒ, *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016; G. DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469; G.M. FLICK, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Società*, 2015, p. 868. D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte Costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. processo*, 2016, p. 1588.

sburgo⁷⁷. Tanto il concetto di sanzione penale, quanto quello di *idem factum* sono assunti dalla Corte di giustizia nel medesimo significato loro conferito dalla giurisprudenza di Strasburgo⁷⁸.

Al di là dei rilievi che possono muoversi al nuovo corso giurisprudenziale – soprattutto in termini di certezza del diritto, in quanto la violazione del *ne bis in idem* convenzionale è rimessa all'apprezzamento del singolo giudice procedente, che dovrà verificare o meno la sussistenza di una connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta fra i procedimenti – appare importante sottolineare che l'acclarata identità funzionale tra sanzione amministrativa punitiva e sanzione penale comporta che il doppio binario sanzionatorio rappresenti oggi un'eccezione circostanziata, la quale può trovare giustificazione esclusivamente in esigenze di complementarità del trattamento punitivo complessivo per il raggiungimento dell'obiettivo di repressione dell'*idem factum*.

Sui criteri che presiedono al cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico ed in generale sulla portata del principio del divieto di *bis in idem*, la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale appare convergere integralmente con i citati ultimi descritti sviluppi della giurisprudenza europea⁷⁹⁻⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. Corte di Giustizia, grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in causa C-524/15, Menci; sentenza 20 marzo 2018, in causa C-537/16, Garlsson Real Estate e altri; sentenza 20 marzo 2018, in cause C-596/16 e C-597/16, Di Puma e altri. Alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la previsione di un duplice binario sanzionatorio non confligge con il principio del *ne bis in idem* ove: la normativa di riferimento persegua un obiettivo di interesse generale, tale da giustificare il cumulo di procedimenti e di sanzioni, che devono avere uno scopo complementare; contenga norme che garantiscano un coordinamento che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare derivante per i soggetti interessati da un cumulo di procedimenti; preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario in relazione alla gravità del reato di cui si tratti.

⁷⁸ Va citata la recente ordinanza 7 gennaio 2022, n. 68 con cui il Consiglio di Stato ha disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la formulazione dei seguenti quesiti: a) se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna attuativa della direttiva 2005/29/Ce, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale; b) se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vada interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente di confermare in sede processuale e rendere definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona giuridica per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico in uno stato membro diverso, laddove la seconda condanna sia divenuta definitiva anteriormente al passaggio in giudicato dell'impugnativa giurisdizionale della prima sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale; c) se la disciplina di cui alla Direttiva 2005/29, con particolare riferimento agli articoli 3 paragrafo 4 e 13 paragrafo 2 lettera e), possa giustificare una deroga al divieto di "*ne bis in idem*" stabilito dall'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (successivamente incorporata nel Trattato sull'Unione Europea dall'art. 6 TUE) e dell'art. 54 della convenzione di Schengen.

Cfr. anche la sentenza della stessa sez. VI, 25 ottobre 2019, n. 7296, che, nel risolvere il conflitto di competenza, in tema di titolarità del potere sanzionatorio di pratiche commerciali tra Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità di settore, esclude ogni (ipotetica) violazione del *ne bis in idem*, in senso processuale e sostanziale, presupponendo l'applicazione della sola sanzione dell'Autorità antitrust, nonché facendo ricorso a una definizione di *idem factum* in senso naturalistico.

⁷⁹ Corte Cost., 22 giugno 2022, n. 149; 15 luglio 2020, n. 145; 30 ottobre 2019, n. 222; 7 marzo 2018, n. 43.

⁸⁰ Secondo la giurisprudenza della Corte, il principio del *ne bis in idem* trova fondamento negli artt. 24 e 111 della Costituzione, in quanto volto a evitare che il singolo possa essere

3.7. Principio della responsabilità personale

Una ulteriore implicazione della nozione convenzionale di “pena” è l'estensione alle sanzioni amministrative “punitive” della presunzione di non colpevolezza e, quindi, del corollario per cui non è permessa l'applicazione di una pena quando la responsabilità di chi la subisce non sia stata legalmente accertata⁸¹.

L'assunto è stato compiutamente formulato con riguardo alla confisca urbanistica che il giudice penale è tenuto a disporre con la sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva ai sensi dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia)⁸². La giurisprudenza nazionale, per lungo tempo, aveva ritenuto di poter disporre tale misura sulla base del solo fatto obiettivo costituito dal carattere abusivo dell'opera, e dunque senza che fosse necessario l'accertamento della sussistenza dell'elemento psicologico del reato nei confronti di chi subiva la misura, compresi i terzi acquirenti delle aree illegittimamente frazionate o dei beni abusivamente costruiti, ed anche in caso di proscioglimento per prescrizione.

La sentenza della Corte di Strasburgo 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri contro Italia*⁸³, dopo avere qualificato la confisca urbanistica come sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU, ne ha tratto la conseguenza che essa potesse essere disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (in termini di coscienza e volontà) con i fatti.

Al fine di conformarsi al predetto indirizzo, la giurisprudenza costituzionale⁸⁴⁻⁸⁵ e di legittimità⁸⁶, pur tenendo ferma la qualifica della confisca urbanistica come sanzione amministrativa, ha affermato che tale misura afflittiva – anche quando applicata con una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato – debba essere subordinata all'accertamento della partecipazione psichica e personale dei soggetti colpiti dalla misura ablativa (inclusi i terzi acquirenti dei beni), così da potere muovere nei loro confronti un addebito almeno colposo, sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza⁸⁷.

esposto ad una spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto (sentenze n. 200/2016, n. 381/2006, n. 230/2004 e n. 284/2003).

⁸¹ Tra le molte, Corte EDU, sentenza 1 marzo 2007, *Geerings contro Paesi Bassi*. Va richiamata anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui, nei procedimenti antitrust, che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive, vige il principio della presunzione di innocenza quale risulta dall'articolo 6, paragrafo 2, della CEDU: cfr., ex plurimis, sentenza, sez. II, 10 novembre 2017, T-180/15).

⁸² Già nella vigenza dell'art. 19 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive), la confisca per lottizzazione abusiva era stata ritenuta una sanzione amministrativa che consegue a una sentenza che accerti la sussistenza dei presupposti del reato in questione, anche prescindendo dall'adozione di una sentenza di condanna (ordinanza n. 187/1998).

⁸³ Vedi anche la sentenza della Corte EDU 10 maggio 2012.

⁸⁴ Corte Cost., 29 luglio 2009, n. 239 e Corte Cost., 9 aprile 2008, n. 85.

⁸⁵ Nella sentenza n. 49/2015 la Corte Costituzionale ha ritenuto erroneo il convincimento, formulato dai giudici rimettenti, secondo cui la sentenza della Corte EDU 29 ottobre 2013, *Varvara contro Italia*, aveva inteso affermare che la confisca urbanistica potesse essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva.

⁸⁶ Cass pen., sez. III, 8 ottobre 2009, n. 39078.

⁸⁷ Il principio del necessario collegamento soggettivo in materia di sanzioni amministrative

L'applicazione del principio di colpevolezza in tutti i suoi contenuti, oltre al divieto di ogni forma di responsabilità oggettiva, comporta anche l'esclusione di ogni forma di responsabilità "per fatto altrui". Le norme che pongono il pagamento della sanzione amministrativa a carico di soggetti diversi dall'autore materiale dell'illecito devono ritenersi compatibili con il sistema convenzionale, quando l'irrogazione non sia, né esclusiva, né definitiva, essendo destinata – attraverso il riconoscimento del diritto di regresso nei confronti del responsabile dell'illecito –, unicamente ad esplicare una funzione di garanzia patrimoniale⁸⁸.

Il principio della responsabilità personale non comporta invece il divieto di qualsiasi forma di imputazione in capo ad una persona giuridica per l'illecito materialmente compiuto del suo legale rappresentante o dipendente, essendo oramai acclarata la possibilità di fondare, anche nei confronti della persona giuridica, un addebito "personale" di colpevolezza.

La "capacità di colpevolezza" della persona giuridica, oltre che rispondere alle moderne esigenze «di politica criminale» (la responsabilità "amministrativa" degli enti costituisce un indispensabile strumento di *enforcement* delle norme che disciplinano lo svolgimento di attività economiche complesse⁸⁹), deve ritenersi un corollario della configurazione giuridica dell'ente come soggetto capace di agire: la medesima logica che vale per l'imputazione dell'agire lecito deve cioè valere per l'imputazione del fatto illecito e delle sue conseguenze punitive⁹⁰. Il problema tecnico-giuridico è piuttosto quello di approntare modelli d'imputazione soggettiva adeguati alla natura dell'ente collettivo (nella responsabilità amministrativa da reato, ad esempio, il criterio d'imputazione del fatto all'ente è quello della commissione del reato, da parte di date categorie di soggetti, «a vantaggio» o «nell'interesse» dell'ente).

Altri profili del principio della responsabilità penale stabiliti dall'art. 27 della Costituzione – in particolare, quello della necessaria «funzione rieducativa» della pena – restano invece strettamente connessi al significato etico-sociale della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale.

3.8. Proporzionalità della pena

La Corte Costituzionale, in numerose occasioni, ha invocato il principio di proporzionalità della pena per dichiarare l'illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori, ritenuti non conformi al principio in questione proprio perché esso postula «l'adeguatezza della sanzione al caso concreto»; adeguatezza che «non può essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazio-

'punitive' ha trovato applicazione anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: cfr. sentenza n. 1263/2018, in tema di acquisizione gratuita al patrimonio del sedime del bene abusivo; sentenze n. 2962 e n. 1368/2020, in materia di interdittiva antimafia.

⁸⁸ Similmente a quanto avviene ai sensi degli art. 196 e 197 c.p. La legge n. 689/1981, pur avendo configurato in senso personale e colpevole la responsabilità nell'illecito amministrativo soggetto a sanzione pecuniaria, contempla alcune eccezioni riconducibili comunque agli schemi della responsabilità 'indiretta', ammettendosi, in capo al proprietario della cosa utilizzata a commettere la violazione, ovvero incaricata dell'altrui vigilanza di non aver potuto impedire il fatto (cfr. art. 6).

⁸⁹ Cfr. la Relazione governativa al d.lgs. n. 231/2001, la quale si diffonde sulle potenzialità criminogene delle strutture organizzate.

⁹⁰ Nel senso che l'art. 27 della Costituzione fosse di ostacolo alla responsabilità 'penale' delle persone giuridiche, cfr. per tutti F.BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1970, p. 951.

ne degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito»⁹¹. Ciò anche in relazione a misure amministrative delle quali veniva espressamente negata la natura "punitiva", come nel caso deciso dalla sentenza n. 22/2018⁹².

A partire dalla sentenza n. 112/2019, il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito è stato applicato anche al di là degli automatismi legislativi⁹³. La Corte ha precisato che, nel settore delle sanzioni amministrative, il principio in parola trae la propria base normativa nell'art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione (e non con l'art. 27 Cost.)⁹⁴.

A tali parametri si affianca l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU⁹⁵⁻⁹⁶ e, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, l'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, il quale, pur facendo riferimento alle «pene» e al «reato», è stato ritenuto applicabile all'insieme delle sanzioni – penali e amministrative di carattere sostanzialmente "punitivo" – irrogate in seguito alla commissione di un fatto di manipolazione del mercato, ai fini della verifica del rispetto del diverso principio del *ne bis in idem*⁹⁷.

⁹¹ Corte Cost., 25 luglio 2018, n. 161; nello stesso senso, *ex multis*, Corte Cost., 21 dicembre 2016, n. 268; 22 luglio 2015, n. 170.

⁹² In materia di interdittiva antimafia, la sentenza n. 178/2021 della Corte Costituzionale si è pronunciata – ritenendolo fondato – sul dubbio di costituzionalità relativo ad una disposizione (art. 24, comma 1, lettera d, del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113) che, modificando l'art. 67, comma 8, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, comportava un effetto interdittivo automatico nei confronti di soggetti che hanno commesso un reato non riconducibile tout court al fenomeno mafioso, eccedendo rispetto allo scopo di contrastare, con misure di carattere preventivo, il dilagare della criminalità organizzata nel tessuto socio-economico.

⁹³ La pronuncia riguarda il sistema sanzionatorio degli abusi di mercato. A giudizio della Corte, la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, ma graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'autore dell'infrazione, e una ulteriore sanzione anch'essa di carattere "punitivo" come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, che non consente alcuna modulazione quantitativa, conduce a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati.

⁹⁴ Corte Cost., 15 maggio 2019, n. 112.

⁹⁵ Corte Cost., 14 luglio 2021, n. 146.

⁹⁶ Era stata sollevata, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. e in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, «nella parte in cui, qualora la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite risulti sproporzionata alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU espressa dalla Grande Camera nella sentenza del 28 giugno 2018, *Giem e altri c. Italia*, non consente l'applicazione in via principale di una sanzione meno grave, come quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle integralmente conformi alle legittime prescrizioni della pianificazione urbanistica generale, nei confronti dei soggetti rimproverabili per aver tenuto solo una lieve condotta colposa con riguardo alla lottizzazione abusiva». La questione è stata dichiarata inammissibile in ragione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice può limitare l'intervento ablativo alle sole aree e agli eventuali manufatti direttamente interessati dall'illegittima attività lottizzatoria (Cass., sez. III pen., sentenze 2 ottobre 2008, n. 37472 e 15 aprile 2013, n. 17066).

⁹⁷ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, in causa C-537/16, paragrafo 56.

Per approfondimenti sul tema, cfr. A. BONOMI, *Sanzioni amministrative "di seconda generazione", principio di proporzione, diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 5/2022.

3.9. “Giusto” procedimento sanzionatorio

È noto che, per quanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non prenda in espressa considerazione il diritto amministrativo, la Corte di Strasburgo ha progressivamente ricavato⁹⁸ dalla garanzia generale procedurale del «*fair trial*», di cui all'art. 6, regole immediatamente precettive in ordine al concreto dispiegarsi dei pubblici poteri⁹⁹. Secondo la giurisprudenza europea, per «tribunale» deve infatti intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato come “processo” nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale¹⁰⁰. Non solo il riferimento letterale a «*criminal charge*» include le sanzioni amministrative a carattere punitivo-afflittivo, ma anche l'espressione «diritti di carattere civile» («*civil rights and obligations*»), pure contenuta nell'art. 6 della CEDU, è considerata idonea a ricomprendere qualsiasi posizione soggettiva – anche quelle nel nostro ordinamento qualificate in termini di interesse legittimo¹⁰¹ – riconosciuta dall'ordinamento di uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, indipendentemente dalla qualificazione che essa riceva in tale sede¹⁰².

Su queste basi, le garanzie dell'«equo processo» – in termini di parità delle armi, distinzione tra fase istruttoria e decisoria, pubblicità, piena accessibilità a tutti gli atti e ai documenti rilevanti – debbano essere assicurate nel momento in cui viene incisa la posizione soggettiva dell'individuo, a prescindere dalla forma e dalla natura che assumono l'atto e il procedimento tramite i quali si realizza tale violazione. L'assunto ha trovato applicazione soprattutto nelle pronunce della Corte EDU riguardanti i procedimenti delle Autorità amministra-

⁹⁸ A partire da Corte EDU, 31 maggio 1978, König c. Repubblica Federale Tedesca.

⁹⁹ Cfr. A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della cedu nel diritto amministrativo* (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato, in *Dir. proc. amm.* o, 2, 2016, p. 456; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

¹⁰⁰ Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2014, p. 685 ss., il quale richiama le sentenze: Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium, cit., paragrafo 57 ss.; Piersack v Belgium, 1 ottobre 1982, paragrafi 27 ss.; Campbell and Fell v UK, 28 giugno 1984, par. 78.

¹⁰¹ Cfr. Corte EDU, 27 ottobre 1987, caso 10426/83, Pudas v. Sweden, relativa alla revoca di una licenza per lo svolgimento del servizio di trasporto interurbano; 5 febbraio 2004, caso 54039/00, Morscher v. Austria, relativa alla richiesta di un permesso di costruire; Corte EDU, 14 novembre 2006, caso 60860/00, Tsafay v. the United Kingdom, riguardante la revoca della concessione d'uso di un alloggio popolare; Corte EDU, Grand Chamber, 23 giugno 1981, casi 6878/75 e 7238/75, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, riguardante una sanzione disciplinare sospensiva comminata a un medico.

¹⁰² Secondo M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius Publicum*, dicembre 2014, i “diritti di carattere civile” individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo hanno un carattere essenzialmente patrimoniale, attenendo «o a pretese economiche direttamente vantate nei confronti della p.a. o, comunque, si configurano a fronte di provvedimenti amministrativi immediatamente incisivi sulla capacità del soggetto interessato di produrre reddito (per es., sono pacificamente ritenute idonee a “determinare” «diritti civili» le autorizzazioni all'esercizio di attività economiche e i relativi atti di revoca e di annullamento; i provvedimenti autorizzatori nel settore urbanistico-pianificatorio e i provvedimenti concessori; ma anche le sanzioni disciplinari che, in vario modo, impediscano o limitino l'esercizio di una determinata professione)».

tive indipendenti francesi¹⁰³ e italiane¹⁰⁴, volti a decidere una “accusa di natura penale” in senso convenzionale¹⁰⁵.

Una recente implicazione del “giusto procedimento sanzionatorio” ha riguardato l'estensione del «diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione» – garanzia finalizzata a proteggere l'accusato da indebite pressioni dell'autorità volte a provocarne la confessione e, dunque, strettamente connessa alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafo 2, della Convenzione¹⁰⁶ – anche alle sanzioni amministrative punitive.

La Corte Costituzionale ha investito, con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 117 del 2019, la Corte di Giustizia della seguente duplice domanda pregiudiziale, di interpretazione e di validità: da un lato, se le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014, anche alla luce degli artt. 47 e 48 CDFUE, potessero essere interpretate nel senso di non vincolare gli Stati membri a sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura punitiva, esercitando così il proprio diritto al silenzio nell'ambito di tale procedimento (nella specie, si trattava delle audizioni personali disposte dalla CONSOB nell'ambito dell'attività di vigilanza); dall'altro lato se, in caso di risposta negativa a tale prima domanda, le disposizioni in parola fossero compatibili con i citati artt. 47 e 48 CDFUE¹⁰⁷.

Con la successiva sentenza¹⁰⁸, la Corte Costituzionale, sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia¹⁰⁹, ha concluso nel senso che sia in-

¹⁰³ Corte EDU, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.v. France*; 20 gennaio 2011, caso 30183/06, *Vernes c. France*; 30 giugno 2011, caso 25041/07, *Messier v. France*, § 52.

¹⁰⁴ Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, riguardante il procedimento sanzionatorio della Commissione nazionale per la società e la borsa italiana (Consob). In tal caso, la Corte europea ha ritenuto in contrasto con l'art. 6 della Convenzione l'assenza di contraddittorio (in quanto la sanzione era stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti), la mancanza di un'udienza pubblica e, infine, l'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio a organi che, sebbene diversi, dipendevano comunque dallo stesso soggetto, ovvero il Presidente della Consob.

¹⁰⁵ Cfr. ancora la puntuale rassegna di M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius Publicum*, dicembre 2014.

¹⁰⁶ Corte EDU, sentenze 8 febbraio 1996, *John Murray contro Regno Unito*, paragrafo 45; 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness contro Irlanda*, paragrafo 40; 17 dicembre 1996, *Saunders contro Regno Unito*, paragrafo 68.

¹⁰⁷ Il dubbio di costituzionalità riguardava l'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58/1998 che, nella versione applicabile *ratione temporis*, prevedeva: «[f]uori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della CONSOB ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquantamila ad euro un milione». La norma appena citata costituiva trasposizione dell'obbligo sancito dall'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE (poi sostituito, in termini analoghi, dall'art. 30, paragrafo 1, lett. b, del regolamento UE n. 596/2014).

¹⁰⁸ Corte Cost., 5 maggio 2021, n. 84.

¹⁰⁹ In particolare, Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 2 febbraio 2021, nella causa C-481/19, *D. B. contro Consob*, ha affermato che: le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014, oggetto dei quesiti di questa Corte, «si prestano ad una interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale» (paragrafo 55): che, anzi, dal diritto al silenzio garantito dagli artt. 47 e 48 CDFUE, come sopra interpretati, discende l'obbligo, a carico degli Stati membri, di assicurare che una persona fisica non possa essere sanzionata in circostanze siffatte (paragrafo 57).

compatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare una persona fisica la quale – dinanzi alla richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti – si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale ¹¹⁰.

La citata pronuncia della Corte Costituzionale, peraltro, sembra lasciare al legislatore la possibilità di dettare una disciplina in parte differenziata, che sia diversamente calibrata sulla scorta delle caratteristiche proprie dei vari procedimenti sanzionatori (amministrativi o formalmente penali), osservando che non debba esservi necessariamente una coincidenza nelle modalità di tutela del diritto al silenzio ¹¹¹.

Un ulteriore corollario del «giusto procedimento» sanzionatorio ai fini dell'applicazione di sanzioni sostanzialmente punitive riguarda il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio.

Nella legge n. 689/1981, mentre è previsto un termine per la contestazione dell'illecito (art. 14 della legge n. 689/1981), analogo termine non è invece contemplato per la conclusione della fase decisoria, salvo quello di prescrizione quinquennale del diritto alla riscossione delle somme dovute per le violazioni amministrative, previsto dall'art. 28 della citata legge n. 689/1981 ¹¹².

La Corte Costituzionale ¹¹³ – pur dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 24 novembre 1981, n. 689 ¹¹⁴, nella parte in cui non prevede un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, involgendo la predetta omissione legislativa la sfera di discrezionalità del legislatore – ha statuito che, in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità impone necessariamente di «modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere [...] in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell'interesse soggettivo alla tempestiva definizione

¹¹⁰ Su queste basi, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58/1998, nel testo introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), della legge n. 62/2005 e vigente *ratione temporis*, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la dichiarazione di illegittimità costituzionale è stata estesa, in via consequenziale, ad altre disposizioni (l'art. 24, comma 1, lett. c, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e l'art. 5, comma 3, del d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129), che avevano esteso le medesime sanzioni anche alle condotte di mancata collaborazione con la Banca d'Italia.

¹¹¹ D. CODUTI, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *Federalismi*, n. 22/2021.

¹¹² Per le sanzioni amministrative inerenti la violazione di norme in materia di circolazione stradale (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) e tributaria (d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472), è invece previsto anche un termine di natura decadenziale, entro il quale deve essere emesso il provvedimento sanzionatorio.

¹¹³ Corte Cost., 14 luglio 2021, n. 151.

¹¹⁴ La questione era stata sollevata per contrasto con gli artt. 3, 97 e 117, comma 1, Cost.

della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale». La Corte ha aggiunto che «la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, consentendo all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della PA di cui all'art. 97 Cost.», cosicché «la predefinitività legislativa di un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso risulta coesistente ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali sopra richiamati».

Deve aggiungersi che talvolta la legge prescrive che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio debba essere stabilito dalla stessa Autorità procedente in via regolamentare oppure in sede di avvio dell'iter procedimentale. Una recente sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato¹¹⁵ ha ritenuto che il termine per la conclusione del procedimento promosso da una Autorità indipendente e finalizzato alla applicazione di una sanzione sostanzialmente 'punitiva' debba qualificarsi perentorio, inficiando per ciò solo il provvedimento finale¹¹⁶.

4. Proposta ricostruttiva: l'atto di accertamento dell'illecito amministrativo

La rivisitazione delle acquisizioni tradizionali in materia di sanzioni amministrative è il portato del "disallineamento" tra due livelli di tutela, costituzionale e sovranazionale. Anche l'ermeneutica dei diritti fondamentali risente inevitabilmente della collocazione ordinamentale delle disposizioni che li enunciano. Nello spazio giuridico europeo (soprattutto, in quello politicamente "adespotato" della Convenzione, privo di organi rappresentativi e di indirizzo politico), il dialogo tra le Corti rappresenta il principale dispositivo attraverso cui i diversi sistemi normativi si completano vicendevolmente nell'attività di interpretazione, pervenendo così ad una tutela "integrata" dei diritti¹¹⁷.

L'incisiva produzione giurisprudenziale delle Corti sovranazionali, specialmente della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha ridimensionato i profili di qualificazione formale della fattispecie sanzionatoria, a vantaggio della «so-

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584.

¹¹⁶ Si trattava dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente. Richiamando le ragioni di contrasto con l'effettività della tutela del privato messe in luce nella citata sentenza n. 151/2021, la stessa Corte Costituzionale ha, con la successiva sentenza n. 260/2021, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 – il quale prevedeva, con decorrenza dalla sua entrata in vigore, l'interruzione ex lege del termine di prescrizione, relativamente ai procedimenti sanzionatori che, alla data di applicazione del regolamento n. 679/2016/UE, siano stati avviati, ma non ancora definiti con l'adozione dell'ordinanza-ingiunzione – per violazione del principio di ragionevolezza e del canone di proporzionalità, non ravvisando, «a sostegno della disposizione censurata, alcun motivo idoneo a giustificare un livello tanto intenso di compressione della posizione del privato».

¹¹⁷ Sul tema generale, cfr. *ex plurimis* la recente opera curata da C. CARUSO-F. MEDICO-A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020.

stanza dei diritti umani che vi sono coinvolti»¹¹⁸. Il concetto di «pena» cui si riferiscono le disposizioni costituzionali non è più definibile sulla base di criteri d'ordine giuridico-formale, bensì di tipo sostanziale, incentrati sul carattere punitivo-afflittivo della misura amministrativa comminata dall'ordinamento in reazione alla violazione di un precetto.

Le garanzie convenzionali, tuttavia, non hanno ricevuto un'applicazione meccanica nel quadro statuale, dove invece la loro realizzazione è stata attentamente ponderata con altri interessi di pari rango: la «massima espansione delle garanzie», nella giurisprudenza costituzionale, postula infatti la lettura sistematica e non frammentata di tutti i beni costituzionalmente rilevanti¹¹⁹. I canoni di civiltà giuridica del diritto punitivo vanno sì rispettati anche dall'Amministrazione, ma non necessariamente con le medesime modalità con le quali sono tutelati nei processi penali: sono ammissibili margini di differenziazione se strutturalmente legati alla scelta legislativa della depenalizzazione¹²⁰.

A questo punto della disamina, va verificata l'attualità dei concetti che – pur sedimentatisi da tempo nella scienza del diritto pubblico – si rapportano ad un quadro normativo modificato.

L'illecito amministrativo si presenta oggi come una figura non più di pertinenza esclusiva del diritto amministrativo. La contaminazione tra il diritto amministrativo e diritti «altri» non è una novità, come sta a testimoniare (nel recente passato) l'ibridazione di istituti civilistici e amministrativistici verificatasi sul versante della regolazione economica dei mercati¹²¹. La neutralità delle tecniche spinge, in questo caso, verso un «diritto punitivo comune», ossia un diritto dei diversi «mezzi» e «istituti» che presidiano la cogenza delle disposizioni (di diritto pubblico) volte a tutelare interessi che trascendono quello del privato offeso.

Le sanzioni amministrative costituiscono la *species* di un *genus* più ampio, dove trova applicazione il «nocciolo duro» delle garanzie penalistiche¹²². L'area di comune incidenza – il cui perimetro è delineato dalla nozione 'transtipica' di «materia penale» – include le fattispecie di reato (valendo qui il criterio della qualificazione formale) e le altre conseguenze amministrative sfavorevoli aventi carattere «punitivo-afflittivo» (valendo qui il criterio sostanziale).

All'interno di tale quadro definitorio, perde gran parte della sua rilevanza il dibattito (mai sopito) sui criteri d'ordine ontologico, che dovrebbero contraddistinguere il reato rispetto all'illecito amministrativo¹²³, così come, correlativa-

¹¹⁸ Corte Cost., n. 49/2015, cit.

¹¹⁹ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 14; C. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1999.

¹²⁰ Cfr. P. CERBO, *Le sanzioni amministrative punitive*, in *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, secondo cui: «La «sfida» interpretativa più importante ed attuale è proprio comprendere e definire «quanta» identità di disciplina discenda dall'omogeneità non solo sul piano delle garanzie procedurali, sulle quali finora si è prevalentemente incentrato il dibattito, ma anche sul piano degli istituti più generali riguardanti il potere sanzionatorio».

¹²¹ Sui rapporti tra diritto pubblico e privato, cfr. le seguenti opere: G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; V.V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2018.

¹²² Già M. SINISCALCO, *op. cit.*, assimilava le sanzioni amministrative alle sanzioni penali, conducendo entrambe le figure all'illecito di diritto pubblico.

¹²³ Secondo l'opinione maggioritaria, le sanzioni amministrative si possono individuare in modo soltanto residuale, quali misure afflittive non consistenti in sanzioni penali o in sanzioni

mente, appare recessiva la questione sui limiti della depenalizzazione ‘consentita’ al legislatore ordinario¹²⁴. Nella misura in cui il passaggio dal regime penale a quello amministrativo – pur restando immutata la fattispecie – non comporti la “disattivazione” delle principali garanzie penalistiche, la qualificazione dell’illecito risponde a scelte di politica legislativa «sindacabili solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione»¹²⁵. I casi giurisprudenziali sopra citati, del resto, testimoniano come la sanzione penale, pur costituendo di regola la pena ‘naturalmente’ correlata ai fatti contrassegnati da maggiore disvalore sociale, non rappresentino necessariamente il massimo dell’afflittività. È ben possibile, infatti, che una sanzione amministrativa possa risultare in concreto più svantaggiosa.

È divenuto invece impellente l’esigenza di coordinamento normativo tra i sistemi sanzionatori amministrativo e penale, la cui concorrenza si giustifica soprattutto quando l’accentuata ‘tecnicità’ della materia rende assai opportuno il coinvolgimento “sinergico” delle Autorità amministrative di settore, tenuto conto peraltro della maggiore speditezza del procedimento amministrativo. L’indeterminatezza della giurisprudenza europea in materia di *ne bis in idem* suggerisce l’opportunità di disciplinare, in modo organico, i presupposti in presenza dei quali è possibile avvalersi della combinazione di strumenti pubblicistici¹²⁶.

La frammentarietà del quadro normativo di fonte primaria restituisce ancora una immagine eterogenea delle sanzioni irrogate dalla pubblica amministrazione. Tuttavia, all’interno della nuova cornice ermeneutica di rango costituzionale sono posti i primi tasselli per costruire l’unità dogmatica dell’illecito amministrativo, non più attorno ai soli caratteri della “sanzione”, bensì a partire dal regime della “responsabilità”, ovvero i principi, le forme e i requisiti sostanziali che devono ricorrere per l’imputazione della “pena” in senso convenzionale.

La configurazione unitaria dell’illecito amministrativo comporta il superamento della tradizionale distinzione tra misure che incidono sull’autore della violazione (aventi come obiettivo la punizione degli autori dell’abuso) e quelle

civili, bensì fondate su una potestà amministrativa. Si è rivelato invece infruttuoso il tentativo di giungere ad una differenziazione in virtù di criteri sostanziali, quali: la violazione di un rapporto giuridico di cui la Pubblica Amministrazione è un soggetto attivo; la violazione di un precetto posto nell’interesse specifico dell’Amministrazione, a garanzia dell’ordinamento amministrativo; la trasgressione di doveri amministrativi all’interno di rapporti di supremazia speciale.

¹²⁴ Cfr. sul tema U. POTOTSCHNIG, *Presentazione del tema del convegno*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione (Varenna – Villa Monastero 18-20 settembre 1980). La circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 19 dicembre 1983, conteneva «criteri orientativi» per la scelta fra sanzioni penali e sanzioni amministrative, indicati in quelli di «proporzione», e di «sussidiarietà» della reazione punitiva siccome orientativi delle ipotesi in cui dovrebbe essere data la preferenza alla sanzione criminale.

¹²⁵ Così Corte Cost., 27 luglio 2016, n. 193. Secondo la sentenza n. 49/2015 della stessa Corte, diversamente opinando, si verificherebbe «un abnorme fenomeno espansivo del diritto penale in contrasto con il principio di sussidiarietà».

¹²⁶ Come, ad esempio, è avvenuto nel diritto antitrust in ordine ai rapporti tra public e private enforcement, con la direttiva 2014/104/UE. Sul tema: L. R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziali nell’Unione Europea e l’emergere del diritto comune europeo*, in *AIDA*, 2013, p. 338; R. PARDOLESI, *Private enforcement: da “com’eravamo” alle prospettive di un futuro incisivo*, in *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Padova, 2009, 12; G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *AIDA*, 2015, p. 3.

che invece colpiscono la *res illicita* (finalizzate a porre fine al fatto contrario alla legge attraverso la reintegrazione degli interessi pubblici vulnerati¹²⁷). La nozione di “pena” in senso convenzionale, come si è detto più volte, si basa su una valutazione precipuamente sostanziale, incentrata soprattutto sulla gravità della stessa, potendo ben coesistere finalità afflittive-deterrenti e (contemporaneamente) di ripristino dell’interesse pubblico.

Nell’ambito delle misure amministrative di reazione alla violazione di un precetto, la partizione rilevante sul piano sistematico è piuttosto quella che distingue: i) da un lato, le sanzioni punitive irrogate dall’Amministrazione nell’esercizio di funzioni “materialmente giurisdizionali”, consistenti nella repressione e controllo dei comportamenti antiggiuridici, attraverso l’accertamento del “fatto” descritto nella fattispecie normativa astratta; ii) dall’altro, i provvedimenti «regolatori»¹²⁸, aventi effetti conformativi o ablatori, comunque sfavorevoli per il loro destinatario, espressivi delle funzioni di governo che si concretano nella “direzione” delle attività private per la cura di interessi collettivi, oltre che nell’erogazione di servizi (indivisibili e divisibili) alla collettività.

La differenziazione non è sempre agevole, stante l’elevato grado di indeterminatezza dei “criteri Engel”. La difficoltà è accentuata dalla peculiarità istituzionale del sistema giuridico della CEDU, in cui il giudice nazionale non è legittimato a “modellare” il significato degli enunciati convenzionali (come invece gli è possibile, sia pure indirettamente, con le norme costituzionali), dovendosi egli sempre attenere alla lettura offertane dai giudici di Strasburgo¹²⁹. Rilevanti incertezze interpretative si registrano, soprattutto, in ordine alla classificazione delle misure interdittive (ovvero quelle che comportano la perdita dei requisiti necessari per svolgere una certa attività o per mantenere un certo status¹³⁰), delle misure prescrittive individuali adottate dalle Autorità indipendenti preposte alla regolazione e vigilanza dei mercati¹³¹, delle sanzioni edilizie¹³². La classificazione delle diverse fattispecie, del resto, se lasciata alla sola giurisprudenza, non potrà non scontare le ineliminabili incertezze dell’approccio casistico.

¹²⁷ Sulla esemplificazione di tale distinzione, cfr. lo scritto di A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell’Amministrazione, Varenna 18-20 settembre 1980, Milano, 1982, p. 126.

¹²⁸ Ci si riferisce qui alla nozione lata di «Amministrazione di regolazione» adottata da D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, IV ed., Bologna, 2007, p. 75 ss.

¹²⁹ Sulle peculiarità di tale subordinazione funzionale del giudice nazionale nel sistema CEDU, cfr. C. CARUSO, *Controllo di convenzionalità e interpretazione conforme: il ruolo del giudice nazionale*, in *Quest. giur.*, aprile, 2019. Secondo la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 45/2015, la CEDU non avrebbe reso «i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato».

¹³⁰ Si pensi alla fattispecie della incandidabilità introdotta dal d.lgs. n. 235/2012. In materia di interdittiva ANAC, il Consiglio di Stato, ha recentemente affermato (sentenza, sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491) che il potere esercitato dall’Anac con l’annotazione nel casellario informatico, ai sensi del predetto art. 38, comma 1-ter, d.lgs. n. 163/2006 ha natura sanzionatoria ed afflittiva, con carattere dunque tassativo e di stretta interpretazione, con la conseguenza che l’art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006 non si applica al di fuori dei casi considerati di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione.

¹³¹ Appaiono esemplificativi i seguenti casi: in materia di regolazione dei mercati finanziari, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330; in materia di concorrenza; in materia di regolazione energetica, Consiglio di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2020, n. 7894.

¹³² Cfr. la rassegna di M. LUNARDELLI, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Riv. giur. ed.*, fasc.4, 2021, p. 173 ss.

La ragione tecnico-giuridica del diverso “trattamento” normativo delle tue tipologie di atti, sanzionatori e regolatori, riposa nella diversa portata del “principio di stretta legalità” di stampo penalistico, rispetto a quello cui soggiace l’azione amministrativa in senso proprio. È questo il dato di struttura che impone il superamento dell’impostazione secondo cui la sanzione amministrativa costituirebbe pur sempre esercizio di un potere che partecipa degli stessi caratteri degli altri poteri amministrativi¹³³.

Vale la pena ricordare che il fondamento del “*nullum crimen sine lege*” esprime esigenze composite. La prima riguarda il meccanismo di produzione normativa, in funzione dell’istanza di democraticità che permea il sistema penale. Un soggetto può essere chiamato a rispondere penalmente di un fatto illecito, solo se questo è previsto come tale da una proposizione normativa dettata dal «legislatore» (con tale espressione intendendosi le fonti risultanti dagli artt. 25, 76 e 77, Cost.). L’ordinamento costituzionale individua nel titolare del potere legislativo l’unico organo idoneo ad intervenire con la “pena” nella sfera giuridica dei componenti la collettività, escludendosi la possibilità per altri organi dello Stato di porre norme in “materia penale”. Ne consegue l’impossibilità, ad opera di fonti secondarie, di delineare nuove fattispecie o di modificare o di sopprimere quelle esistenti, salvo la possibilità per la fonte secondaria di attribuire contenuti specifici e ben delineati a talune espressioni lessicali¹³⁴. In tal modo, si vuole preservare il primato del legislatore rispetto agli “sconfinamenti” del potere amministrativo e giudiziario.

L’ulteriore principale esigenza è quella di assicurare la certezza del diritto e, cioè, la possibilità – per il destinatario del precetto – di averne conoscenza allorché deve determinarsi ad agire o a non agire in modo ad essa conforme o difforme. È noto che la Convenzione europea, incentrata sul riconoscimento dei diritti umani, ha imposto una declinazione della legalità “penale” (anche nel campo delle sanzioni amministrative) in cui le ragioni garantistiche dell’acces-

¹³³ Ancora recentemente è stato sostenuto che l’esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Autorità indipendenti costituirebbe una incidente all’interno di un’attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità: cfr. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012. Secondo M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla*, in *Dir. proc. civ.*, 2020, p. 740: «le valutazioni tecniche, soprattutto ove attribuite ad Autorità indipendenti, alla discrezionalità amministrativa, anche in conseguenza della sempre più frequente commistione tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della scelta discrezionale, tale da rendere la seconda direttamente influenzata dalla prima. In particolare, per la valutazione dei concetti di mercato rilevante o di intesa si manifesta un caso in cui il legislatore si limita a fornire criteri di carattere generale, elastici ed aperti da adeguare, di volta in volta, a seconda delle circostanze e del particolare contesto considerato e l’accertamento è difficilmente separabile dalla valutazione compiuta alla stregua dell’interesse pubblico. L’impossibilità della separazione tra l’accertamento nell’applicazione del criterio predeterminato e la valutazione di opportunità rispetto alla tutela dell’interesse costituisce la ragione della esclusività della valutazione in capo all’amministrazione».

¹³⁴ Come recentemente ribadito dalla Corte Costituzionale il principio di stretta legalità penale, «per un verso, vuole evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri, l’autorità amministrativa o “il giudice assuma[no] un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito” (sentenza n. 327/2008; sul punto anche ordinanza n. 24/2017); per un altro verso, non diversamente dal principio d’irretroattività, intende “garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta” (ancora sentenza n. 327/2008)» (sentenza n. 121/2018). Si tratta di acquisizioni tradizionali della scienza penalistica: cfr., *ex plurimis*, G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (dir. pen.), in *Enc. giur.*, XXVIII, 1978.

sibilità e prevedibilità del diritto (anche di fonte giurisprudenziale) sono premianti sulla riserva di legge¹³⁵.

Ebbene, il principio di “stretta” legalità, applicato alle sanzioni amministrative “punitive”, implica necessariamente che il potere amministrativo non può ‘concorrere’ a definire la fattispecie dell’illecito amministrativo, procedendo ad ampliamenti o restrizioni della sfera del “penalmente” rilevante, ostandovi i principi, che connotano la “materia penale”, di tassatività, di specificità e di inderogabilità degli schemi di qualificazione. In regime di “stretta” legalità, possono al più ammettersi interventi di fonti “secondarie”¹³⁶ volti ad integrare elementi non caratterizzanti del fatto, quale descritto nelle sue linee portanti dalla proposizione «primaria».

La tipicità e nominatività del provvedimento si atteggia in termini del tutto diversi rispetto alla «tassatività» delle misure sanzionatorie.

Nel corso della sua storia – normativa e concettuale – il principio di «legalità amministrativa» è stato differentemente interpretato, sfuggendo ad ogni tentativo di definizione unitaria (lo stesso testo costituzionale ne reca indicazioni soltanto implicite¹³⁷). Il rapporto di intima connessione e, allo stesso tempo, di perenne contraddizione tra il concetto di legalità e quello di discrezionalità amministrativa, ha trovato un faticoso punto di equilibrio nell’adozione di modelli normativi “aperti”. Il potere “riempitivo” dell’Amministrazione ha trovato fondamento nella declinazione politico-rappresentativa della sovranità, pro-manante nei pubblici poteri attraverso la rappresentanza politica e la legittimazione democratica dell’autorità. La discrezionalità amministrativa si differenzia dall’“agire libero” basato su un giudizio *lato sensu* politico, in quanto limitata

¹³⁵ Sulla nozione di ‘prevedibilità’ nel diritto sovranazionale, cfr., anche per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, G. CARUSO, voce *Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, 2021. Anche la Corte Costituzionale italiana ha rilevato che «il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il nomen ad essa attribuito dall’ordinamento [...] non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di “conoscere”, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata» (sentenza n. 121/2018).

¹³⁶ Deve quindi trattarsi anche qui di preesistenti norme generali ed astratte.

¹³⁷ La letteratura è sconfinata. A titolo non esaustivo: F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; S. FOIS, «Legalità (principio di)», in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, pp. 659-703; F. LEVI, «Legittimità (Diritto amministrativo)», in *Enc. dir.*, Milano, XXIV, 1974, pp. 124-140; L. CARLASSARE, «Legalità (principio di)», in *Enc. giur.*, Roma, XVIII, 1988; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91 ss.; V.F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3303 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 111 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Legalità ed efficienza nell’amministrazione*, in *Rass. parl.*, 2001; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Quad. C, Bologna, 2006, 274 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1995, pp. 247-310; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; G. CORSO, *Il principio di legalità nell’ordinamento italiano*, in *Studium iuris*, 2010, p. 1011; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa*, Napoli, 2000; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 3, 2013, p. 309; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, p. 75 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 137 ss.

dalla prefissione di una “causa” normativa o di un “interesse primario”. La progressiva concretizzazione del precetto astratto, che non indica spesso alcuna gerarchia tra gli interessi pubblici e privati coinvolti, avviene nel corso del procedimento.

Il principio di legalità amministrativa, peraltro, è oramai distante dall'archetipo secondo cui ogni manifestazione dei pubblici poteri deve trovare la sua base e il suo limite (formale e sostanziale) nella legge dello Stato¹³⁸. Nella “fenomenologia” frammentaria dei rapporti tra legge e amministrazione, la rilevanza “pratica” del principio di legalità – l'essere cioè regola di esercizio e, quindi, di validità dell'azione amministrativa – conosce sfumature e declinazioni intermedie in corrispondenza dei diversi modelli regolativi dell'azione amministrativa. Ciò ne rende ancora più incerto il contenuto (se enunci la necessità di una norma, qualsivoglia sia la fonte, o se invece tale norma debba essere di ordine legislativo) e la struttura (se il rapporto tra legge e amministrazione si atteggi in termini di mera “compatibilità” o di “conformità”)¹³⁹. In importanti settori della vita economica e sociale, l'ordinamento predilige forme fluide di “indirizzamento” alla realizzazione di valori e principi, e non comandi rigidamente positivizzati. Anche in alcuni ambiti che la costituzione riserva alla legge, dove quindi il principio di legalità dovrebbe risultare rafforzato in senso “sostanziale”¹⁴⁰, le Autorità indipendenti di regolazione esercitano poteri (normativi e autoritativi) fondati su previsioni spesso generiche, se non implicite¹⁴¹.

In definitiva, la legalità “penalistica” e quella amministrativa innescano una differente dinamica giuridica: le norme penali “definiscono” da sé i termini del conflitto tra le sfere giuridiche coinvolte; le norme amministrative “indirizzano” l'azione regolatrice degli apparati amministrativi, per fare in modo che gli stessi – in quanto delegati dall'ordinamento a “comporre” la gerarchia degli interessi coinvolti – operino in modo imparziale e coerente con l'indirizzo politico-amministrativo¹⁴².

Per le medesime ragioni, l'atto di accertamento dell'illecito amministrativo si

¹³⁸ Sono note le ragioni del conclamato indebolimento strutturale della legge quale strumento di coordinamento e indirizzo degli apparati amministrativi funzionalmente diversificati e multiformi. L'evoluzione della tecnica, le politiche di liberalizzazione, le nuove istituzioni di regolazione, la perdita di centralità dello Stato rispetto alle istituzioni europee, hanno mutato in profondità la relazione tra autorità, società e diritto pubblico.

¹³⁹ Cfr. D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Quest. giust.*, n. 1/2017.

¹⁴⁰ In quanto la riserva di legge, nel regolare i rapporti fra le fonti, restringe la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esecuzione della legge. La Costituzione, peraltro, riserva alla legge, in modo assoluto o relativo, a seconda dei casi, le principali materie rilevanti per l'esercizio dell'azione amministrativa: art. 13, comma secondo; art. 23; art. 32, comma 2; art. 42, comma 3, art. 43; art. 81; art. 97.

¹⁴¹ Secondo una nota tesi (F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, p. 75 ss.), il principio di legalità starebbe lentamente lasciando il posto ad un più duttile principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, alla cui stregua l'adozione di misure concrete deve essere preceduta dalla formulazione di criteri generali ed astratti. La “legalità” sarebbe soddisfatta anche da fonti subprimarie, in quanto comprensiva di tutto ciò che la concreta attività amministrativa deve rispettare. Così riconfigurato, il principio di legalità non troverebbe più fondamento nell'esigenza democratica di assoggettare l'amministrazione pubblica all'indirizzo politico delle assemblee politiche rappresentative, bensì avrebbe esclusivamente la funzione di garantire l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili.

¹⁴² La distinzione riecheggia evidentemente la tradizionale distinzione tra norme di azione e norme di relazione.

configura, sul piano strutturale e funzionale, in termini diversi dalla nozione di “provvedimento”.

Tra gli atti amministrativi, il provvedimento costituisce, come è noto, la figura espressiva del potere unilaterale di etero-regolazione, che consente cioè al suo titolare di modificare situazioni giuridiche altrui senza necessità dell'altrui consenso. Il provvedimento, in quanto solitamente caratterizzato da spazi più o meno ampi di discrezionalità, è potere di scelta tra soluzioni diverse al fine di curare l'interesse pubblico. È proprio in ragione di tale suo carattere che la dottrina spiega il tratto tipico del suo regime di validità, incentrato su vizi funzionali – cioè sulla verifica di correttezza del comportamento amministrativo rispetto alla causa normativa e sulla sua idoneità a curare l'interesse pubblico –, piuttosto che sulle carenze strutturali della fattispecie¹⁴³.

Nell'atto applicativo della sanzione amministrativa “punitiva” l'imperatività si manifesta invece come semplice esecutività, nel senso che è consentita l'esecuzione del dispositivo dell'atto, senza che sia necessario il previo accertamento della sua legittimità. La “fattispecie” – marginalizzata nella definizione del provvedimento – riveste qui una rilevanza centrale, in quanto l'Amministrazione è chiamata all'accertamento del profilo oggettivo e soggettivo della violazione come tipizzata dal legislatore. Anche l'identificazione semantica dei concetti giuridici indeterminati, eventualmente presenti tra gli elementi della fattispecie, appartiene all'attività di “interpretazione” e non alla discrezionalità in senso tecnico. Anzi, in “materia penale”, lo stesso legislatore ha l'obbligo di ridurre, fin dove è possibile, gli spazi valutativi che ineriscono all'interpretazione. Ne discende altresì che, come si dirà più ampiamente nel paragrafo successivo, l'atto sanzionatorio non è soggetto ad un sindacato giurisdizionale meramente “funzionale”, bensì di tipo “parametrico”, imperniato cioè sul raffronto tra le risultanze istruttorie e la fattispecie legale.

L'assunto è, del resto, conforme all'orientamento espresso da dottrina e giurisprudenza sulle sanzioni pecuniarie devolute alla competenza del giudice ordinario (di cui alla legge n. 689/1981)¹⁴⁴, la cui emanazione non comporta l'esercizio di poteri discrezionali in senso tecnico. Anche il margine di apprezzamento lasciato all'Amministrazione per la commisurazione della pena, deve essere «esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria»¹⁴⁵.

In senso contrario alla configurazione autonoma dell'atto di accertamento dell'illecito amministrativo, non varrebbe neppure richiamare la tesi secondo cui anche gli atti vincolati devono ricondursi alla categoria del provvedimento amministrativo (si afferma, a questo riguardo, che deve qualificarsi come “po-

¹⁴³ Così F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, fasc.1, 1995, 1 ss. Per una trattazione completa della figura giuridica, cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

¹⁴⁴ Cfr. A. VIGNERI, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1982, p. 1119; C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Le sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989. Risale invece a U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, p. 140, la tesi secondo cui la funzione sanzionatoria avrebbe carattere discrezionale.

¹⁴⁵ In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, dove si afferma che «il criterio legale che la detta scelta deve seguire è soltanto la commisurazione della sanzione all'entità della violazione, conformemente al contenuto tipico di ogni potere punitivo, sia di tipo penale che di carattere amministrativo»; Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240; sez. I, 15 dicembre 1992, n. 13246.

tere” anche quello che soltanto costituisce l’effetto, realizzando l’assetto di interessi prefigurato interamente dalla norma ¹⁴⁶).

Potrebbe infatti replicarsi che gli atti espressivi delle funzioni “materialmente” giurisdizionali hanno l’efficacia propria dell’attività giuridica di accertamento: dichiarativa ¹⁴⁷, ovvero (secondo altri) preclusiva ¹⁴⁸. Tale ricostruzione, inoltre è l’unica coerente, sul piano sistematico, con il peculiare vincolo di cui sono portatori, per espressa previsione legislativa ¹⁴⁹ o giurisprudenziale ¹⁵⁰, gli accertamenti delle autorità indipendenti, in particolare modo nell’ambito delle azioni risarcitorie del danno da illecito anticoncorrenziale ¹⁵¹.

Anche sul piano del regime giuridico – mentre il provvedimento amministrativo rappresenta il modello teorico che riflette la disciplina positiva della produzione giuridica inerente l’azione amministrativa di regolazione, di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 – l’attività sanzionatoria, in quanto soggetta allo statuto del diritto punitivo e basata su diversi referenti costituzionali, rappresenta un settore disciplinare oramai autonomo.

Per tutte le ragioni sopra emerse, appare quindi preferibile ricondurre l’atto di accertamento dell’illecito amministrativo ad una categoria giuridica che meglio ne rifletta le caratteristiche funzionali e strutturali.

A tal fine, può soccorrere la nozione di «decisione amministrativa», utilizzata dalla dottrina italiana ¹⁵² – a sua volta riprendendo la categoria (*En-*

¹⁴⁶ Così ancora F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 1995, p. 1 ss. In senso contrario, invece: F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 376 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 52.

¹⁴⁷ Costruisce il fenomeno dell’accertamento giurisdizionale in funzione della efficacia dichiarativa: CHIOVENDA, *Principi*, Napoli, 1928, p. 910; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, p. 36.

¹⁴⁸ Cfr. A. FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.

¹⁴⁹ La vincolatività dell’accertamento amministrativo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile è prevista dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 in attuazione della direttiva n. 104 del 2014 Ue (66). L’art. 7 del citato d.lgs. dispone che «ai fini dell’azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’art. 10, l. 10 ottobre 1990, n. 287 non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato». L’articolo precisa altresì che la peculiare efficacia probatoria del provvedimento «riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l’esistenza del danno».

¹⁵⁰ Secondo la giurisprudenza di legittimità, l’accertamento compiuto dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato si atteggia, nel processo civile, in termini di ‘prova privilegiata’ alla stregua di una fonte di presunzioni iuris tantum, rimessa al prudente apprezzamento del giudice e contrastabile dall’interessato con una qualsiasi controprova ammessa dall’ordinamento. Per una analisi della giurisprudenza che fa ricorso al concetto di «prova privilegiata» per descrivere le ipotesi più eterogenee di prove documentali provenienti da una pubblica amministrazione, cfr. M. GOLIA, *La circolazione dell’accertamento dall’atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di «prova privilegiata»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2021, p. 379 ss.

¹⁵¹ Invece le attribuzioni regolative della pubblica amministrazione – anche ove vincolate nell’an – non sono mai compiutamente definite dalla norma, la quale quantomeno ne subordina l’esercizio ad una valutazione di discrezionalità tecnica, che rimanda all’Amministrazione il compito di stabilire le modalità e le condizioni perché tali effetti si concretino (non a caso, laddove l’attività è prettamente ricognitiva ed esecutiva della legge, come per gli enti assistenziali e previdenziali, la giurisdizione – di norma – è del giudice ordinario). Dinamica giuridica che tuttavia, per le ragioni anzidette, non è consentita in «materia penale».

¹⁵² M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 812.

tscheidungen) coniata dalla dottrina di lingua tedesca¹⁵³ – per contraddistinguere gli accertamenti amministrativi contenziosi (le decisioni dei ricorsi amministrativi).

La “decisione amministrativa”, a questa stregua, dovrebbe ricomprendere gli atti amministrativi, a carattere non dispositivo, bensì dichiarativo, aventi la funzione di accertare i presupposti e le conseguenze previsti dalla legge come reazione alla violazione di un precetto, accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto.

4.1. Segue. Il “giusto” processo sulle sanzioni amministrative punitive

Così delineati, in linea di massima, i principali caratteri dell'atto di accertamento dell'illecito amministrativo, vanno ora sviluppate, per le strette correlazioni che intercorrono tra garanzie sostanziali e meccanismi idonei a farle concretamente osservare, le implicazioni riguardanti il sistema dei “rimedi” giurisdizionali¹⁵⁴.

La distinzione – giuridica e tipologica – tra atti di regolazione ed atti sanzionatori si riflette necessariamente anche nella diversa intensità della tutela giurisdizionale¹⁵⁵.

Al fine di assicurare l'effettiva vigenza del principio di stretta legalità, la giurisdizione amministrativa è “piena”, nel senso che il processo deve consentire di revisionare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto («*both on the facts and the law*») la decisione resa dall'autorità amministrativa. Rispetto a sanzioni pecuniarie elevatissime, immediatamente esecutive, spesso accompagnate da sanzioni accessorie interdittive altamente stigmatizzanti, il giudice – qualunque giudice e, dunque, anche quello amministrativo nelle fattispecie sanzionatorie su cui ha giurisdizione – deve accertare, non se è semplicemente “ragionevole”, bensì se è “corretta” la loro applicazione.

Il dovere di integrale revisione delle decisioni sanzionatorie punitive – mentre può apparire una opzione prettamente “compensativa” dei limiti del procedimento, se ci si pone nell'ottica della Convenzione¹⁵⁶ – costituisce oramai un vincolo costituzionale “interno”.

Una volta infatti sancita la soggezione delle sanzioni amministrative punitive al principio di stretta legalità (art. 25 Cost.), l'eventuale rafforzamento delle garanzie procedurali¹⁵⁷ non potrebbe comunque giustificare un arretra-

¹⁵³ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München-Berlin, 1961, p. 231 ss.; M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, p. 170.

¹⁵⁴ Sui rapporti di reciproca implicazione tra diritto penale sostanziale e processuale, cfr. M. GALLO, *La legge penale (Appunti di diritto penale)*, Torino, 1965.

¹⁵⁵ Può tralasciarsi, in questa sede, il tema della legalità processuale, ovvero della tassatività degli schemi processuali.

¹⁵⁶ Secondo tale impostazione, tutte le volte in cui non viene data concreta attuazione alle garanzie dell'art. 6 CEDU nel corso del procedimento amministrativo (ossia nella sede nella quale l'autorità amministrativa può decidere un'«accusa penale», ovvero incidere significativamente su un «diritto civile»), assume rilevanza la successiva fase processuale come luogo di possibile correzione, sia pure ex post e in via eventuale (cioè su ricorso della parte interessata), dei deficit di tutela che si siano verificati in sede procedimentale.

¹⁵⁷ Questa sembra la posizione di F. GOISIS espressa anche di recente nel saggio, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, p. 29: «non si possono compensare le garanzie del giusto processo (in una qualunque fase, amministrativa, semi-giudiziale o giudiziale in senso proprio), se non a condizione che l'intero ambito dei presupposti della scelta sia ex novo rivedibile in via so-

mento del sindacato ai soli canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Nell'applicazione di norme "penali", il giudice amministrativo non può incontrare alcun vincolo che quello della legge, che è chiamato ad interpretare liberamente e ad applicare alla controversia da decidere. Anche quando il fatto produttivo di effetti giuridici viene descritto mediante elementi normativi che rinviano a nozioni scientifiche e tecniche controverse o non scientificamente verificabili¹⁵⁸, l'opera di estrapolazione della regola spetta al giudice.

Nei giudizi sulle sanzioni amministrative punitive, oggetto del processo è, dunque, sia l'atto, sia il fatto illecito¹⁵⁹.

Da un lato, è giudizio sul rispetto delle garanzie procedurali (alcune di rango costituzionale) che presiedono all'esercizio del potere sanzionatorio, sottoposto a forme e regole più stringenti di quelle prescritte dalla legge n. 241 del 1990, conservando dunque autonomo rilievo i vizi formali dell'atto (anche il difetto di motivazione può rilevare come incongruente ricostruzione del quadro probatorio)¹⁶⁰.

stitutiva dall'organo che realizza la compensazione. La compensazione, per essere tale, non può avere un oggetto diverso da ciò che deve essere curato ex post». In realtà, secondo la Corte europea, soltanto in particolari casi, concernenti scelte amministrative caratterizzate da «wide policy aims» o che necessitino di specifiche competenze tecniche, il sindacato giurisdizionale può considerarsi sufficiente senza che sia richiesta una valutazione sostitutiva sui fatti e sul merito della decisione, sempreché la decisione stessa sia stata adottata dall'organo amministrativo attraverso una quasi judicial procedure «that sufficiently complies with Article 6».

¹⁵⁸ Sono diverse ricostruzioni teoriche di siffatte tecniche di normazione. Delle diverse classificazioni dottrinali dà conto M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 345 ss.; nonché E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3558. A tale stregua: i concetti giuridici indeterminati, sarebbero caratterizzati dalla circostanza che la zona grigia del concetto (ovvero quella composta dai casi non chiaramente spiegati dalla definizione) è inusualmente grande (M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993); con le norme elastiche il legislatore delegherebbe al giudice una scelta assiologica (F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, pp. 8-9), si pensi alla correttezza e la buona fede, non scarsa importanza dell'inadempimento, principi della correttezza professionale; le clausole generali sarebbero frammenti di norme che non hanno una propria autonomia fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta (L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 1986, p. 5); gli standards valutativi, invece, sarebbero punti di vista, criteri direttivi per la ricerca di valori che il giudice deve poi tradurre con un proprio giudizio valutativo in una norma di decisione. In diritto penale, vedi F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

¹⁵⁹ In ordine al processo di opposizione all'ordinanza-ingiunzione disciplinato dagli art. 22 ss. legge 24 novembre 1981, n. 689, la tesi prevalente in dottrina è che oggetto del processo sia l'ordinanza-ingiunzione che l'illecito; G. MANZO, *Il giudizio di opposizione*, in *Modifiche al sistema penale. La legge 24 novembre 1981, n. 689, I. Depenalizzazione e illecito amministrativo*, a cura di R. BERTONI-G. LATTANZI-E. LUPO-L. VIOLANTE, Milano, 1982, p. 388; V. ANDRIOLI, *Il contenzioso civile delle sanzioni amministrative*, in *Dir. giur.*, 1981, p. 669; R. VACCARELLA, *Il procedimento di opposizione al provvedimento di applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1982, p. 1155. Secondo F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 274, l'ordinanza-ingiunzione è solo l'occasione per discutere della situazione sostanziale e non è l'oggetto del processo, perché tale è l'effetto giuridico di pagare la sanzione che è prodotto congiuntamente da una fattispecie primaria (l'ordinanza-ingiunzione) e da una fattispecie secondaria (la mancata opposizione). In tal senso, anche G. SEVERINI, *Sanzioni Amministrative (processo civile)*, in *Enc. giur.*, agg. VI, 2002.

Il tipo di giudice determina il tipo di processo, ma non l'intensità della tutela.

¹⁶⁰ Deve quindi dissentirsi dalle pronunce della Corte di Cassazione, in tema di sanzioni Consob e Banca d'Italia, che hanno considerato irrilevanti i vizi procedurali sull'assunto che, in sede giurisdizionale, il giudice avrebbe la possibilità di "rivedere compiutamente il rapporto":

Dall'altro, è giudizio sul fondamento della pretesa punitiva dell'autorità amministrativa, potendo l'incolpato contestare, non solo il modo con cui gli è stata applicata la sanzione, ma anche la stessa esistenza del "fatto", nonché la concreta configurabilità giuridica della violazione.

L'assunto è coerente con le norme relative alla distribuzione dell'onere della prova. Così come, nel processo civile, l'art. 23, comma 12, della legge n. 689/1981 – secondo cui: «il giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente» – attribuisce all'amministrazione convenuta la posizione sostanziale di attore, anche nel processo amministrativo sulle sanzioni punitive l'Amministrazione procedente ha l'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa punitiva¹⁶¹. In particolare, nei procedimenti antitrust, che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive¹⁶², l'art. 2, Reg. CE/1/2003, dispone che «l'onere della prova di un'infrazione incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione», nel rispetto della presunzione di innocenza sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁶³. La disposizione opera: sia negli ordinamenti in cui soltanto l'autorità giudiziaria è competente ad irrogare le sanzioni previste dalle norme sostanziali antitrust: sia negli ordinamenti in cui l'autorità amministrativa irroga direttamente la sanzione, con atto soggetto al sindacato del giudice amministrativo¹⁶⁴.

L'intensità del sindacato non altera la struttura impugnatoria del giudizio amministrativo. Resta quindi fermo che il giudice è vincolato ai motivi dedotti dall'incolpato e che l'amministrazione non può nel corso del giudizio dedurre motivi o circostanze diverse da quelle enunciate nell'atto (in ossequio al principio generale di necessaria corrispondenza tra contestazione e sanzione). Allo stesso modo, l'atto amministrativo non rappresenta un titolo provvisorio destinato ad essere sostituito dalla sentenza del giudice, cui spetta soltanto una decisione costitutiva di annullamento, di conferma, o di rimodulazione della "pena".

In definitiva, il potere del giudice di definire la lite, dettando la disciplina del rapporto controverso – che con riguardo all'attività amministrativa di regolazione è possibile soltanto se ricorrono i presupposti di cui all'art. 31, comma 3, del c.p.a. – in materia di sanzioni punitive è la regola. Non operano infatti i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere, quando il giudice è abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata¹⁶⁵.

Rispetto alla potestà sanzionatoria esulano profili inerenti al "merito": sia nell'accezione di controllo sull'opportunità delle scelte amministrative; sia nella ricostruzione dottrinale che poneva l'accento sull'eccezionalità dei poteri co-

Cass. civ., sez. II, 30 giugno 2020, n. 13150. Critico anche P. Cerbo, *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, in *Dir. econ.*, 2021, 2, p. 203.

¹⁶¹ Sullo standard probatorio nei giudizi in materia di sanzioni a carattere punitivo-afflittivo, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570.

¹⁶² La natura "penale" in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust è indubbia, tenuto conto che l'accertamento di antitrust infringement determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale.

¹⁶³ Corte di Giustizia UE, sez. II, 10 novembre 2017, T-180/15, I cap.

¹⁶⁴ Sul tema, S. LABONIA, *La tipicità dell'illecito e il diritto antitrust: una prospettiva tra concetti giuridici indeterminati ed esigenze di certezza*, in *Federalismi*, n. 24/2021.

¹⁶⁵ In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

gnitivi e decisori del giudice amministrativo, soprattutto nell'attuale sistema processuale oramai informato alla atipicità delle tutele e dei rimedi ¹⁶⁶.

Anche la dosimetria della "pena" è altra cosa rispetto al criterio di proporzionalità nell'azione amministrativa, che invece riguarda la comparazione di diversi interessi pubblici e privati relativa ai compiti di amministrazione attiva. Il "quid pluris" della previsione di cui all'art. 134, comma 1, lett. c), del c.p.a. (secondo cui «il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: [...] le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo [...]») consiste soltanto nella possibilità per il giudice di "conteggiare" in prima persona la pena edittale, modificando il dispositivo sanzionatorio, mentre secondo la regola generale dovrebbe annullare e condannare l'Amministrazione all'adozione di uno nuovo atto emendato ¹⁶⁷. Tale prerogativa non è altro che il "riflesso" processuale della portata eminentemente dichiarativa dell'attività di accertamento dell'illecito: solo quando vengono in rilievo le attribuzioni regolative della pubblica amministrazione, ovvero poteri di natura "dispositiva", la realizzazione dell'assetto degli interessi conformato (anche in modo esaustivo) dal giudicato necessita pur sempre dell'intermediazione dell'atto di diritto pubblico.

L'impostazione che distingue, ai fini della diversa intensità del sindacato, tra regolazione ¹⁶⁸ e sanzione ¹⁶⁹, si è fatta strada in alcune pronunce del Consiglio di Stato ed è avallata dalla dottrina ¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Sulla nozione di "merito" associato alla "giurisdizione", cfr. F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de "il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, p. 49; vedi anche F. GOISIS, *Giurisdizione di Merito e Full Jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, p. 29; M. MAZZAMUTO, *Commento all'articolo 134*, in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA-V. LOPILATO, Milano, 2011, 1092 ss.; G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici profili problematici*, in *www.giustizia amministrativa.it*, 2009.

¹⁶⁷ In realtà, come è stato notato, al di là del giudizio di ottemperanza, nell'art. 134 c.p.a. non c'è alcuna possibilità, nemmeno teorica, di estendere la cognizione alle scelte discrezionali, dato che si tratta di ipotesi dalle quali esula qualsiasi segmento, anche marginale, di discrezionalità amministrativa. Secondo F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, p. 1095: «[q]uando il giudice fissa la misura corretta delle sanzioni pecuniarie, in dipendenza dell'accertamento della scorrettezza della misura precedentemente fissata dall'Amministrazione [...] [e]gli non fa altro che trarre le conseguenze logiche dalla soluzione della controversia, riconoscendo al ricorrente ciò che gli spetta».

¹⁶⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 731: «In tema di sindacato del giudice amministrativo sull'attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore. L'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Nel caso della regolazione economica, il controllo giurisdizionale 'non sostitutivo' trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto sostanziale: quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. In tali casi, l'attività integrativa del precetto corrisponde ad una tecnica di governo attraverso la quale viene

rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare».

¹⁶⁹ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990: «[...] gli elementi descrittivi del divieto di intesa anticompetitiva, anche quelli valutativi e complessi, sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di "fatto storico" accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto "mediato" dall'apprezzamento dell'Autorità. Per questi motivi, il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto [...] in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del "mercato rilevante") è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto "libero" dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di "attendibilità" va dunque sostituito un sindacato pieno di "maggiore attendibilità"».

In materia di pratiche commerciali scorrette, analoghe considerazioni sono svolte da Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414.

¹⁷⁰ G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa, 2022. ha osservato che le tesi ricostruttive che riconnettono alle valutazioni tecniche complesse una funzione integrativa e di completamento della norma giuridica (l'Autore cita F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 791 ss.) non possono trovare applicazione dinanzi a procedimenti sanzionatori equiparati a quelli "penali" in base alla giurisprudenza della Corte EDU, con la conseguenza che: «il sindacato del Giudice amministrativo dovrebbe potersi estendere in ogni caso sul "merito tecnico" della decisione dell'Autorità, senza limitazioni derivanti dalla complessità del giudizio e persino dalla opinabilità della soluzione tecnica». Anzi, in ragione del principio di legalità penale, l'opinabilità che rende del tutto imprevedibile la fattispecie sanzionatoria va considerata «non come spazio di punibilità, ma, all'inverso, come spazio di liceità».

F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, p. 1095, con riguardo al sindacato di "maggiore attendibilità", ha affermato di ritenere «privo di senso che il sindacato sulla discrezionalità tecnica possa risolversi in un semplice accertamento di non macroscopica irragionevolezza o marcata arbitrarietà delle scelte tecniche proposte (imposte) dall'Amministrazione»; rilevandosi altresì che «la discrezionalità tecnica attiene (per lo più) alla conoscenza del fatto, se si vuole a quella particolare conoscenza che comporta la valutazione del fatto; cosicché il suo pieno sindacato è parte assolutamente necessaria del giudizio di cognizione, rientra senza ombra di dubbio tra i poteri cognitori propri del processo di legittimità, se è vero che il giudice, per rispettare i canoni del giusto processo, deve conoscere direttamente e completamente del fatto (come del diritto)»; con la conseguenza che «[p]er le valutazioni tecniche spetta al giudice della legittimità di far prevalere la scelta "maggiormente attendibile", comunque acquisita agli atti del processo, a seguito dell'attività istruttoria (se del caso, con l'ausilio della consulenza tecnica o della verifica), sulla scelta sostenuta dall'Amministrazione».

M. ALLENA, *La full jurisdiction tra sindacato di "maggiore attendibilità" del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, a cura di A. CARBONE, Napoli, 2020, in un saggio dedicato al sindacato giurisdizionale sulle sanzioni antitrust, ha affermato che «rispetto agli elementi delle valutazioni tecniche che presentano un oggettivo margine di opinabilità deve ammettersi che il giudice rieserciti il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e delle scelte in gioco; deve cioè impiegarsi un sindacato pieno di "maggiore attendibilità", che solo come tale si pone in linea con gli orientamenti sugli effetti compensatori della full jurisdiction del diritto europeo convenzionale».

Secondo F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, il sindacato sulle scelte sanzionatorie tecnico-discrezionali delle pubbliche amministrazioni deve connotarsi in termini di gravame sostitutivo, sottolineando come anche i giudici dell'Unione europea, nel contesto del loro sindacato su sanzioni amministrative antitrust, abbiano fin dal 2013 preso atto di come la *full jurisdiction* implichi in capo al giudice il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un organo di grado inferiore. In altro scritto dello stesso F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, p. 29, vengono richiamate le seguenti pronunce: Corte di Giustizia dell'Unione Europea,

Un ultimo cenno merita il riparto di giurisdizione sulle sanzioni amministrative.

La perimetrazione degli ambiti delle due giurisdizioni, ordinaria e amministrativa, non è più giustificabile in relazione alla distinzione tra sanzioni in senso “proprio” (relative a posizioni originarie di libertà) e sanzioni “ripristinatorie” (sussidiarie alla funzione amministrativa e quindi incidenti su interessi legittimi). Soccorre invece la previsione della giurisdizione esclusiva (art. 133 del c.p.a.) che qui ha la funzione precipua di concentrare innanzi al giudice amministrativo tutte le controversie di diritto pubblico inerenti la specifica materia.

L'attuale assetto asimmetrico – di cui può tralasciarsi la genesi¹⁷¹ – che ha portato nuovamente ad attribuire al giudice ordinario il sindacato sui provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob, restando invece al giudice

sez. I, 30 aprile 2014, causa 238/12 P, FL Smidth & Co. A/S c. Commissione europea, punto 56; sez. I, 27 aprile 2017, causa 469/15 P, FSL Holdings e a. c. Commissione europea, punti 73-74; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 21 giugno 2012, causa 89/11 P, E.ON Energie AG c. Commissione europea, punto 118.

In argomento vedi anche A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*: in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, p. 335.

¹⁷¹ A partire dagli anni '90 del secolo scorso, una incessante evoluzione normativa ha fatto del giudice amministrativo il giudice esclusivo dei regolatori del mercato (M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, pp. 188-189; S. FANTINI, *Riparto di giurisdizione e poteri di regolazione e di vigilanza delle Autorità indipendenti*, in *rivista giuridica on line giustamm.it*, novembre 2011). Il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) ha poi determinato il passaggio da una legislazione di tipo circostanziale (dove le singole disposizioni di legge sulle diverse autorità indicavano il giudice competente a conoscere delle relative controversie: art. 33 legge 10 ottobre 1990, n. 287; art. 7, comma 11, d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74; art. 2 legge 14 novembre 1995, n. 481; art. 1, comma 26, legge 31 luglio 1997, n. 249 (poi art. 9 d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259); art. 244, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ad un assetto di tendenziale unificazione delle fonti. La peculiare rilevanza “sistemica” di tali tipologie di controversie ha indotto il legislatore ad introdurre un regime processuale “abbreviato” (art. 119 c.p.a.), ovvero un rito a cognizione piena (e non sommaria) ma accelerato nella scansione dei termini, finalizzato (nelle intenzioni almeno) a sostituire l'ampio utilizzo delle forme interinali di tutela cautelare immediata ma a cognizione sommaria. Si è ritenuto, oltre alla rapida definizione, di garantire la specializzazione del Giudice e l'uniformità della giurisprudenza attraverso la previsione di una competenza funzionale inderogabile (cfr. art. 14 c.p.a.).

Nell'estendere la giurisdizione esclusiva a tutti i provvedimenti adottati dai regolatori indipendenti (art. 133, comma 1, lettera I, c.p.a.), il codice del processo amministrativo aveva generalizzato la cognizione del giudice amministrativo anche sulle sanzioni amministrative, con il risultato di accentrare la giurisdizione su tutti i versanti della regolazione, della vigilanza e del controllo.

Senonché, tale disegno unitario è poi venuto, almeno in parte, meno: con la sentenza n. 162/2012, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lettera I), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del c.p.a., nella parte in cui attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa, per violazione dell'art. 76 Cost.; con la successiva sentenza n. 94/2014, la Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto sanzioni amministrative irrogate da Autorità indipendenti, dichiarando l'illegittimità costituzionale, sempre per eccesso di delega (art. 76 Cost.), degli artt. 133, comma 1, lettera I), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del c.p.a., nella parte in cui hanno trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, le controversie relative a provvedimenti sanzionatori di natura pecuniaria adottati dalla Banca d'Italia. Per effetto di tali pronunce, è stata nuovamente devoluta al giudice ordinario la giurisdizione sulle opposizioni avverso i relativi provvedimenti sanzionatori, per i quali è funzionalmente competente la Corte d'Appello di Roma (ai sensi, rispettivamente, dell'art. 145, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 385/1993, e dell'art. 195, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 58/1998).

amministrativo la cognizione sui provvedimenti sanzionatori delle altre autorità indipendenti, non può che lasciare insoddisfatti, derivandone un'evidente frammentazione della funzione nomofilattica.

5. Conclusioni

All'esito della lunga disamina, appare utile sintetizzare per punti la proposta ricostruttiva sopra formulata:

- nell'ambito delle misure amministrative previste dalla legge come "reazione" alla violazione di un precetto di diritto pubblico, occorre distinguere: i) da un lato, le sanzioni punitive irrogate nell'esercizio di funzioni "materialmente giurisdizionali", consistenti cioè nella repressione e controllo dei comportamenti antigiusdizionali descritti nella fattispecie normativa astratta; ii) dall'altro, i provvedimenti "regolatori", aventi effetti conformativi o ablatori, comunque sfavorevoli per il loro destinatario, espressivi delle funzioni di governo che si concretano nella "direzione" delle attività private per la cura di interessi collettivi e nell'erogazione di servizi alla collettività;

- il diverso trattamento normativo di queste due tipologie di atti, sanzionatori e regolatori, è dipeso dalla differente dinamica giuridica innescata dalla legalità penalistica rispetto a quella amministrativa: le norme penali "definiscono" da sé i termini del conflitto tra le sfere giuridiche coinvolte, con la conseguenza che il potere amministrativo non può "concorrere" a definire la fattispecie dell'illecito amministrativo; le norme amministrative "indirizzano" l'azione regolatrice degli apparati amministrativi, per fare in modo che gli stessi, in quanto delegati dall'ordinamento a "comporre" la gerarchia degli interessi coinvolti, operino in modo imparziale e coerente con l'indirizzo politico-amministrativo;

- sul piano sistematico, l'atto di accertamento dell'illecito amministrativo non pare assimilabile alla nozione di provvedimento, espressiva del potere "dispositivo" di etero-regolazione dell'altrui sfera giuridica; la figura andrebbe invece ricondotta alla categoria giuridica (meglio in grado di rifletterne le caratteristiche funzionali e strutturali) delle "decisioni amministrative", aventi l'efficacia propria dell'attività di accertamento, "dichiarativa" ovvero "preclusiva";

- nei giudizi sulle sanzioni punitive, oggetto del processo è, sia l'atto, sia l'illecito, potendo l'incolpato contestare, non solo il modo con cui gli è stata applicata la sanzione, ma anche la stessa esistenza del "fatto", oltre che la concreta configurabilità giuridica della violazione;

- nell'applicazione di norme "penali", il giudice amministrativo non può incontrare alcun vincolo che quello della legge, che è chiamato ad interpretare liberamente e ad applicare alla controversia da decidere, ed anche quando la fattispecie illecita viene descritta mediante elementi normativi che rinviano a nozioni scientifiche controverse o non scientificamente verificabili, spetta comunque al giudice l'opera di estrapolazione della regola.

Non resta che svolgere alcune brevi considerazioni conclusive.

Le missioni assegnate ai pubblici poteri sono estremamente eterogenee. Ai diversi modelli di azione corrisponde talvolta anche un diversificato regime degli atti che ne costituiscono attuazione, e ciò non può che riflettersi sull'oggetto del processo amministrativo.

Le variegate modalità di esplicazione dei rapporti tra le capacità giuridiche speciali (i “poteri”), di cui è dotata l’Amministrazione pubblica e gli interessi privati incisi richiedono una costante verifica di adeguatezza tra il mezzo di tutela impiegato e la posizione sostanziale.

L’iscrizione di tutti gli atti della pubblica amministrazione nella medesima cornice dogmatica e definitoria – e segnatamente, l’impianto argomentativo che si dipana lungo la sequenza “potere-discrezionalità-procedimento-provvedimento-interesse” – ha favorito una corrispondente tendenza alla omologazione delle tecniche di tutela incentrate sul modello del sindacato “non sostitutivo” del potere, anche rispetto a situazioni giuridiche soggettive che non giustificano affatto il riconoscimento di valutazioni riservate all’Autorità non integralmente attingibili dal giudice, e meno che mai un metodo istruttorio che si muova all’interno della sola rappresentazione della realtà descritta nel procedimento¹⁷².

L’analisi ha in questo scritto riguardato l’atto sanzionatorio, ma altri esempi potrebbero farsi.

La latitudine semantica storicamente impressa alla nozione di “discrezionalità” induce ancora oggi una parte della giurisprudenza ad assimilare, in termini di sindacato, le scelte politico-amministrative – di cui va vagliata la “ragionevolezza”, in relazione all’attività di ponderazione degli interessi confliggenti, non previamente selezionati e graduati dalle norme – e le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze, di cui va invece verificata l’“attendibilità”, con l’utilizzo di ben altro *standard* probatorio.

Una considerazione specifica, sul piano sistematico e delle tutele, meriterebbe anche l’attività di “prestazione” dei servizi di interesse economico generale, ad opera delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti privati «ad esse equiparati»¹⁷³, a cui si applica un diritto «misto»¹⁷⁴, a cavallo tra sistema pubblico e privato: si pensi all’impiego del contratto per la realizzazione, sia pure in forme e con graduazioni diverse, di finalità “regolatorie”¹⁷⁵; ai regimi di accesso alle attività economiche incentrare sul mero riscontro oggettivo e successivo sulla sussistenza di requisiti e condizioni preventivamente normate; ai procedimenti di tipo “giustiziale” delle Autorità di regolazione per la risoluzione delle controversie tra operatori e utenti.

In conclusione, il processo amministrativo, soprattutto dopo la codificazione del 2010, presenta una struttura estremamente flessibile, adattabile alla diver-

¹⁷² È questa, vale la pena ricordare, l’impostazione che risale alla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 251/1989, la quale, nell’escludere che il processo amministrativo abbisognasse nella giurisdizione di legittimità della prova testimoniale, affermava che la tutela degli interessi legittimi implicasse un accertamento sì pieno, ma da svolgere attraverso il sindacato sull’esercizio del potere amministrativo. Sul tema cfr. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. PARISIO, Milano, 1998, p. 116. Sulla relazione tra modelli di tutela giurisdizionale e modelli di amministrazione, cfr. A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, p. 617.

¹⁷³ Cfr. l’art. 7, comma 2, e art. 133, comma 1, lettera c), del c.p.a., nonché l’art. 1, comma 1-ter, della legge n. 241/1990.

¹⁷⁴ Cfr. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo, storia e prospettive*, Milano, 2010, 105.

¹⁷⁵ Sul tema, sia consentito il richiamo a SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, (voce) in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2014, dove si distinguono tre figure: a) il contratto tra privati a contenuto regolatorio; b) il contratto tra amministrazione e privati a contenuto regolatorio; c) il contratto tra privati conformato in funzione della regolazione (indiretta) del mercato.

sa natura del rapporto giuridico controverso e alla consistenza degli interessi materiali coinvolti. Valorizzando appieno la sua impostazione “rimediale” – in virtù della quale le tecniche giurisdizionali vanno calibrate in funzione, non di astratte situazioni giuridiche, bensì del bisogno differenziato di protezione giuridica – è possibile ridurre la distanza che spesso si annida tra l’efficacia delle regole e l’effettività delle tutele.

Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata

Administrative sanctions of Consob and Bank of Italy and their judicial review: some considerations in the light of supranational law and comparative analysis

di **Andrea Magliari** *

ABSTRACT

Il contributo affronta il tema del sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative irrogate da Banca d'Italia e Consob. L'articolo muove dall'analisi critica delle sentenze con cui la Corte Costituzionale ha riattribuito la giurisdizione in materia al giudice ordinario e della giurisprudenza di quest'ultimo, giungendo a constatare l'insoddisfacente livello di tutela offerta dal giudice ordinario rispetto ai canoni (costituzionali e sovranazionali) della tutela piena ed effettiva, nonché della *full jurisdiction*. L'articolo sviluppa poi tale riflessione alla luce dell'indagine comparata di alcuni ordinamenti nazionali (Francia, Spagna, Germania, Regno Unito), i quali mettono in luce, a fianco ad alcuni tratti comuni con la nostra esperienza giuridica, anche rilevanti e profonde divergenze quanto allo standard di tutela complessivamente assicurato ai privati sanzionati.

This contribution addresses the issue of judicial review of administrative sanctions imposed by the Bank of Italy and Consob. The article starts from a critical analysis of the judgments with which the Constitutional Court has re-attributed jurisdiction in this matter to the civil judge and of the latter's jurisprudence, coming to ascertain the unsatisfactory level of protection offered by the ordinary judge with respect to the (constitutional and supranational) paradigms of the effective remedy and full jurisdiction. These considerations are then further developed in the light of the comparative analysis of some national legal experiences (France, Spain, Germany, the United Kingdom), which highlight, alongside certain common features with the Italian legal system, also significant and profound divergences as regards the overall standard of protection ensured to individuals.

SOMMARIO: 1. Introduzione: le sanzioni amministrative delle autorità di vigilanza finanziaria tra riparto di giurisdizione ed effettività della tutela. – 2. Prima questione critica: la questione di giurisdizione e la natura del potere sanzionatorio. – 3. Seconda questione critica: la “insostenibile leggerezza” del sindacato giurisdizionale del giudice ordinario. – 4. Le indicazioni provenienti dall'indagine comparata: Francia, Spagna, Germania e Regno Unito a confronto. – 5. Riflessioni conclusive: il disconoscimento della specialità...e l'ultima (necessaria) *pirouette*.

* Ricercatore t.d. B di diritto amministrativo, Università degli studi di Trento.

1. Introduzione: le sanzioni amministrative delle autorità di vigilanza finanziaria tra riparto di giurisdizione ed effettività della tutela

A distanza di dieci anni dalla sentenza n. 162/2012¹, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni del c.p.a. che attribuivano la materia delle sanzioni amministrative della Consob alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo, non pare inutile soffermarsi a riflettere nuovamente sulla portata e sulle ricadute di quella pronuncia, in parte riallacciandosi ai molti giudizi critici già emersi in dottrina, in parte tentando di cogliere e di mettere a sistema ulteriori elementi in grado di gettare nuova luce sulla controversa questione della natura giuridica del potere sanzionatorio delle autorità di regolazione finanziaria e sulla connessa problematica del relativo sindacato giurisdizionale.

La questione che si intende affrontare si pone a valle di una serie di vicende ormai piuttosto note, e che non gioverebbe qui ripercorrere nel dettaglio². Basti semplicemente ricordare come, a seguito della sopra citata pronuncia e della successiva sentenza n. 94/2014³, la giurisdizione relativa alle sanzioni irrogate rispettivamente da Consob e Banca d'Italia, dopo una breve parentesi di radicamento presso il giudice amministrativo, sia stata restituita al giudice ordinario, come giudice "storico"⁴ della sanzione amministrativa.

¹ La sentenza ha suscitato ampia attenzione tra i commentatori: cfr., in particolare, M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 1166 ss.; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 2013, p. 684 ss.; A. TRAVI, *In tema di giurisdizione nell'opposizione a sanzioni amministrative applicate dalla Banca d'Italia*, in *Foro it.*, 2013, III, p. 389 ss.; A. PAJNO, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 5 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, p. 254. Il tema è altresì al centro delle riflessioni di S. AMOROSINO, *Effettività della tutela, giurisdizione ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in *Dir. banca e del mercato finanz.*, 2019, 3, p. 389 ss.; W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 33; E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in questa *Rivista*, 2020, 2, p. 280 ss.; F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, in questa *Rivista*, 2021, 1, p. 148, nonché di molti dei contributi raccolti in M. ALLENA-S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013).

² Per un'efficace ricostruzione della complessa vicenda, cfr. M. CONDEMI, *Commento all'art 145*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2018, p. 2695 ss. In generale, sulle sanzioni della Banca d'Italia, B.G. MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 714; M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, I, p. 65; nonché, più di recente, E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2018. Sulle sanzioni irrogate dalla Consob, per tutti, W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Giuffrè, Milano, 2012.

³ In commento, A. GIUSTI, *Sanzioni amministrative e giurisdizione piena del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2538; A. DAIDONE, *Repetita non iuvant: la Corte costituzionale torna sulla giurisdizione esclusiva*, in *Federalismi*, n. 16/2014.

⁴ Come ricorda F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 677, «abolendo il contenzioso amministrativo si attribuivano anche le "contravvenzioni", cioè le sanzioni amministrative, al giudice ordinario penale. Così infatti recitavano

A fronte di tali approdi, l'analisi che ci si appresta a compiere necessita di essere inquadrata e, in definitiva, risolta alla luce di due principali questioni, tra loro strettamente connesse. La prima riguarda il percorso che ha condotto il giudice delle leggi ad accogliere le argomentazioni della Cassazione e a ritenere conseguentemente viziata l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo. La seconda attiene al modo in cui concretamente il giudice ordinario ha dato prova di esercitare la propria giurisdizione in materia ossia, più propriamente, alla conformità di tale controllo rispetto ai canoni dell'effettività e della pienezza della tutela ricavabili, in questo ambito in particolare, oltre che dalle disposizioni costituzionali, anche dall'art. 47 della Carta dei Diritti fondamentali e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)⁵.

In proposito, sembra infatti opportuno ricordare come l'incostituzionalità censurata dalla Corte Costituzionale non discenda da un contrasto con le regole del riparto di giurisdizione previste dalla Costituzione, bensì da un eccesso di delega in cui sarebbe incorso il legislatore delegato. La soluzione emersa da tali pronunce non costituisce, cioè, la risultante dell'applicazione dei principi costituzionali in punto di giurisdizione, ma semplicemente la conseguenza di una particolare lettura del rapporto tra legge delega e codice del processo amministrativo, a sua volta dipendente dal modo in cui la Corte Costituzionale ha inteso interpretare la giurisprudenza delle giurisdizioni superiori in merito alla natura delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalle autorità indipendenti in parola.

Ciò consente – e per certi versi consiglia – di ragionare, anche in una prospettiva *de lege ferenda*, in termini di auspicabilità di un ritorno al Codice del 2010, ossia di un ripristino da parte del legislatore della giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo anche in relazione alle sanzioni irrogate da Consob e Banca d'Italia.

Come si tenterà di mettere in luce, il tema si pone inizialmente come un problema di giurisdizione, ma non si esaurisce in esso. Al fondo della questione, infatti, non sta semplicemente un apprezzamento circa la astratta preferibilità di un plesso giurisdizionale rispetto all'altro, quanto semmai una valutazione *in vivo* in ordine alla capacità del giudice investito della controversia di dare piena ed effettiva soddisfazione alla domanda di tutela proveniente dal privato, e ciò anche a prescindere dalla problematica qualificazione della situazione giuridica lesa come diritto soggettivo o come interesse legittimo⁶. Dopo tutto,

– e tuttora recitano – l'art. 7 e l'art. 8 dell'Allegato E: “sono aboliti i tribunali speciali del contenzioso amministrativo investiti della giurisdizione tanto in materia civile, quanto in materia penale”. E poiché l'unica “competenza penale” dei contenziosi amministrativi riguardava le “contravvenzioni”, cioè le sanzioni amministrative, era ovvio che la legge abolitiva del contenzioso amministrativo “restituiva” al giudice penale la giurisdizione sulle sanzioni amministrative».

⁵ In argomento, *ex multis*, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, Napoli, 2007; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546; L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in *Persona e Amministrazione*, 2018, 2, p. 237 ss.

⁶ Su tale premessa metodologica, A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 474; ma si v. altresì F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 486, per il quale «il diritto positivo può trattare come interessi legittimi situazioni che, sul piano teorico, sono diritti soggettivi; ovvero può trattare come diritti soggettivi situazioni che, sempre sul piano teorico, sono interessi le-

traendo insegnamento dall'indagine comparata, si tratta in definitiva di riconoscere come, anche (e soprattutto) nel caso in esame, «il tipo di protezione garantito al privato di fronte al potere pubblico dipende, più che dalla giurisdizione, speciale od ordinaria, competente a decidere le controversie, dalle norme procedurali e dal modo in cui queste costruiscono e conciliano le istanze di tutela del ricorrente e l'interesse generale»⁷.

2. Prima questione critica: la questione di giurisdizione e la natura del potere sanzionatorio

Venendo al primo corno del problema, sembra anzitutto utile ricordare come, sulla scorta della nota sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, così come poi condensata nell'art. 7 c.p.a.⁸, la devoluzione di un determinato contenzioso alla giurisdizione amministrativa (non solo esclusiva, ma anche generale di legittimità) presupponga l'esercizio da parte dell'amministrazione-autorità di un potere amministrativo riconducibile all'esercizio della funzione pubblica. Ne deriva la configurazione del giudice amministrativo come «giudice del potere amministrativo», ovvero, come ha affermato in più occasioni la stessa Corte Costituzionale, come «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica»⁹.

Ai nostri fini, tale precisazione non pare del tutto inutile, giacché dalla motivazione delle due citate sentenze sembra invece emergere un criticabile appiattimento della Corte Costituzionale sulle argomentazioni utilizzate dalle Sezioni Unite della Cassazione per affermare l'assenza di discrezionalità nell'attività di applicazione delle sanzioni in parola e il conseguente radicamento della giurisdizione presso il giudice ordinario.

A tale argomento può opporsi tanto una critica di metodo, quanto una di merito.

Di metodo, anzitutto, in quanto non appare convincente la scelta del giudice costituzionale di riferirsi esclusivamente alla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori tralasciando di considerare i propri orientamenti sul punto¹⁰, né

gittimi», richiamando a tal proposito proprio l'esempio delle sanzioni amministrative. Anche per il diritto europeo, del resto, non rileva tanto la qualificazione della situazione soggettiva di diritto sostanziale, quanto invece la sua effettiva protezione in sede procedimentale e processuale. Sul punto, si vedano già le lucide considerazioni di G. BERTI, *Commento agli artt. 113 e 103, primo e secondo comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 1987, Zanichelli, Bologna, p. 87.

⁷ B. MARCHETTI, *La giustizia amministrativa italiana: profili comparati*, in AA.VV., *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 261; nonché EAD., *Searching for the fundamentals of Administrative Law*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 181.

⁸ Nell'impossibilità di rendere conto, anche solo parzialmente, della mole di contributi sul punto, ci si limita a rinviare all'efficace sintesi offerta da M. RAMAJOLI, *Art. 7 (Giurisdizione amministrativa)*, in G. FALCON-F. CORTESE-B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 2021, p. 47 ss.

⁹ Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, e 27 aprile 2007, n. 140.

¹⁰ Oltre tutto, come osservano A. POLICE-A. DAIDONE, *op. cit.*, p. 690, «assumere come parametro la giurisprudenza delle Corti superiori in modo indistinto e generico appare fuorviante», al punto da rischiare di innescare un «focolaio in grado di mettere in crisi l'intero codice del processo amministrativo», potendosi astrattamente realizzare «un'opera di decostruzione pezzo per pezzo».

tantomeno di prendere in esame solamente la giurisprudenza relativa alle sanzioni di Consob e Banca d'Italia, omettendo qualsiasi riferimento alle sanzioni irrogate da altre autorità amministrative indipendenti¹¹. Così facendo, la Corte ha mostrato di obliterare che le argomentazioni della Cassazione (così come quelle del Consiglio di Stato) devono pur sempre leggersi alla luce del particolare assetto normativo volta per volta delineato dal legislatore. È evidente, del resto, che assai difficilmente la Corte di Cassazione avrebbe potuto statuire nel senso di una giurisdizione del giudice amministrativo a fronte di una disposizione di legge che espressamente radicava il giudizio presso il giudice ordinario¹². Non deve dunque stupire che le argomentazioni impiegate dalla Cassazione spesso tradiscano il tentativo di razionalizzare *ex post* le non sempre coerenti scelte legislative in tema di riparto¹³ facendo leva su argomentazioni “selettive”, volte a individuare differenze ontologiche tra istituti, invece, del tutto analoghi.

Prova ne sia il fatto che, in relazione alle sanzioni *antitrust*, già nel 1994, a fronte di una disposizione normativa espressa in tal senso, le Sezioni Unite¹⁴ avevano affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, argomentando che l'atto di irrogazione della sanzione non può ritenersi mera applicazione della disposizione normativa, avendo tale atto un contenuto com-

¹¹ In tal senso, A. SCOGNAMIGLIO, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, cit., p. 258.

¹² Analogamente, lo stesso Consiglio di Stato ha (correttamente) mostrato di allinearsi al dato positivo, riconoscendo la propria giurisdizione ovvero quella del giudice ordinario in materia di sanzioni Consob al variare dell'attribuzione espressa effettuata dal legislatore. Cfr., in tal senso, nella vigenza del testo originario del c.p.a., Cons. Stato, VI, 19 luglio 2011, n. 10287 e, nella vigenza delle disposizioni che radicavano la giurisdizione in capo al giudice ordinario, Cons. Stato, VI, 6 novembre 2007, n. 6474. Emblematica appare, del resto, la sentenza resa da Cons. Stato, VI, 13 maggio 2003, n. 2533, in cui – in assenza, al tempo, di una disposizione univoca sul punto – era stata ritenuta sussistente la giurisdizione del g.a. sul presupposto della inscindibilità della potestà sanzionatoria rispetto all'attività di vigilanza, costituendo la prima «il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie». Nel senso di una stretta relazione tra attività di vigilanza e potestà sanzionatoria si era peraltro già espressa la Corte costituzionale nella sent. n. 49/1999.

¹³ Così, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, p. 84 ss.

¹⁴ Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, p. 732, con nota di A. BARONE, *Sanzioni pecuniarie antitrust e questioni di giurisdizione*; nonché, Cass., sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882, con commento di P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 179, in cui la Suprema Corte ha affermato che gli atti dell'AGCM sono «emessi in una materia (definita, qual è quella della concorrenza, e connotata non già da una generica rilevanza pubblicistica bensì dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti oggettivi: v. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in motivazione) nella quale la P.A. opera come autorità, esercitando poteri discrezionali che le sono attribuiti per la cura degli interessi pubblici ad essa demandati. Tali considerazioni valgono anche per i provvedimenti irrogativi di sanzioni amministrative pecuniarie». In argomento, cfr. diffusamente A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. p. 245, il quale ritiene che le sanzioni *antitrust* sono espressione di ampi poteri discrezionali sia nella codificazione del parametro di liceità/illiceità, sia nell'individuazione del rimedio e del mezzo più adeguato al perseguimento dello scopo dell'equilibrio concorrenziale. In senso critico rispetto alla qualificazione del potere sanzionatorio dell'AGCM alla stregua di un potere discrezionale, M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 330 ss.; nonché, più di recente, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, spec. p. 81.

plesso che gli attribuisce i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi e discrezionali preordinati alla cura degli interessi pubblici, e precisando ulteriormente che dal riconoscimento della giurisdizione in capo al giudice ordinario discenderebbe una inammissibile separazione della tutela, con pregiudizio del principio di effettività di quest'ultima¹⁵. Analogamente, per le sanzioni irrogate dal Ministero delle attività produttive su proposta dell'Isvap (oggi Ivass), la Cassazione aveva ritenuto la devoluzione al giudice amministrativo del tutto coerente con quanto sostenuto dal giudice delle leggi nella sentenza n. 191 del 2006 «laddove individua nel manifestarsi del momento autoritativo dell'attività della p.a. – che è, appunto, immanente nell'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori propri all'attività di vigilanza – il *discrimen* tra la legittima attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo pur in presenza di diritti soggettivi e l'illegittima sottrazione della giurisdizione stessa al giudice ordinario»¹⁶.

Più correttamente, allora, ci sembra che la soluzione alla questione di costituzionalità avrebbe dovuto poggiare sulla giurisprudenza costituzionale e di legittimità relativa alla potestà sanzionatoria delle autorità indipendenti dotate di poteri di vigilanza sugli operatori di mercato, e su un confronto di questa giurisprudenza con i criteri elaborati dallo stesso giudice delle leggi in tema di limiti alla discrezionalità del legislatore nell'individuare le materie da devolvere alla giurisdizione esclusiva¹⁷.

Ma anche nel merito – si diceva – la conclusione cui giunge la Corte Costituzionale, abbracciando le argomentazioni della Cassazione, appare censurabile. Ciò essenzialmente per due ragioni. La prima attiene al riferimento al parametro della discrezionalità come (unico) discrimine del riparto tra giurisdizioni¹⁸; la seconda riguarda l'attualità di quell'orientamento “dogmatico” della Cassazione che, in contrasto con il carattere composito e differenziato delle sanzioni amministrative¹⁹, riconosce invariabilmente alle sanzioni di Consob e

¹⁵ Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52.

¹⁶ Cass., sez. un., 29 novembre 2007, n. 24816.

¹⁷ Un giudizio particolarmente critico è espresso da F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864*, cit., p. 680, il quale osserva come la Corte costituzionale abbia finito per cedere «alle pressioni lobbistiche di una Autorità amministrativa da sempre (dal 1938...) affezionata ad un giudice ordinario, ma speciale, che non risulta aver mai annullato un provvedimento sanzionatorio se non per motivi formali... confessando, talvolta candidamente, di non possedere gli strumenti per capirci qualcosa».

¹⁸ Il punto risulta dibattuto in dottrina e di incerta applicazione nella giurisprudenza della Cassazione. In senso critico rispetto a tale prospettazione (riconducibile, essenzialmente, alla nota teorizzazione di E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1983, spec. p. 279 e di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.), si v., ex multis, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 1 ss., per il quale «anche quando manchi la discrezionalità, può restare (e positivamente resta) attribuito all'Amministrazione il potere costitutivo»; ma si v. altresì F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 181, secondo cui «l'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione discrezionale o vincolato, autoritativo o non autoritativo, imperativo, ablatorio o concessorio viene sempre e comunque sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo». Per una preziosa sintesi delle principali posizioni, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 72 ss.

¹⁹ Così, in particolare, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983, p. 87, ove si osserva che le sanzioni amministrative non possono essere considerate come «un istituto unitario, monolitico, ma come un istituto composito, ove variazioni alla disciplina-tipo (...) non solo sono possibili, ma anche riconosciute e garantite già nella legge generale».

Banca d'Italia una natura strettamente vincolata, tale da non lasciare spazio alcuno a valutazioni di carattere discrezionale²⁰.

Sul punto, sembra invero opportuno rammentare come siano da considerarsi generalmente precluse alla cognizione del giudice amministrativo quelle situazioni in cui, stante il carattere strettamente vincolato del potere, «il diritto non soccombe al potere, ma soccombe (direttamente) alla legge»²¹, ossia tutte quelle ipotesi in cui i presupposti e il contenuto del provvedimento siano interamente disposti dalla legge, mancando un potere determinativo della pubblica amministrazione.

Ebbene, è proprio tale connotazione che non appare (più) predicabile in relazione alle sanzioni in parola. Per come definito dalle norme attributive del potere sanzionatorio²², quest'ultimo risulta quasi sempre calibrato sull'accertamento di fattispecie complesse che presuppongono (almeno) un'attività valutativo-discrezionale di concetti giuridici indeterminati, nonché (in alcuni casi) anche un vero e proprio esercizio di discrezionalità in senso proprio²³.

²⁰ Si v., ad esempio, Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, secondo cui «la scelta della sanzione, secondo la espressa previsione normativa, non tiene conto di interessi pubblici diversi, come l'interesse generale del mercato, e non è perciò espressione di discrezionalità amministrativa». Analogamente, Cass., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1992; Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703; Cass., sez. un., 24 gennaio 2005 n. 1362; Cass. sez. II, 31 luglio 2012, n. 13727. Dello stesso segno, in relazione alle sanzioni della Banca d'Italia, Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13709, ove si legge che «l'applicazione delle sanzioni amministrative deve essere effettuata secondo i criteri stabiliti dalla legge 689/81, che non lasciano alcuno spazio a valutazioni di carattere discrezionale» (nonché, analogamente, Cass., sez. un., 21 maggio 2004, n. 9730; Cass., sez. un., 15 febbraio 2005, n. 2980; Cass., sez. un., ordd. 27 aprile 2006, nn. 9600 e 9602; Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577). Per la Cassazione anche la determinazione del *quantum* sanzionatorio non risulta espressione di discrezionalità, in quanto la commisurazione della pena non presuppone una ponderazione di interessi, ma si basa su criteri diversi, che prescindono dalla valutazione dell'interesse pubblico (così, *ex ceteris*, Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489; Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240). Come noto, tale orientamento affonda le proprie origini nella distinzione, elaborata dalle Sezioni Unite a partire dalla sent. 24 febbraio 1978, n. 926, in *Foro it.*, 1978, p. 1174, tra «misure ripristinatorie», che mirano a reintegrare l'interesse pubblico leso e che risultano espressione del potere amministrativo in senso proprio, e «sanzioni afflittive», le quali si rivolgono direttamente all'autore dell'illecito, incidendo sulla sua situazione giuridica di diritto o libertà, rispetto alle quali non vi sarebbe esercizio di discrezionalità, né soddisfazione diretta dell'interesse pubblico pregiudicato, bensì – non diversamente da quanto avviene per la sanzione penale – una finalità di prevenzione generale e speciale, soltanto indirettamente preordinato alla realizzazione dell'interesse pubblico. Sulla sanzione in senso stretto come misura a carattere strettamente afflittivo-punitivo, estranea a finalità ripristinatorie o risarcitorie, nonché da ogni finalità di cura in concreto dell'interesse pubblico, il riferimento corre evidentemente all'opera di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, Torino, 1924. Sul punto, altresì N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Novissimo dig. it.*, XVI, Utet, Torino, 1969, p. 530.

²¹ F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 858, il quale ulteriormente rileva come il riparto di giurisdizione «non si fonda più, e da gran tempo, sulle situazioni soggettive dei cittadini, diritti soggettivi o interessi legittimi; attiene invece alla esistenza o inesistenza del potere amministrativo (discrezionale)».

²² Sulla necessità di impostare il discorso in tema di riparto di giurisdizione «in base a considerazioni di diritto sostanziale, riguardanti i caratteri giuridici della funzione sanzionatoria», C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1989, spec. p. 265 ss.; nonché I.D., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 404. Come rileva A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Cedam, Padova, 1998, p. 140, la diversa configurazione normativa del potere sanzionatorio è, tra le altre cose, all'origine delle continue «rivisitazioni alle quali il tema della giurisdizione sulle sanzioni amministrative è periodicamente sottoposto in conseguenza del mutare degli stessi strumenti sanzionatori».

²³ Sulla frequente commistione tra discrezionalità amministrativa e valutazione tecnica nelle decisioni delle autorità indipendenti, cfr. in particolare P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e di-*

Con riferimento alle sanzioni in esame, sembra dunque doversi ritenere oggi superato quell'orientamento, pur autorevolmente e largamente sostenuto in passato²⁴, secondo cui nell'esercizio del potere sanzionatorio l'amministrazione si limiterebbe a effettuare una ricostruzione dei fatti e un accertamento delle responsabilità sulla base di un'attività meramente ricognitiva, connotata da valutazioni semplici, scevre da qualsivoglia profilo valutativo-discrezionale. L'effetto pregiudizievole per il soggetto sanzionato non pare, in altri termini, discendere direttamente dall'operatività della fattispecie normativa; all'opposto, le fattispecie sanzionatorie qui considerate sembrano riconducibili al noto schema «norma-potere-effetto»²⁵, in virtù del quale la reazione sanzionatoria apprestata dall'ordinamento rappresenta l'esito dell'intervento autoritativo di specificazione di concetti giuridici indeterminati ovvero di selezione e comparazione di diversi interessi²⁶ da parte del pubblico potere, così come infine condensato nel provvedimento amministrativo.

Dalla configurazione data al potere sanzionatorio dalla legislazione nazionale e sovranazionale più recente emerge con maggior nitore quanto sin qui osservato. Ci si riferisce, in particolare, alla più marcata funzionalizzazione

screzionalità, Cedam, Padova, 2002; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 791. Riconosce il carattere (anche) discrezionale dell'attività delle autorità indipendenti, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2001, nonché, quantomeno con riferimento all'AGCM, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., *passim*. Sul difficile rapporto tra autorità indipendenti e scelte politico-discrezionali si v., per tutti, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019.

²⁴ In generale, sull'insussistenza di uno spazio di discrezionalità amministrativa nell'esercizio dei poteri sanzionatori, cfr. E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative – Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980)*, Giuffrè, Milano, 1982, spec. p. 117 ss.; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., spec. p. 114; C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., p. 398; A. VIGNERI, *La sanzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1984; R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 388 ss.; E. CASETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 604. Di segno contrario è, invece, l'opinione di G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1988, spec. p. 234 ss., spec. 238, il quale persuasivamente osserva come «sotto il profilo logico-giuridico, una volta accettato il postulato fondamentale dell'appartenenza al potere di amministrazione attiva, non vi è luogo per una petizione di principio, per la quale la discrezionalità del potere sanzionatorio possa riguardare il “quantum”, e non l’“an”, il “quando” o il “quomodo”», dovendosi semmai prestare attenzione al modo in cui la norma di diritto positivo configuri il relativo potere sanzionatorio. Ma si v. altresì la nota posizione di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1974, p. 876, per il quale nelle ipotesi di ricorsi avverso le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate (allora dal Ministro per il tesoro) in caso di infrazioni alla legge bancaria, si verterebbe in un'ipotesi di giurisdizione ordinaria in materia di provvedimenti emanati facendo uso di poteri discrezionali, e incidenti su interessi legittimi.

²⁵ Secondo la nota sistemazione proposta da E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 119 ss.

²⁶ La natura (tendenzialmente) discrezionale dei provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, ivi comprese le autorità in esame, è più di recente sostenuta, tra gli altri, da E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Giappichelli, Torino, 2000, spec. p. 192 ss.; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffrè, Milano, 2007; M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2011, nonché da S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, spec. p. 93. In tema, cfr. ampiamente F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, p. 79 ss., nonché *Id.*, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2015, *Il ed.*, *passim*.

della sanzione alla cura dell'interesse pubblico perseguito dalle autorità di vigilanza. La sanzione irrogata dalle autorità indipendenti non costituisce più solamente un meccanismo punitivo del trasgressore, bensì anche uno strumento di completamento, nel quadro dei diversi poteri attribuiti all'amministrazione, della funzione amministrativa sussidiata²⁷: come mezzo, cioè, esso stesso di regolazione²⁸.

Sembra d'altronde difficile negare che i poteri sanzionatori delle autorità in parola si iscrivano all'interno di un ampio e variegato strumentario attribuito all'amministrazione per la cura di specifici interessi pubblici, nell'ambito di un approccio integrato di vigilanza²⁹. Nell'esercizio della funzione, lo strumento sanzionatorio necessita a tale stregua di essere coordinato con gli altri poteri di vigilanza disponibili nel "toolkit" dell'autorità competente³⁰, primo tra tutti il potere di condurre ispezioni e di richiedere informazioni e documenti ai soggetti vigilati, ovvero il potere di adottare altre misure amministrative, alternative alla sanzione, in caso di violazione della disciplina sostanziale da parte dei soggetti vigilati³¹. L'attivazione del potere sanzionatorio realizza così non più solo "il momento di effettività" dell'attività di vigilanza secondo una prospettiva eminentemente afflittivo-punitiva, ma diviene parte integrante delle complessive strategie messe in campo dall'autorità nel perseguimento dei propri obiettivi istituzionali³².

²⁷ D'altronde la compatibilità tra finalità di cura in concreto dell'interesse pubblico e finalità afflittivo-deterrente della sanzione, come tratto distintivo della sua coloritura penale, è riconosciuta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare nella sentenza 7 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini c. Italia*.

²⁸ Cfr. sul punto le condivisibili considerazioni di M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. ALLENA-S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 76 ss.

²⁹ Si pensi, ad esempio, all'art. 18 della direttiva 2013/36 (c.d. CRD IV), in cui si prevede che a fronte di determinate violazioni della disciplina prudenziale, l'autorità possa decidere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie ovvero procedere alla revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia. La stessa direttiva, inoltre, accosta le sanzioni amministrative alle "altre misure amministrative applicabili", rendendo così l'idea di una fungibilità tra gli strumenti di vigilanza, da calibrarsi sulla base dell'apprezzamento dei diversi interessi in gioco. Mette in luce la difficoltà di distinguere tra sanzioni amministrative e altre "misure amministrative", R. D'AMBROSIO, *The elusive distinction between supervisory decisions, administrative measures and administrative sanctions*, in ID. (ed.), *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 88/2020, p. 149 ss.

³⁰ Richiamando alla mente la nota ricostruzione del sistema del credito come "ordinamento sezionale" (su cui, v. M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1939, vol. II, p. 707 ss.), sembra lecito ritenere che il potere sanzionatorio rappresenti l'espressione della potestà ordinante attribuita all'autorità di settore, configurandosi come elemento di chiusura e completezza del sistema.

³¹ Cfr., ad es., gli artt. 64 e ss. CRD IV.

³² In questo senso, del resto, già F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative – Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, cit., p. 40 ss., ove si mette bene in luce come le sanzioni amministrative non sono «mezzi per la realizzazione dell'ordinamento», bensì «mezzi per la realizzazione dell'azione amministrativa». In quest'ottica, altresì G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, cit., p. 185, nonché P. LAZZARA, *Sanzioni amministrative nel credito e nel risparmio*, in *Ius publ.*, novembre 2011, ove si sottolinea come «la potestà sanzionatoria amministrativa (a differenza di quella penale) si caratterizza proprio per la stretta connessione con la funzione ed i compiti di amministrazione della quale costituisce comunque espressione», al punto che «in nessun caso, nemmeno nella materia dell'abuso di mercato, si può perciò affermare la competenza "unicamente sanzionatoria" della Consob, che non sia direttamente e stret-

Muovendo da una sostanziale inscindibilità “funzionale” tra il momento della *vigilanza* (ma si potrebbe anche dire, più in generale, tra il momento della *regolazione*) e il momento della *sanzione*, sembra allora lecito ritenere che, nel fare esercizio del potere sanzionatorio, l'autorità di vigilanza si trovi pur sempre a dover conciliare l'interesse afflittivo-punitivo, tipicamente sotteso all'irrogazione della sanzione, con l'interesse “sussidiato”, vale a dire l'interesse pubblico primario rimesso alla cura dell'amministrazione titolare della funzione³³.

In tal senso, si pongono le diverse disposizioni che affidano alla scelta dell'amministrazione il tipo di misura da adottare a fronte dell'accertamento di una determinata violazione della disciplina sostanziale, prevedendo – ad esempio – misure alternative alla sanzione pecuniaria³⁴ ovvero l'applicabilità di sanzioni accessorie³⁵. Oppure, ancora, si pensi a quei casi in cui l'imposizione di una sanzione (e la sua pubblicazione³⁶) potrebbe impattare negativamente

tamente collegata ai compiti di vigilanza ed informazione complessivamente considerati». In tema, altresì P. CERBO, *La depenalizzazione tra giudice penale e amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 71 ss.

³³ In ciò consisterebbe, d'altronde, la principale differenza tra la discrezionalità rimessa all'amministrazione e la discrezionalità giudiziale nella commisurazione della sanzione. In questi termini, cfr. Corte Cost., 12 febbraio 1996, n. 28; nonché, in dottrina, F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, cit., per il quale «vi è una profonda diversità di natura tra la sanzione giurisdizionale e la sanzione amministrativa: la prima, si potrebbe dire, è attuazione primaria della norma che essa infatti dichiara, la seconda è invece attuazione secondaria del precetto che essa non dichiara ma afferma. (...) Dunque, le sanzioni amministrative sono mezzi per il raggiungimento della attuazione pratica dei precetti amministrativi; le sanzioni giurisdizionali sono momenti della posizione dell'ordinamento come ordinamento giuridico indipendentemente dai valori pratici che vi possono essere connessi».

³⁴ Si pensi, ad es., alla nuova disciplina sanzionatoria in materia di abusi di mercato introdotta all'art. 187-ter.1, TUF con il d.lgs. n. 107/2018, ove si consente alla Consob di combinare le sanzioni previste da quella disposizione con altri strumenti sanzionatori, nonché di applicare, in luogo della sanzione pecuniaria, la misura dell'ordine di eliminare le infrazioni contestate ovvero la c.d. dichiarazione pubblica allorché le infrazioni siano connotate da scarsa offensività o pericolosità. Ma si v. altresì l'art. 194-quater, sempre del TUF, e l'art. 144-bis del TUB, che consentono – rispettivamente – alla Consob e alla Banca d'Italia in caso di violazioni connotate da scarsa offensività o pericolosità, di ordinare l'eliminazione delle infrazioni contestate in alternativa all'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. In tali casi sembra che a una valutazione connessa alla specificazione di concetti giuridici indeterminati si accompagni una scelta discrezionale basata sulla ponderazione tra diversi interessi pubblici e privati. Sulle principali tipologie di sanzioni della Banca d'Italia rientranti nel perimetro applicativo dell'art. 145 del TUB, si v. M. CONDEMI, *Commento all'art 145*, cit., p. 2697.

³⁵ Si v., ad es., la sanzione dell'interdizione temporanea dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari autorizzati (c.d. *temporary ban*) di cui all'art. 144-ter, co. 3, TUB che la Banca d'Italia può applicare in aggiunta alla sanzione pecuniaria per violazioni di particolare gravità.

³⁶ Si v., in tal senso, l'art. 68(2) CRD IV, secondo il quale «le autorità competenti pubblicano le sanzioni in forma anonima» nel caso in cui «la pubblicazione metterebbe a rischio la stabilità dei mercati finanziari o un'indagine penale in corso»; ovvero, ancora, l'art. 195-bis, TUF, ove si attribuisce alla Banca d'Italia e alla Consob il potere di «stabilire modalità ulteriori per dare pubblicità al provvedimento», «tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti». Inoltre, il medesimo articolo dispone la pubblicazione in forma anonima nel caso in cui la pubblicazione in forma ordinaria «possa comportare rischi per la stabilità dei mercati finanziari». In tema, W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, cit., spec. p. 200 ss. ove si mette in evidenza come in tali ipotesi «il legislatore individua interessi potenzialmente contrapposti alla [esigenza di pubblicità], quali la stabilità dei mercati finanziari e l'eventuale sproporzione della sua portata afflittiva e pregiudizievole nella sfera giuridica del soggetto sanzionato». Cfr., infine, anche il documento pubblicato nel marzo 2021 dalla BCE in materia di metodologia di calcolo delle sanzioni pecuniarie (*Guide to the method of setting administrative pecuniary*), in cui, dopo aver evidenziato come «in exercising its power to impose such admi-

sulla solidità patrimoniale dell'intermediario, sulla stabilità del sistema finanziario ovvero sulla fiducia dei risparmiatori. In tali ipotesi, sembra allora scorgersi un margine di "disponibilità"³⁷ – e quindi di discrezionalità – anche riguardo all'*an*, come ben risulta da quelle previsioni normative che rimettono all'amministrazione la scelta tra l'irrogazione di una sanzione in senso stretto e l'applicazione di una misura di tipo ripristinatorio³⁸.

Inoltre, anche là dove non vengano in rilievo apprezzamenti in merito alla ponderazione degli interessi, si deve comunque riconoscere che, nella costruzione delle fattispecie di illecito amministrativo, il legislatore fa ampio ricorso a concetti giuridici indeterminati o a clausole generali³⁹ che rinviano a una integrazione valutativa del precetto sanzionatorio da parte dell'amministrazione procedente. Nelle materie che qui si considerano è nota, d'altronde, la prevalenza di una normativa dal contenuto tecnico-specialistico, connotata da un non infrequente ricorso a concetti che si caratterizzano per la loro indeterminatezza o opinabilità, rimessi, in quanto tali, all'apprezzamento riservato (o "preferenziale"⁴⁰) dell'amministrazione esperta⁴¹. Tali valutazioni rilevano ai fini dell'accertamento dei fatti e delle relative responsabilità⁴², nel momento cioè di specificazione del precetto normativo e di sussunzione dei fatti accertati all'interno del parametro normativo contestualizzato⁴³.

nistrative pecuniary penalties, the ECB enjoys a wide margin of discretion», l'istituzione europea elenca tutti i fattori da prendere in considerazione nel procedimento sanzionatorio, ossia: «(i) the impact of the breach and (ii) the supervised entity's misconduct when deciding on the level of an administrative pecuniary penalty. Furthermore, taking account of the size of the supervised entity (...) and, whenever relevant in a given case, the benefits derived from the breach guarantees the proportionality of the administrative pecuniary penalty», puntualizzando altresì come «those factors provide a good indication of the appropriate level for an administrative pecuniary penalty, but they should not be regarded as the basis for an automatic and arithmetic calculation method».

³⁷ Sul punto, F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, cit., p. 43.

³⁸ Su tale profilo, e per un'ampia ricognizione delle fattispecie in cui emerge anche una discrezionalità nell'*an*, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., spec. p. 146, il quale ulteriormente osserva come la giurisprudenza della Cassazione (in particolare Cass., sez. un., 16 aprile 2009, n. 8986) generalmente riconosca una posizione di interesse legittimo (e, dunque, la giurisdizione del giudice amministrativo) nelle ipotesi in cui spetti all'amministrazione di applicare, alternativamente, la misura ripristinatoria o quella sanzionatoria in senso stretto.

³⁹ La letteratura in materia è sterminata, motivo per cui ci si limita a fare rinvio a M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Ets, Pisa, 2021, con ricchezza di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁴⁰ Il riferimento è a F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e "preferenza di amministrazione"*, in *Il Processo*, 2020, 3, p. 795, il quale, prendendo le mosse dall'ampia sindacabilità delle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti da parte del giudice, suggerisce di riferirsi a una «preferenza di amministrazione», piuttosto che a una vera e propria «riserva di amministrazione».

⁴¹ Sul nesso tra competenza tecnica e autorità indipendenti, per tutti, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2001.

⁴² C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., p. 403. Più controversa è invece la configurabilità di una discrezionalità c.d. tecnica in relazione al momento della determinazione della sanzione. In senso contrario, cfr. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 131; F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività*, cit., p. 123; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 117 ss.

⁴³ Sembra, a tal fine, utile richiamare la nota scansione elaborata dal giudice amministrativo in merito alle sanzioni *antitrust* (in particolare cfr. Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, più di recente ripresa da Cons. Stato, VI, 20 febbraio 2020, n. 4322), ma ampiamente riproponibile nelle ipotesi in esame, secondo cui l'amministrazione è tenuta ad effettuare, nell'ordine: a)

Ebbene, se ciò costituisce un tratto distintivo dell'esercizio di un potere pubblico autoritativo⁴⁴ rimesso alle autorità indipendenti⁴⁵, non ci si può esimere dall'osservare come la più recente normativa nazionale e sovranazionale abbia ulteriormente accentuato la formulazione "per valori" o "per obiettivi" di molte fattispecie sanzionatorie⁴⁶, in linea con il passaggio da una «vigilanza fondata sulle *rules*» a una «vigilanza basata sugli *standards*»⁴⁷, che attribuisce all'autorità di vigilanza tanto il potere di riempire di contenuto lo *standard* fissato dal legislatore, quanto di verificare poi se le condotte poste in essere dagli intermediari siano o meno ad esso conformi. Seguendo tali ragionamenti, si tratta altresì di riconoscere come, a partire dalla risposta europea alla crisi del 2008, stiano progressivamente mutando alcuni dei caratteri della stessa funzione di regolazione finanziaria. Quest'ultima – ma la considerazione potrebbe estendersi anche ad altri ambiti di mercato "presidiati" da autorità indipendenti – sta infatti perdendo quel carattere "condizionale" che aveva contraddistinto la svolta maturata attorno agli anni Novanta del secolo scorso⁴⁸, per assumere sempre più i tratti di un'attività scandita, oltre che da apprezzamenti di natura tecnica, anche da scelte discrezionali implicanti una ponderazione comparativa di diversi interessi⁴⁹.

Significative appaiono, in questa prospettiva, anche alcune prese di posizione della giurisprudenza nazionale e sovranazionale. Così, in quello che appare un "colpo di coda" del giudice amministrativo prima della restituzione della giurisdizione al giudice civile, il Consiglio di Stato ha affermato che «i prov-

l'accertamento dei fatti; b) la contestualizzazione della norma che, facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati, necessita di un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; c) il confronto dei fatti accertati con il parametro contestualizzato; d) l'applicazione della sanzione.

⁴⁴ Sulla riconducibilità degli atti amministrativi basati su regole tecniche al potere amministrativo in senso proprio, cfr., per tutti, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., *passim*. In tema, imprescindibile è altresì il rinvio a D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995.

⁴⁵ In tema, cfr. diffusamente P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit. Sul rapporto tra indipendenza e natura delle funzioni attribuite alle autorità indipendenti, cfr. l'analisi critica di E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., *passim*.

⁴⁶ Si vedano, ad es., tutte le fattispecie normative che fanno riferimento a clausole generali quali la "sana e prudente gestione", alla necessità di operare con "diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse dell'integrità del mercato", ovvero all'"efficiente svolgimento dei servizi". Cfr. altresì, nell'ordinamento francese, *"l'intérêt général impérieux de protection de l'ordre public et de la sécurité publique"* (CE, 15 nov. 2019, n. 428292).

⁴⁷ Così, R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca impresa società*, 2019, 1, p. 4; ID., *Le sanzioni pecuniarie nel mercato bancario*, in *Giur. comm.*, 2013, 1, p. 322, ove si evidenzia altresì l'aumentata discrezionalità sottesa al mutato "stile" della vigilanza.

⁴⁸ Sul punto, cfr. soprattutto L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992; EAD., *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 55 ss.; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Cedam, Padova, 1993.

⁴⁹ In materia di concorrenza, per tutti, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., *passim*; in relazione alla funzione di vigilanza bancaria, si v. A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 181; F. CAPRIGLIONE, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, p. 537. Mettono in luce l'emersione di nuovi profili pubblicistici del credito, G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 429; G. SCIASCIA, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 413 ss.; M. DUGATO, *L'attività bancaria e il servizio pubblico*, in *Banca impresa società*, 2018, p. 10.

vedimenti sanzionatori [della Banca d'Italia] non possono di certo essere qualificati come “vincolati”. Essi sono dotati di un tasso di discrezionalità coessenziale alla loro natura, sia in ordine all'accertamento dei fatti ed alla loro qualificazione giuridica (per i quali sussiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione»⁵⁰.

Analogamente, il Tribunale dell'Unione⁵¹ ha recentemente annullato una sanzione pecuniaria irrogata dalla Banca centrale europea ritenendo che, per «l'ampio potere discrezionale conferito alla BCE», l'atto impugnato necessitasse di una motivazione più stringente, che desse specificamente conto della metodologia applicata dall'autorità in fase di determinazione dell'importo e ciò a fronte della necessità di «consentire al Tribunale di valutare se detta decisione sia conforme al diritto dell'Unione e, segnatamente, al principio di proporzionalità».

Alla luce delle precedenti considerazioni – che ci hanno portato, in buona sostanza, a riconoscere in capo alle autorità in parola uno spazio di discrezionalità, vuoi di tipo proprio, vuoi di natura solo tecnica, vuoi nell'*an*, vuoi nel *quantum* – pare dunque possibile trarre due conclusioni preliminari. La prima è che la sussistenza di un nesso tra attività sanzionatoria ed esercizio autoritativo (oltre che imperativo e unilaterale) di un potere amministrativo suggerisce la percorribilità, quanto meno in astratto, di una (nuova) devoluzione della giurisdizione in materia al giudice amministrativo⁵². La seconda porta a ritenere che l'evidenziata natura dell'attività amministrativa sottesa all'esercizio del potere sanzionatorio non può non avere ricadute di rilievo anche sul piano delle tecniche di sindacato e di tutela che devono essere impiegate dal giudice investito della cognizione su tali provvedimenti.

3. Seconda questione critica: la “insostenibile leggerezza” del sindacato giurisdizionale del giudice ordinario

Si è appena osservato che la connotazione dell'attività sanzionatoria alla stregua di un potere autoritativo (e a tratti anche discrezionale) finalizzato alla

⁵⁰ Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542.

⁵¹ Trib. UE, sent. 8 luglio 2020, *Crédit agricole SA c. BCE*, in T-576/18, punto 133 (la sentenza è oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia). L'ampio margine discrezionale riconosciuto alla Commissione europea nell'esercizio del potere sanzionatorio in materia *antitrust* è un dato ormai largamente acquisito nella giurisprudenza sovranazionale (cfr., *ex multis*, le sentt. del Tribunale UE, 6 aprile 1995, causa T-150/89, *Martinelli c. Commissione*; 22 ottobre 1997, cause riunite T-213/95 e T-18/96, *SCK e FNK c. Commissione*; la sentenza T-461/07, *Visa Europe c. Commissione*). Come noto, nella lettura della giurisprudenza sovranazionale occorre tuttavia tenere in considerazione la mancanza di una distinzione netta tra discrezionalità in senso tecnico e discrezionalità pura; al contrario, i due concetti sono spesso trattati indistintamente dal giudice europeo sotto le diverse etichette del *wide margin of appreciation* o del *wide margin of discretion*. Sull'intensità del sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia sulle sanzioni *antitrust* della Commissione, cfr. in particolare Corte di giustizia, 11 settembre 2014, *MasterCard*, C-382/12, spec. punto 155 ss. ove si afferma che il giudice europeo, nello svolgere il proprio controllo, «non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto».

⁵² In tal senso, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., spec. p. 447; W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2021, 2, p. 298 ss.

tutela dell'interesse pubblico consente di qualificare la "materia" in esame come "particolare" ai sensi dell'art. 103 Cost. Essa risulta, d'un lato, del tutto analoga a quella delle sanzioni amministrative irrogate da altre autorità indipendenti già sottoposte alla giurisdizione esclusiva e, dall'altro, direttamente inerente (*rectius*: consustanziale) alla funzione di vigilanza, anch'essa pacificamente devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Eppure, da tale considerazione non sembra potersi automaticamente trarre un'indicazione univoca circa la necessità di suddetta attribuzione, come unica soluzione conforme al riparto di giurisdizione delineato in Costituzione.

Occorre, infatti, rammentare come la regola che individua il giudice amministrativo come giudice naturale del potere amministrativo ammette, in virtù dell'art. 113, comma 3, anche alcune importanti eccezioni, spettando al legislatore di determinare «quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione». Diversamente da quanto previsto in relazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'art. 113, comma 3 Cost. non contiene tuttavia un criterio espresso in grado di delimitare la discrezionalità del legislatore. Ciò ha portato la giurisprudenza⁵³ e parte della dottrina⁵⁴ a ritenere che al giudice ordinario ben potrebbe essere attribuita la cognizione anche su quegli atti che, costituendo espressione di un potere autoritativo, siano in grado di incidere su posizioni di interesse legittimo, trattandosi in definitiva di una decisione rimessa alla discrezionalità del legislatore⁵⁵.

A fronte di tale constatazione, si ritiene allora opportuno risolvere la questione che anima quest'indagine non tanto (e non solo) alla luce delle regole di riparto della giurisdizione, quanto piuttosto – come anticipato in premessa – in base a una valutazione in concreto circa la capacità del giudizio svolto dinanzi al giudice ordinario di assicurare una tutela piena ed effettiva nei confronti dei destinatari dei provvedimenti sanzionatori⁵⁶. Del resto, come si avrà modo di

⁵³ Si v., per tutti, Cass. sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487.

⁵⁴ Tale posizione è sostenuta, con diversità di accenti, da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 877, per il quale sarebbe configurabile una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario; G. BERTI, *Commento agli artt. 113 e 103, primo e secondo comma*, cit., p. 85 ss.; A. PAJNO, *Il riparto di giurisdizione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, t. V, Giuffrè, Milano, 2003, p. 4223; A. POLICE, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, p. 478. In tema, cfr. diffusamente F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2002. Ma si v. altresì M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 56, il quale, a fronte della distinzione tra sistemi monisti con prevalenza della giurisdizione ordinaria e sistemi monisti con prevalenza della giurisdizione amministrativa, qualifica il sistema italiano come (unico) esempio di sistema dualistico.

⁵⁵ Si v., ad es., Corte Cost., ord. n. 140/2001. In tal senso rilevano, in particolare, alcuni provvedimenti in materia di immigrazione rimessi alla cognizione del g.o., su cui cfr., *ex multis*, N. VETTORI, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, p. 54 ss.; S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 534.

⁵⁶ Mette lucidamente in evidenza come la stessa questione del riparto di giurisdizione debba essere incentrata non tanto e non solo in funzione della natura della situazione giuridica soggettiva, quanto invece «del contenuto del potere decisorio del giudice cui è attribuita la giurisdizione di annullare e, in taluni casi, anche di modificare l'atto amministrativo illegittimo», A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Il contributo alla teoria dell'Azione nella giurisdizione esclusiva*, vol. II, Cedam, Padova, 2001, spec. p. 123. Sulla necessità di leggere il riparto di giurisdizione «sotto il denominatore comune dell'effettività» della tutela, F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, cit., p. 29. Sul punto, d'altronde, già E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino*

verificare oltre, anche l'indagine comparata sembra confermare l'utilità di tale prospettiva metodologica, dal momento che, pur a fronte della necessità di un adeguamento allo standard comune di tutela posto dal diritto sovranazionale, ciascun ordinamento ha abbracciato soluzioni completamente diverse in punto di individuazione del giudice competente e delle relative regole processuali.

Si deve infatti considerare che, nel nostro caso, la tutela offerta al soggetto sanzionato deve conformarsi, oltre che con il diritto interno, anche con i parametri sovranazionali in punto di effettività e pienezza della tutela previsti dall'art. 47 Carta dei Diritti fondamentali⁵⁷ e, soprattutto, dall'art. 6 CEDU.

Ma allora, pur dovendosi prendere atto dell'incertezza applicativa che connota quest'ultimo parametro⁵⁸, occorre chiedersi se la tutela offerta dal giudice ordinario nell'ambito del giudizio di opposizione possa ritenersi coerente almeno con quel nucleo minimo ed omogeneo di prescrizioni che pretendono, in buona sostanza, che l'organo giudicante sia dotato del potere di accertare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia, nonché del potere di riformare qualsiasi punto della decisione impugnata senza doversi ritenere vincolato all'accertamento compiuto in prima battuta dagli organi amministrativi⁵⁹. Così, anche senza necessariamente pretendere un giudizio sostitutivo della discrezionalità⁶⁰, il parametro della *full jurisdiction* sembra sostan-

verso la pubblica amministrazione, Giuffrè, Milano, 1964, spec. p. 33, il quale acutamente osservava come «la completezza o pienezza della tutela è richiesta (...) dall'art. 24 [Cost.]; l'art. 113 lo conferma con riguardo non a questo o quel giudice, ma al complessivo esercizio della funzione giurisdizionale». Sulla stessa linea, Corte Cost. n. 275/2001, ove si ribadisce che la discrezionalità del legislatore nella scelta dell'organo cui spetta conoscere ed eventualmente annullare il provvedimento o di incidere sui rapporti sottostanti deve essere guidata dall'obiettivo di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale.

⁵⁷ Quantomeno con riferimento alle molte ipotesi di discendenza eurounitaria delle regole sostanziali oggetto di attuazione da parte delle autorità di vigilanza degli Stati membri.

⁵⁸ Lo rileva L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema*, cit., 237 ss., constatando come la stessa Corte edu «non agisce sulla base di regole astrattamente determinate, ma sulla base del caso, in considerazione della natura del potere esercitato – tecnico o discrezionale –, del procedimento amministrativo, della pretesa del privato, della sua domanda e dei poteri del giudicante in merito ad essa».

⁵⁹ Cfr., in particolare, la sentenza 4 marzo 2014, caso n. 18640/10, *Grande Stevens e altri v. Italia*, spec. par. 139 e 143, commentata da M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1053; nonché la citata sentenza 7 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini c. Italia*, par. 59; sent. 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, par. 50 e ss.; sent. 31 luglio 2008, caso n. 72034/01, *Družstevní Záložna Píra et al. v. Czech Republic*, spec. par. 111, in cui la Corte edu ha ritenuto conforme al parametro della *full jurisdiction* una decisione con cui il giudice nazionale «considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts». In dottrina, non v'è unanimità di vedute circa l'esatto contenuto di tale parametro: fermo restando, cioè, un nucleo comune – costituito dalla piena sindacabilità del fatto e del diritto, e dal potere di riformare la decisione amministrativa – dibattuta risulta in particolare la capacità del giudice di sostituirsi all'amministrazione anche per quanto concerne le scelte discrezionali o tecnico-discrezionali riservate. In quest'ultimo senso, cfr. in particolare F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1 ss.; ID., «A de novo review of all factual and legal issues» v. un esame «point by point [...] without having to decline jurisdiction [...] in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities». *La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell'esperienza europea e statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 3 ss.; nonché M. ALLENA, Art. 6 CEDU. *Procedimento e processo amministrativo*, cit., spec. p. 68, la quale mette peraltro in evidenza come il concetto di *full jurisdiction* non pare compiutamente risolvibile nelle categorie nazionali del sindacato di merito, intrinseco, di proporzionalità, dovendosi ricondurre essenzialmente a un «sindacato giurisdizionale pienamente sostitutivo, in qualunque modo poi incidente sull'azione amministrativa».

⁶⁰ La giurisprudenza sul punto è ondivaga, giacché in alcuni casi richiede al giudice naziona-

ziarsi nella «garanzia dell'effettivo conseguimento del bene della vita senza che, nel caso concreto, si possano opporre più o meno estese franchigie d'insindacabilità assicurate al potere pubblico ovvero limitazioni alla cognizione ed alla decisione tali da far conseguire pronunzie favorevoli ma inadeguate ad assicurare la soddisfazione nel rapporto sostanziale»⁶¹.

Ebbene, è noto che in materia sanzionatoria il giudice dell'opposizione dispone di una giurisdizione «piena»⁶², potendo annullare il provvedimento sanzionatorio ovvero modificarlo anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta⁶³. Si tratta, in altri termini, di un giudizio sul rapporto che consente, almeno formalmente⁶⁴, di entrare nel merito delle valutazioni dell'amministrazione. Specie in passato diffusa era, dunque, la convinzione che il giudice ordinario, per la latitudine dei poteri di cognizione e di decisione di cui disponeva in raffronto al giudice amministrativo, fosse in grado di offrire una tutela assai più soddisfacente per l'interesse del destinatario del provvedimento.

Senonché, l'esperienza pratica ha, negli anni, messo in luce il carattere scarsamente soddisfattivo di tale giudizio rispetto alla domanda di tutela avanzata dal privato⁶⁵.

In tal senso, si deve anzitutto segnalare quello che costituisce un limite invalicabile dell'attribuzione della materia sanzionatoria alla cognizione del giudice ordinario, ossia la disarticolazione della tutela processuale a fronte della evidenziata unitarietà della vicenda sostanziale, in spregio all'esigenza di concentrazione delle tutele⁶⁶. La distinzione tra momento della vigilanza e momento della sanzione rappresenta, come si è visto, un'operazione concettualmente

le di apprezzare anche l'opportunità della decisione (cfr., in tal senso, Corte edu, 4 marzo 2004, caso n. 47650/09, *Silvester's Horeca Service c. Belgio*), mentre in altri si limita a pretendere un sindacato di ragionevolezza e proporzionalità della discrezionalità, modellato sullo schema del controllo sull'eccesso di potere e della correttezza del procedimento amministrativo (cfr., ad es., Corte edu, 26 settembre 1995, caso n. 18160/91, *Diennet c. Francia*; 21 luglio 2011, casi n. 32181/04 e n. 35122/05, *Sigma Radio Television c. Cipro*; 15 settembre 2015, caso n. 3800/12, *Tsanova-Gecheva c. Bulgaria*).

⁶¹ L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema*, cit., p. 246.

⁶² Cfr., per tutti, F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario*, cit., spec. p. 259 ss.

⁶³ Art. 6, comma 12, d.lgs n. 150/2011, che ha sostituito l'art. 23, legge n. 689/1981.

⁶⁴ In questi termini si è d'altronde espressa la stessa Corte edu, nella citata sentenza *Grande Stevens*, par. 151, con cui ha riconosciuto che la Corte d'Appello di Torino costituiva un organo dotato di piena giurisdizione ai sensi della CEDU. Occorre tuttavia ricordare, come correttamente rilevato da F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 133, che tale profilo non era stato espressamente contestato dalle parti ricorrenti e che, dunque, non ha costituito oggetto di precippa valutazione in concreto da parte della Corte di Strasburgo.

⁶⁵ Si tratta di un giudizio ampiamente condiviso tanto nella dottrina amministrativistica, quanto in quella costituzionalistica e civilistica. Cfr., ex multis, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 153 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 410 ss.; S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit.; L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema*, cit., p. 249; E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 137 ss.; E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, cit., p. 293; R. LENER-L. GALANTUCCI, *A che serve oggi il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità di vigilanza?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 81; R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, cit.; M. CONDEMI, *Art. 145*, cit., p. 2706. Come osservano, inoltre, M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, cit., in relazione al sindacato del giudice ordinario, «la casistica sembra dimostrare che assai di rado i giudizi si concludono con sentenze di accoglimento che sostituiscono la valutazione dell'autorità con quella del giudice. Gli stessi casi nei quali viene disposta una consulenza tecnica d'ufficio sono poco frequenti».

⁶⁶ Cfr., in tal senso, A. POLICE-A. DAIDONE, *op. cit.*, p. 690.

problematica dal punto di vista sostanziale, che finisce per ripercuotersi sullo stesso giudice della sanzione, il quale si troverà a dover conoscere, oltre che (direttamente) del provvedimento sanzionatorio, anche (incidentalmente) degli atti amministrativi presupposti, dal momento che è in essi che il più delle volte sarà dato rinvenire l'effettiva ragione giustificativa (*l'ubi consistam*) della pretesa sanzionatoria⁶⁷. Vero è che la Cassazione ha precisato che «il sindacato del giudice del provvedimento sanzionatorio si estende, in ossequio al principio *accessorium sequitur principale*, alla validità sostanziale del rapporto presupposto, concernendo tutte le fasi procedurali in cui lo stesso si scandisce, nonché gli atti presupposti e regolamentari posti a fondamento dell'emissione del provvedimento impugnato»; nondimeno, alla stregua di quanto si dirà a breve, è proprio la scarsa attitudine del giudice ordinario a penetrare all'interno delle valutazioni compiute dall'amministrazione – a maggior ragione se contenute in atti non direttamente rimessi alla sua cognizione – a vanificare, in concreto, l'esigenza di un controllo effettivo sull'attività sanzionatoria dell'amministrazione.

Invero, il principale *vulnus* di tutela per il privato destinatario delle sanzioni di Consob e Banca d'Italia è rappresentato proprio dalla particolare “deferenza”⁶⁸ mostrata dal giudice dinanzi alle scelte tecniche complesse delle due autorità di regolazione⁶⁹. Se si escludono gli accertamenti di fatti semplici a struttura elementare, la giurisprudenza civile, tanto di merito quanto di legittimità, tende a escludere che il sindacato possa assumere carattere sostitutivo in relazione agli apprezzamenti tecnici complessi od opinabili, e ad appiattirsi sulle ricostruzioni fattuali prospettate dall'autorità amministrativa. Ma non si tratta solamente di rilevare una tendenza del giudice ordinario ad abdicare a una forma di sindacato “forte” o sostitutivo, in favore di un sindacato “debole” o non sostitutivo, trattandosi in definitiva di una questione particolarmente delicata e oggetto di ampio dibattito anche nella stessa giurisprudenza amministrativa⁷⁰, quanto semmai di constatare una certa ritrosia del giudice civile nel

⁶⁷ Si v., in questi termini, più di recente, Cass., sez. un., 18 febbraio 2021, n. 4365. Per di più, nel settore bancario, il problema del coordinamento delle tutele sembra porsi con evidenza financo maggiore, stante l'eventualità che la sanzione irrogata dalla Banca d'Italia rappresenti il risultato di una vicenda procedimentale complessa che prende avvio a livello sovranazionale, su iniziativa della BCE, in quanto autorità competente a vigilare sugli istituti di credito maggiormente significativi. In tali ipotesi è evidente che il giudice nazionale si troverà a dover conoscere indirettamente anche degli atti istruttori e preparatori, tra tutti gli atti ispettivi, posti in essere dall'autorità sovranazionale. Il caso, affrontato in diverse sentenze della Corte d'appello di Roma in merito alla complessa vicenda che ha interessato la Banca popolare di Vicenza, è analizzato in R. D'AMBROSIO (a cura di), *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 88/2020, p. 269 ss.

⁶⁸ Sull'uso di tale espressione, come italianizzazione di un gergo diffuso nel mondo anglosassone, F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti «regolatrici»*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, p. 471.

⁶⁹ Specie ove si acceda al condivisibile orientamento secondo cui sarebbe proprio la peculiare posizione istituzionale delle autorità indipendenti a richiedere un controllo giurisdizionale pieno ed effettivo, o quantomeno non meno intenso rispetto a quello riservato alle altre amministrazioni. In tal senso, *ex multis*, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997, p. 249 ss.; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo di esigenze del mercato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 277; F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 329.

⁷⁰ Si v., in particolare, F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 257, ove si esclude che, con “sindacato di merito”, la giurisprudenza europea intenda un vero e proprio sindacato di merito, vertente cioè anche sulle scelte discrezionali

condurre un vaglio completo e penetrante rispetto alle assunzioni poste a base del provvedimento sanzionatorio e, dunque, a effettuare un controllo sufficientemente incisivo sulla contestualizzazione e qualificazione dei fatti di causa operata dall'amministrazione⁷¹.

Vero è che, in qualche isolata pronuncia, la Corte di Cassazione sembra ammettere una generale contestabilità delle valutazioni contenute nelle relazioni ispettive della Banca d'Italia⁷². Nondimeno, occorre parimenti rilevare come nel giudizio di opposizione non sia dato riscontrare quell'evoluzione delle tecniche di sindacato registratasi nel processo amministrativo⁷³, continuandosi a fare applicazione di una forma di scrutinio che potremmo definire "estrinseco", secondo le tassonomie tradizionali del giudizio amministrativo⁷⁴, ovvero "limitato", in base alle formule della giurisprudenza sovranazionale⁷⁵. Si ammette cioè che la valutazione tecnica possa essere oggetto di sindacato⁷⁶ (purché non sostitutivo rispetto al margine di scelta oggettivamente opinabile), ma secondo standard lontani dalle forme più stringenti del controllo

dell'autorità, nonché sull'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica. Sul punto, cfr. altresì A. GIUSTI, *Sanzioni amministrative e giurisdizione piena*, cit., p. 2542, per la quale «il controllo sostitutivo sulle sanzioni amministrative non sembra però riconducibile allo schema del sindacato forte; la rimodulazione della sanzione pecuniaria (...) non è il risultato di alcuna valutazione di opportunità, ma il momento finale di un giudizio interno alla sfera della legittimità e del controllo sui presupposti di fatto e di diritto». In tal senso, si attesta anche la giurisprudenza che circoscrive il sindacato sostitutivo di merito alla sola quantificazione della sanzione, e non anche alle valutazioni tecniche opinabili, né alle ragioni di opportunità (così, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990). Sostiene invece che, alla luce dell'art. 6 CEDU, la giurisdizione di merito in materia sanzionatoria implichi il potere del giudice di effettuare un sindacato pieno e sostitutivo non solo sull'entità della sanzione, bensì anche su tutte le valutazioni che costituiscono espressione di c.d. discrezionalità tecnica, F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit., p. 27 ss.

⁷¹ Le critiche della dottrina trovano, del resto, ampio riscontro nell'analisi giurisprudenziale. Si v., sul punto, l'ampia rassegna della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, effettuata da C. SERENI LUCARELLI, *Le sanzioni della Banca d'Italia nel panorama delle sanzioni amministrative tra mito e realtà*, in *Banca Impresa Società*, 2020, spec. p. 336 ss.

⁷² Cass., sez. I, 30 maggio 2018, n. 13679, in cui è stato ritenuto che le risultanze istruttorie «sebbene provengano da una fonte autorevole, non possono essere recepite in modo aprioristico e possono essere contraddette con strumenti istruttori adeguati, quale è, ad esempio, la c.t.u. svolta nel contraddittorio delle parti».

⁷³ Sul punto, per tutti, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., con ricchezza di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁷⁴ D'altronde, è la stessa Cassazione ad abbracciare un tale orientamento anche quando "parla" al giudice amministrativo (cfr., ad es., Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013 e, più di recente, Cass., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30974; Cass., sez. un., 7 maggio 2019, n. 11929). In senso critico rispetto a tale orientamento, A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11 marzo 2019, il quale osserva che «la Cassazione, più volte, dal 2008 ha affermato un modello di sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche, che non risponde assolutamente ai canoni attuali e che comporterebbe una riduzione drastica rispetto allo spazio del sindacato ammesso dal Consiglio di Stato».

⁷⁵ Sul punto, per tutti, P. KALINTIRI, *What's in a name? The marginal standard of review of 'complex economic assessments' in EU competition enforcement*, in *CMLRev.*, 2016, 53, p. 1312, cui si rinvia anche per i numerosi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁷⁶ Dopo alcune oscillazioni, anche la giurisprudenza civile sembra ormai riconoscere che la c.d. discrezionalità tecnica sottesa alle valutazioni di concetti giuridici indeterminati (l'opinabilità) vada tenuta distinta dal merito amministrativo (l'opportunità), consentendo che l'erronea applicazione dei concetti giuridici indeterminati possa essere fatta valere come motivo di ricorso per Cassazione sotto forma di violazione di legge. In tema, recentemente, A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti*, cit.

sulla “correttezza/attendibilità tecnica”⁷⁷ – se non, addirittura, della “maggiore attendibilità/condivisibilità”⁷⁸ – cui fa ricorso il giudice amministrativo, specie nei casi in cui il giudizio debba informarsi al canone della *full jurisdiction*⁷⁹.

Così, una volta riconosciuto, alla stregua di quanto visto in precedenza, che anche i provvedimenti sanzionatori delle autorità in parola poggiano su valutazioni di concetti giuridici indeterminati, su scelte tecniche complesse e opinabili, nonché sull'esercizio di attività ponderativa di diversi interessi, emerge tutta l'inadeguatezza del sindacato condotto dal giudice ordinario non solo rispetto al parametro euroconvenzionale, bensì anche rispetto ai principi generali di effettività della tutela⁸⁰. D'altronde, anche a voler aderire alla tesi della natura vincolata della sanzione prospettata dalla Cassazione, si dovrebbe pur sempre riconoscere che, quantomeno nel sindacare incidentalmente gli atti presupposti o regolamentari su cui si basa la sanzione, il giudice civile si trovi dinanzi ad atti che costituiscono (pacificamente, per ammissione della stessa Suprema Corte) esercizio di discrezionalità, sia amministrativa che “tecnica”. Ed è dunque naturale pretendere che, a voler “prendere sul serio” il canone della *full jurisdiction*, il giudice civile svolga, per lo meno su tali atti, un sindacato sufficientemente penetrante e incisivo, in linea quantomeno con lo scrutinio oggi condotto dal giudice amministrativo. Anche perché, com'è stato luci-

⁷⁷ Secondo l'orientamento inaugurato, come noto, da Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, su cui D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1179; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 182.

⁷⁸ L'espressione appare in un documento dell'Ufficio Studi del Consiglio di Stato del 2017, ove si precisa che, con ciò deve intendersi l'ipotesi «in cui il giudice non si limita a ritenere attendibile la valutazione dell'Autorità, ma la valuti in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti»; in questi termini, si v. Cons. Stato, n. 4990/2019, cit., ove si afferma che «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”». Per il Consiglio di Stato «non operano infatti i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere, quando il giudice è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata». Sul punto, cfr. i rilievi critici di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740 ss. e di M. RAMAJOLI, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 68 ss. In tema, con specifico riferimento alle sanzioni di Consob e Banca d'Italia, F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti*, cit., p. 160.

⁷⁹ F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 772; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 45 ss. In giurisprudenza, Cons. Stato, VI, 8 maggio 2019, n. 2979, ove, a fronte dell'impugnazione di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, il giudice ha affermato che «la verifica di piena corrispondenza di quanto sanzionato al fatto costituisce l'*ubi consistam* del sindacato di legittimità avente ad oggetto la sanzione impugnata», per poi rilevare l'inattendibilità della valutazione compiuta dall'amministrazione in relazione alla concretizzazione del parametro normativo costituito dal concetto giuridico indeterminato di «condotta ingannevole della pratica commerciale». Sulla maggior attitudine dimostrata dal giudice amministrativo ad effettuare un controllo incisivo sui provvedimenti sanzionatori in questione, S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria*, cit., il quale ulteriormente osserva criticamente come «il riuscito tentativo di “ritorno al passato” nasceva dal fatto che le Corti d'Appello territoriali (...) avevano dato vita, nei decenni precedenti, ad una giurisprudenza “sensibile”, per non dire acquiescente, alle ragioni delle due Autorità sanzionatrici».

⁸⁰ Su cui, si v. F. CORTESE-B. MARCHETTI, *Art. 1 (Effettività)*, in G. FALCON-F. CORTESE-B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit.; F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VIII ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 165 ss.

damente rilevato, abdicare alla piena conoscenza del fatto (ossia alla correttezza delle premesse fattuali su cui si fonda la decisione amministrativa), riservandone l'accertamento e la valutazione all'amministrazione, «equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale»⁸¹. E a fronte di un limitato accesso ai presupposti di fatto sembra lecito dubitare anche dell'effettiva capacità del giudice di vagliare (ed eventualmente modificare) la stessa quantificazione della sanzione⁸².

Ancora, sul versante più strettamente processuale, la limitatezza del sindacato sui profili di fatto sembra dipendere anche dalle caratteristiche del rito speciale che connota i giudizi di opposizione. Pur a seguito delle modifiche apportate nel 2015⁸³, il giudizio dinanzi alla Corte d'appello mantiene alcuni tratti tipici della giurisdizione sommaria, specie per quanto riguarda l'istruzione probatoria, la quale risulta «ancora regolata come un potere del giudice e non invece come un diritto delle parti»⁸⁴, secondo un impianto di natura inquisitoria che non consente, nemmeno in sede processuale, di recuperare quel contraddittorio paritario richiesto dalla giurisprudenza europea, e non ancora sufficientemente assicurato in fase procedimentale⁸⁵. Inoltre, l'inidoneità delle Corti d'appello ad assicurare un giudizio pieno sul fatto sembra poggiare su

⁸¹ A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in F. MANGANARO-A. ROMANO TASSONE-F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 9. Un tale approdo, oltre che incompatibile con il canone costituzionale della tutela giurisdizionale piena ed effettiva, deve ritenersi altresì contrastante con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, là dove impone che l'organo investito della giurisdizione non possa ritenersi vincolato agli accertamenti compiuti dall'amministrazione su punti decisivi per l'esito del caso, prescindendo da un esame indipendente di tali questioni. Così, in particolare, Corte edu, 21 luglio 2011, casi nn. 32181/04 35122/05, *Sigma Radio Televisioni Ltd v. Cyprus*, par. 157; nonché la citata sentenza *Družstevní Záložna Píra et al. v. Czech Republic*, spec. par. 111, ove la Corte «found a violation of the right to access to a court where the applicant could not challenge before a court an assessment of facts in a decision adopted by an administrative authority acting within its discretionary power (see *Tinnelly & Sons Ltd and Others v. the United Kingdom*, judgment of 10 July 1998)». Ma si v. altresì, in relazione a una procedura di messa in liquidazione amministrativa di un istituto bancario, la citata sentenza *Capital Bank AD v. Bulgaria*, spec. par. 113, in cui la Corte ha statuito che il giudice nazionale non poteva sottrarsi dal valutare l'insolvenza dell'istituto, dovendo eventualmente fare ricorso alla consulenza di un esperto.

⁸² Così, del resto, già A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giur. econ.*, 2002, p. 425, il quale lucidamente nota come «solo ammettendo un sindacato più intenso sull'accertamento della condotta illecita, è possibile poi giustificare un intervento diretto del giudice sulla misura della sanzione. Infatti, non avrebbe molto senso riconoscere al giudice il potere di riconoscere la congruità della sanzione, se egli fosse limitato a un sindacato solo indiretto sull'illecito, senza poterne verificare la concreta ed effettiva gravità». A ciò si aggiunga che il criticabile orientamento della Cassazione secondo cui «spetta al potere discrezionale del giudice determinarne l'entità [della sanzione], senza esser tenuto nemmeno a specificare in sentenza i criteri adottati nel procedere a detta determinazione» (così, Cass., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9546; Cass., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2406; Cass., sez. II, 7 aprile 2017, n. 9126).

⁸³ Come noto, il rito è stato modificato con d.lgs 12 maggio 2015, n. 72, a seguito della citata sentenza *Grande Stevens*, con la quale la Corte edu aveva censurato la mancanza di una pubblica udienza e lo svolgimento del giudizio di opposizione nelle forme del rito camerale.

⁸⁴ Così, in particolare, E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 151. Sottolinea il minor livello di tutela offerta dal giudice ordinario in ragione del procedimento giurisdizionale semplificato anche M. CONDEMI, *op. cit.*, p. 2702.

⁸⁵ Mette in luce l'importanza del contraddittorio come strumento che, specie nel settore in esame, «serve anche a passare dal concetto indeterminato alla misura concreta», M. CLARICH, *Sanzioni delle autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2020, 2, p. 41. Sulla necessità di un contraddittorio «rinforzato» nei procedimenti sanzionatori della Consob, M. RAGANELLI, *Procedimento sanzionatorio Consob e giusto processo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 769.

due ulteriori rilievi: il fatto che la controversia sia soggetta a un giudizio di merito in unico grado, attribuito a un giudice che di regola svolge le funzioni di corte di seconda istanza⁸⁶; nonché il suo configurarsi come organo giurisdizionale non specializzato e, dunque, tendenzialmente sprovvisto di un bagaglio di competenze tecnico-scientifiche adeguato a consentire un sindacato incisivo e penetrante in materie estremamente complesse, come quella bancaria e finanziaria⁸⁷.

Infine, merita di essere segnalato un ulteriore profilo di criticità che emerge in relazione al modo in cui il giudice civile ha inteso qualificare l'oggetto del giudizio di opposizione. Si è detto in precedenza che quest'ultimo è comunemente ricostruito alla stregua di un giudizio sul rapporto sanzionatorio, in cui l'opponente fa valere il diritto a non essere sottoposto a una prestazione patrimoniale all'infuori dei casi espressamente dalla legge⁸⁸. Più precisamente, per il giudice ordinario, il giudizio non verte sull'atto amministrativo che irroga la sanzione, rappresentando questo un «mero snodo procedimentale, che apre la via al sindacato sul rapporto affidato al giudice ordinario»⁸⁹.

Da tale ricostruzione discende, tuttavia, una criticabile svalutazione dei vizi di legittimità del provvedimento sanzionatorio.

Anziché ritenere – come suggerisce da tempo autorevole dottrina – che «oggetto dell'accertamento giudiziale è l'intera fattispecie, comprensiva dell'atto, giacché questo completa l'imposizione di cui va verificata la conformità allo schema legale»⁹⁰, il giudice ordinario ha mostrato di considerare sostanzialmente irrilevanti, ai fini della decisione nel merito, i vizi di legittimità del provvedimento fatti valere dall'opponente. Per la Cassazione, dalla devoluzione dell'intero rapporto alla cognizione piena del giudice discende il potere di quest'ultimo di ri-esaminare *ex novo* tutta la vicenda controversa, con l'ulteriore conseguenza che il privato ben potrebbe ri-proporre davanti al giudice tutte le deduzioni difensive attinenti alla precedente fase procedimentale e ottenere così la soddisfazione piena della garanzia del contraddittorio ovvero una motivazione completa ed esaustiva. Secondo tale prospettiva, il giudizio

⁸⁶ Lo rileva E.R. DESANA, *Sanzioni Consob, Banca d'Italia e garanzie dell'incolpato: never ending story?*, in *Banca, impresa, società*, 2019, p. 376, sottolineando come risultino pochissimi i casi in cui le Corti d'appello hanno dato ingresso alle prove richieste dalle parti.

⁸⁷ In senso critico rispetto alla mancanza di specializzazione dell'organo giurisdizionale investito della cognizione in materia, S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria*, cit., p. 393. In generale, sul problema della sostituibilità del giudice rispetto all'amministrazione dal punto di vista delle limitate competenze tecniche del primo rispetto alla seconda, cfr. E. CARLONI, *L'accertamento dei fatti (complessi) tra amministrazione e giudice: adeguatezza conoscitiva e discrezionalità tecnica*, in AA.VV., *Studi in memoria di A. Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, t. I, p. 472.

⁸⁸ Così, già V. ANDRIOLI, *Il contenzioso civile delle sanzioni amministrative*, in *Dir. e giur.*, 1981, p. 778; M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786, nonché più di recente, con riferimento alle sanzioni Consob, Cass., sez. II, 30 giugno 2020, n. 13150. Con specifico riferimento alle sanzioni della Banca d'Italia, Cass., sez. II, n. 12503/2018, in cui la Suprema Corte ha affermato che «il giudizio di opposizione non ha ad oggetto l'atto, ma il rapporto, con conseguente cognizione piena del giudice, che potrà (e dovrà) valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa (eventualmente non esaminate o non motivatamente respinte), in quanto riproposte nei motivi di opposizione, decidendo su di esse con pienezza di poteri, sia che le stesse investano questioni di diritto che di fatto».

⁸⁹ Così, W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob*, cit., p. 295.

⁹⁰ R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 408.

sarebbe idoneo a “compensare” *ex post* la mancata soddisfazione delle garanzie procedurali, proprio in quanto esso costituirebbe una sorta di «seconda fase della medesima procedura»⁹¹.

Così, ad esempio, in relazione a un’opposizione a sanzione irrogata dalla Consob, la Cassazione ha ritenuto che «gli eventuali vizi del provvedimento riferibili a vizi del procedimento non sono nella specie rilevanti, in quanto risulta palese tanto la natura vincolata del provvedimento stesso quanto la immutabilità del relativo contenuto»⁹²; nonché, più di recente, che «gli eventuali vizi di motivazione in ordine alle difese presentate dall’interessato in sede amministrativa non comportano la nullità [*sic!*] del provvedimento, e quindi l’insussistenza del diritto di credito derivante dalla violazione commessa, in quanto il giudizio di opposizione non ha ad oggetto l’atto, ma il rapporto, con conseguente cognizione piena del giudice, che potrà (e dovrà) valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa (eventualmente non esaminate o non motivatamente respinte), in quanto riproposte nei motivi di opposizione, decidendo su di esse con pienezza di poteri, sia che le stesse investano questioni di diritto che di fatto»⁹³.

L’affermata irrilevanza dei vizi del provvedimento non ha riguardato solo i vizi di tipo procedimentale (rispetto ai quali, del resto, anche il processo amministrativo ha conosciuto una progressiva dequotazione, specie in conseguenza del graduale spostamento dell’oggetto del giudizio dall’atto al rapporto), bensì anche il vizio (sostanziale) di eccesso di potere per disparità di trattamento⁹⁴. Così, il giudice di merito, prima, e la Cassazione, poi, hanno ritenuto non sindacabile la pretesa avanzata dall’opponente di valutare in modo comparativo il provvedimento controverso con riferimento ad altra decisione

⁹¹ R. VILLATA, *op. loc. ult. cit.*, il quale sottolinea, invece, come «i vizi formali della procedura di irrogazione sono rilevanti e l’opposizione [...] non fa “scompare” la pregressa fase amministrativa». Sulla tendenza a considerare fungibile la fase procedimentale e quella processuale, anche alla luce di alcune indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 154; F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 114 ss. Critici sul punto, E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d’Italia*, cit., p. 90 ss., per i quali si assiste al paradosso di un giudizio che, anziché tendere a far dichiarare l’illegittimità dell’atto, svolge un’opposta funzione compensativa. Gli stessi Autori rilevano inoltre che la tesi avallata dalla Cassazione – secondo cui, in buona sostanza, spetta allo Stato decidere dove collocare le garanzie del giusto processo, nella fase amministrativa o in quella giurisdizionale – non sembra convincente alla luce della giurisprudenza europea, la quale, sebbene oscillante sul punto, sembra ammettere tale alternatività solo in relazione alle c.d. *minor offences*, come emerge dall’ampia casistica in materia di sanzioni irrogate dalle autorità francesi di regolazione dei mercati finanziari.

⁹² Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in cui è stata ritenuta irrilevante la affermata violazione del diritto di difesa. Cfr. altresì Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929, ove si fa applicazione dell’art. 21-*octies*, l. n. 241/1990 in relazione al dedotto vizio di tardività dell’esercizio del potere, della cui natura meramente formale è dato peraltro lecitamente dubitare. In senso contrario, cfr. la citata sentenza Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2013, n. 542, in cui, con riferimento ai poteri sanzionatori della Banca d’Italia, si riconosce invece che «la sussistenza di tali poteri discrezionali rende per ciò solo inapplicabile il richiamato art. 21-*octies*».

⁹³ Così, la citata Cass., sez. II, 21 maggio 2018, n. 12503, segnalata criticamente da M. CLARICH, *Sanzioni delle autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, cit., p. 44; nonché Cass., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820, ove si ribadisce come «ogni vizio procedurale possa essere fatto valere nella fase del controllo giudiziale avanti alla corte d’appello consentendo la massima espansione del diritto di difesa dell’incolpato e la possibilità di audizione dello stesso».

⁹⁴ In tema, ancora M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 45. Sulla sindacabilità dell’eccesso di potere da parte del giudice ordinario, si v. già V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 61 ss., ove si sottolinea come l’orientamento della Cassazione, teso a precludere al giudice ordinario l’esame del vizio di eccesso di potere, si ponesse in contrasto con l’art. 113 Cost., là dove sancisce il divieto di limitazione dei mezzi di impugnazione.

della medesima autorità in quanto, per un verso, ciò deve ritenersi «del tutto coerente con il rilievo che l'opposizione ad ordinanza ingiunzione (...) non si configura come un'impugnazione dell'atto amministrativo sanzionatorio, ma introduce un giudizio ordinario di cognizione piena sul fondamento della pretesa sanzionatoria» e, per altro verso, poiché tale censura, se letta nel prisma della violazione di legge per mancanza di motivazione, deve essere comunque rigettata in quanto la motivazione va «riferita al caso singolo e non p[uò] riguardare altri procedimenti sanzionatori».

In tal modo, tuttavia, il giudice civile finisce per negare rilevanza allo stesso provvedimento sanzionatorio e, con esso, al procedimento che l'ha preceduto. Sulla base di un (asserito) sindacato pieno sul rapporto, e di una compensabilità *ex post* delle garanzie procedurali, qualsiasi vizio del provvedimento, sia esso meramente formale ovvero sostanziale, potrebbe dissolversi (fino a scomparire) per effetto di un paradossale effetto "sanante" e "compensativo" del giudizio. Vi sarebbe dunque da chiedersi se un tale orientamento non finisca, in fondo, per risultare in contrasto con lo stesso dettato costituzionale, là dove, all'art. 113, comma 2, afferma testualmente che la «tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione».

In questa prospettiva, colpisce infine anche l'ostinazione con cui la Cassazione continua a respingere la tesi della natura sostanzialmente penale delle sanzioni pecuniarie emanate da Banca d'Italia e Consob⁹⁵, nonostante le ormai univoche indicazioni provenienti dalla Corte edu⁹⁶ e dalla stessa Corte Costituzionale⁹⁷. E non appare inutile, a tal riguardo, rammentare come da tale orientamento discenda l'inapplicabilità di una serie di importanti principi e garanzie posti a tutela del diritto di difesa nella *matière pénale* e riassumibili nel canone convenzionale del "giusto processo"⁹⁸, con evidente disparità di trattamento rispetto a quanto avviene invece nel processo amministrativo, in cui tali garanzie sono ormai pacificamente riconosciute e applicate in relazione alle sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti soggette alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo⁹⁹.

⁹⁵ Con l'unica eccezione delle sanzioni della Consob in materia di abusi di mercato (espressamente qualificate come tali dalla Corte edu, nella citata sentenza *Grande Stevens*), la Cassazione continua a non riconoscere la natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate da Consob e Banca d'Italia, facendo leva su opinabili distinguo rispetto ai criteri specificati dalla giurisprudenza europea. Così, ad es., Cass., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820; Cass., sez. II, 5 aprile 2017, n. 8855 secondo cui «le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Consob ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. n. 58 del 1998 (cd. TUF) non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle inflitte ai sensi dell'art. 187-ter del TUF per manipolazione del mercato, sicché non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, in particolare quanto alla violazione del "ne bis in idem" tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti». In senso adesivo rispetto a tale orientamento, C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2019, p. 5.

⁹⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656.

⁹⁷ Sulla natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate dalla Consob, si v. anche Corte Cost., 21 marzo 2019, n. 63.

⁹⁸ Non è questa la sede per indagare tali aspetti, sui quali si rinvia all'ampia indagine di M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., *passim*.

⁹⁹ Cfr. ad es. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595; nonché, più di recente, Cons. Stato, VI, n. 2043/2019, in cui il giudice amministrativo ha ritenuto che una sanzione di circa

4. Le indicazioni provenienti dall'indagine comparata: Francia, Spagna, Germania e Regno Unito a confronto

Tra le righe di quanto detto sinora emerge un dato che ci pare particolarmente rilevante e che risulta cruciale ai fini della corretta impostazione dell'indagine che si sta qui conducendo: le questioni oggetto di esame non possono essere compiutamente affrontate senza tenere in debita considerazione l'influenza e il ruolo ivi svolto dal diritto sovranazionale. Si è infatti osservato che il tipo di tutela giurisdizionale offerta al privato deve misurarsi e conformarsi al canone della *full jurisdiction*; i procedimenti amministrativi sanzionatori debbono rispettare i canoni del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo; il diritto sostanziale che regola i poteri sanzionatori in ambito bancario e finanziario, definendo i presupposti per l'esercizio del potere da parte delle autorità competenti, è ormai ampiamente plasmato dal diritto dell'Unione europea; l'attuazione in via amministrativa di tale diritto non è più una faccenda puramente interna agli ordinamenti nazionali, ma diviene una questione di interesse comune europeo, se non addirittura, come avviene nel settore bancario, una funzione "europeizzata", affidata alla cura di un sistema amministrativo complesso con al vertice un'istituzione sovranazionale¹⁰⁰.

Tali brevi notazioni, su cui non è possibile indugiare oltre, testimoniano l'ampia convergenza che, nello specifico settore in esame, deve connotare le soluzioni individuate nei singoli ordinamenti nazionali, tanto sul piano sostanziale della definizione delle fattispecie sanzionatorie¹⁰¹, quanto su quello processuale della predisposizione di strumenti giurisdizionali in grado di offrire una tutela piena ed effettiva ai soggetti sanzionati¹⁰².

In relazione a quest'ultimo aspetto si deve peraltro rammentare come, in virtù del ben noto principio dell'autonomia procedurale degli stati¹⁰³, né il diritto-

27.000 euro irrogata dall'Ivass «non è una sanzione penale in senso stretto, perché l'ordinamento non la qualifica come tale, ma ne ha il carattere sostanziale in base alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, e in particolare ai cd criteri *Engel*, elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo».

¹⁰⁰ Con specifico riferimento all'esercizio dei poteri sanzionatori nel quadro del Meccanismo unico di vigilanza, si v. G. LASAGNI, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US experiences*, Springer-Giappichelli, Torino, 2019; nonché S. ALLEGREZZA (a cura di), *The enforcement dimension of the Single Supervisory Mechanism*, Cedam, Padova, 2020, con un'ampia rassegna delle principali esperienze nazionali.

¹⁰¹ Cfr., in particolare, G. LASAGNI-I. RODOPOULOS, *A comparative study on administrative and criminal enforcement of banking supervision at national level*, in S. ALLEGREZZA (a cura di), *The enforcement dimension of the Single Supervisory Mechanism*, cit., p. 582 ss.

¹⁰² Sulla convergenza delle discipline del processo amministrativo a livello europeo, *ex multis*, M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 499; M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative in Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 125; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, pp. 1-33; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional, ¿un cambio de paradigma?*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.

¹⁰³ Come noto, nell'ordinamento comunitario il principio è stato enucleato a partire da Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, *Rewe*, causa 33/76, in cui il giudice sovranazionale ha statuito che «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme

to CEDU, né il diritto dell'UE interferiscano con le preferenze di ciascun ordinamento nazionale in merito all'articolazione interna della giurisdizione, né tantomeno con la scelta di devolvere una determinata lite a una giurisdizione piuttosto di un'altra. Se tuttavia ciascun ordinamento rimane, per un verso, libero di attribuire la cognizione in materia al giudice che ritiene più idoneo in base alle proprie regole interne, per altro verso occorre altresì considerare che, specie nel settore in esame, il diritto sovranazionale impone agli stati un denominatore comune compendiabile nella «indipendenza del decisore, l'efficacia e l'adeguatezza dei suoi poteri, l'effettività della protezione che egli è in grado di garantire»¹⁰⁴.

A fronte di tali considerazioni, particolarmente interessante si rivela allora l'indagine comparata delle soluzioni adottate in alcuni stati europei. In effetti, proprio la presenza di un substrato di regole sostanziali armonizzate e di un parametro di tutela giurisdizionale comune consente di isolare alcune "variabili" che costituiscono espressione delle scelte rimesse ai singoli ordinamenti nazionali. Ai nostri fini, il principale fattore su cui è dato registrare una considerevole divergenza tra gli ordinamenti nazionali esaminati è costituito proprio dall'individuazione del giudice cui è attribuita la cognizione della controversia e dalle regole processuali che ne informano il giudizio. Come si vedrà a breve, maggiori convergenze si registrano, invece, in relazione al tipo e all'intensità di sindacato esercitato in concreto – a prescindere dalle diverse "formule" impiegate a livello nazionale – dagli organi deputati a conoscere delle controversie in materia sanzionatoria.

Da una rapida ricognizione delle principali esperienze nazionali risulta che nella maggior parte dei paesi europei a giurisdizione amministrativa separata (speciale o specializzata¹⁰⁵) la materia è devoluta alla cognizione del giudice amministrativo. Così è, ad esempio, in Francia, Belgio, Grecia, Austria e Spagna, in cui il contenzioso relativo agli atti delle autorità di vigilanza bancaria o finanziaria, ivi compresi i provvedimenti sanzionatori, è attribuito alle corti amministrative. Al pari dell'Italia, la materia risulta invece devoluta alla competenza del giudice ordinario nell'ordinamento tedesco. Nel Regno Unito invece prevale, specie di recente, la tutela offerta dagli *administrative tribunals* sul *judicial review* assicurato dalle corti ordinarie.

Da un'analisi più ravvicinata emerge, peraltro, una grande varietà (e complessità) delle soluzioni individuate da ciascun ordinamento, a testimonianza della difficile collocazione sistematica della sanzione amministrativa irrogata dalle autorità amministrative indipendenti, come atto – cioè – che, per un verso, si presenta come espressione tipica del potere autoritativo di una pubblica

comunitarie aventi efficacia diretta». La letteratura sul punto è amplissima: ci si limita qui a rinviare, *ex multis*, a D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Giappichelli, Torino, 2009; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI-G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, t. I, pt. gen., Giuffrè, Milano, 2007, p. 1031; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Cedam, Padova, 2005, p. 303; nonché, con specifico riferimento alla definizione dell'organizzazione del sistema giurisdizionale, F. GREVISSE-J.C. BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, in AA.VV., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 297.

¹⁰⁴ B. MARCHETTI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 267.

¹⁰⁵ Per questa tassonomia, si rinvia a G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 299 ss.

amministrazione e, per altro verso, per la sua connotazione afflittiva, sollecita l'intervento del giudice custode delle libertà del cittadino, nelle forme tipiche del giudizio civile o penale. Ciò si riflette altresì, come vedremo, sulle tecniche di tutela e sull'oggetto del giudizio: solo raramente di tipo meramente impugnatorio, come avviene ad esempio in Grecia¹⁰⁶; quasi sempre, invece, come un giudizio di merito avente ad oggetto il rapporto sanzionatorio che si instaura tra privato e pubblica amministrazione, e che consente alle corti di annullare il provvedimento impugnato ovvero di riformarlo, specie in relazione alla quantificazione della sanzione.

Nell'avviare tale indagine, particolarmente interessante risulta, anzitutto, l'esperienza francese. Quest'ultima perviene a soluzioni del tutto speculari rispetto a quelle individuate nel nostro paese. Anche in Francia si è registrato, specie in passato, un ampio e vivace dibattito in merito alla natura delle autorità indipendenti e dei poteri da esse esercitati¹⁰⁷; anche oltralpe si è inoltre giunti a considerare le sanzioni pecuniarie irrogate da un'autorità indipendente alla stregua di una decisione di natura amministrativa emessa da una pubblica autorità «*dans le cadre de prérogatives de puissance publique*»¹⁰⁸ per reprimere un comportamento illecito tipizzato dalla legge. In Francia è tuttavia il *Conseil d'Etat* ad aver tradizionalmente rivestito il ruolo di «giudice ordinario delle sanzioni amministrative» e a risultare tuttora, salvo quanto si dirà a breve, il giudice competente a sindacare le sanzioni amministrative irrogate dall'*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* (ACPR) e dall'*Autorité des marchés financiers* (AMF)¹⁰⁹.

Eppure, anche in quell'ordinamento l'individuazione del giudice competente a conoscere della legittimità dei provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti ha seguito traiettorie non sempre lineari e coerenti. L'assetto complessivamente definito dal legislatore francese risulta, non diversamente da quanto avviene nel nostro paese, frammentato e, per certi versi, contraddittorio¹¹⁰. Si ricorderà, del resto, come la Costituzione francese non contenga al-

¹⁰⁶ Art. 64, legge n. 4261/2014, secondo cui «*Decisions of the Bank of Greece issued pursuant to Regulation (EU) No 575/2013, this Law and its regulatory acts shall be subject to a right of appeal before the Supreme Administrative Court*». Sul carattere meramente impugnatorio del giudizio, si v. la decisione del Consiglio di stato greco (ΣΤΕ) n. 4313/2013. In dottrina, A. DAMASKOU-I. RODOPOULOS, *Greece*, in S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰⁷ Per un'ampia ricognizione del dibattito sul punto, M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J., Paris, 2002; J. CHEVALLIER, *Le Statut des Autorités Administratives Indépendantes: harmonisation ou diversification?*, in *Rev. fr. droit admin.*, 2010, p. 897; J. ZILLER, *Les Autorités Administratives Indépendantes, entre droit interne et droit de l'Union européenne*, in *Rev. fr. droit admin.*, 2010, p. 901. Nella dottrina italiana, R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C.FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 165.

¹⁰⁸ Così, in particolare, CC, décision 28 juillet 1989, n° 89-260, in relazione ai poteri sanzionatori dell'allora *Commission des opérations de bourse*; nonché, sempre in materia sanzionatoria, CC, décision 17 janvier 1989, n. 88-248.

¹⁰⁹ Cfr., per l'ACPR e l'AMF, rispettivamente, gli articoli L. 612-16-III e R. 621-45-I del *Code monétaire et financier*, ai sensi dei quali «*Les décisions prononcées par la commission des sanctions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat par les personnes sanctionnées et par le président de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*» e «*Les recours contre les décisions de portée individuelle prises par l'Autorité des marchés financiers relatives aux agréments ou aux sanctions concernant les personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 sont portés devant le Conseil d'Etat, selon les modalités prévues par le code de justice administrative*».

¹¹⁰ L'«*éclatement des compétences juridictionnelles*», in assenza di un chiaro criterio ordinatore di matrice costituzionale, è segnalato criticamente da M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel*,

cuna disposizione specifica in merito alla perimetrazione della giurisdizione del *juge administratif* rispetto a quella del *juge judiciaire* e come, nondimeno, il *Conseil constitutionnel* abbia da tempo ritenuto spettare al giudice amministrativo la cognizione di tutte le controversie in cui vengano in rilievo decisioni assunte nell'esercizio di *prérogatives de puissance publique*¹¹¹. È altrettanto noto peraltro come, a fronte dell'incertezza applicativa che connota tale parametro, la giurisprudenza abbia elaborato il criterio residuale del *droit applicable*, in base al quale l'individuazione della giurisdizione discende dalla natura sostanziale delle regole, di diritto pubblico ovvero di diritto privato, che disciplinano la fattispecie controversa¹¹². E poiché negli ultimi decenni la regolazione pubblica dell'economia ha fatto ampio ricorso alle regole e agli strumenti del diritto comune, il legislatore, ulteriormente confortato dalle pronunce del giudice costituzionale, ha contribuito a un significativo ampliamento della giurisdizione attribuito al *juge judiciaire*¹¹³.

Contrariamente alla tendenza che ha gradualmente portato, nel nostro ordinamento, ad attribuire al giudice amministrativo il ruolo di giudice "naturale" dei mercati regolati¹¹⁴, l'esperienza francese rivela dunque un percorso opposto, in cui al giudice ordinario (e in particolare alla *Cour d'appel* di Parigi) sono state riconosciute, tra le altre, la competenza a conoscere delle sanzioni dell'Autorità della concorrenza¹¹⁵, di alcune decisioni assunte dall'Autorità di regolazione delle telecomunicazioni¹¹⁶, nonché delle sanzioni amministrative irrogate dall'AMF nei confronti di alcuni soggetti sottoposti a vigilanza¹¹⁷. Sebbene la gran parte dei provvedimenti sanzionatori emanati dalle autorità indipendenti francesi continui a ricadere all'interno della giurisdizione del *juge administratif*, si registrano dunque alcune importanti eccezioni alle regole generali del riparto, giustificate in base al fatto che l'autorità in questione è chiamata a dare applicazione a un insieme variegato e composito di regole sostanziali, vuoi di natura sostanzialmente penale, vuoi di matrice civilistica, tale

cit., p. 233 ss. In tema, diffusamente M. BAZEX, *L'implosion du dualisme de juridiction*, in *Pouvoirs*, n. 46/1988.

¹¹¹ CC, décision 23 janvier 1987, n. 86-224, *Conseil de la Concurrence*, ove si stabilisce che «*relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif*». In dottrina, G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, cit., p. 305.

¹¹² Lo mette bene in luce D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 302.

¹¹³ Come segnalato, in particolare, da M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 60. Sul punto, cfr. altresì P. DEVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998.

¹¹⁴ Oppure, per riprendere la formula impiegata da M. CLARICH, *Autorità Indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, come giudice dei «fallimenti del mercato» e dei «fallimenti della regolazione».

¹¹⁵ Loi 20 décembre 1986, che stabilisce «*La décision du conseil peut faire l'objet d'un recours, dans les dix jours suivant sa notification, devant la cour d'appel de Paris qui statue dans les quinze jours de sa saisine*». Si v. oggi anche l'art. L. 464-8 del *Code de commerce*.

¹¹⁶ Art. L. 36-8 del *Code des postes et télécommunications*.

¹¹⁷ Art. L. 621-30 del *Code monétaire et financier*, secondo cui «*L'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles, y compris les sanctions prononcées à leur encontre, relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 est de la compétence du juge judiciaire*». In dottrina, M. COHEN-BRANCHE, *La problématique de la répartition du contentieux entre les deux ordres, au travers de l'exemple de l'Autorité des Marchés financiers*, in *Rev. fr. droit admin.*, 2010, p. 912.

da richiedere, in omaggio al principio di buona amministrazione della giustizia, di «unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé» e, dunque, di «unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique et ainsi à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit»¹¹⁸.

Come in Italia, allora, la giurisdizione in materia di sanzioni amministrative adottate dalle autorità indipendenti risulta parcellizzata tra giudice amministrativo e giudice ordinario secondo criteri discretivi non del tutto perspicui. In Francia, peraltro, la biforcazione delle tutele riguarda tanto gli atti di diverse autorità (gli atti di vigilanza bancaria vs. i provvedimenti *antitrust*), quanto i diversi atti di una medesima autorità, come avviene nelle ipotesi in cui gli atti di vigilanza dell'AMF sono soggetti allo scrutinio del *Conseil d'Etat*, mentre le relative sanzioni, allorché rivolte a specifici soggetti, rientrano nella competenza della *Cour d'appel* di Parigi.

Sul piano del tipo di tutela offerta al soggetto sanzionato, occorre d'altro canto rilevare come l'evoluzione delle tecniche e dell'intensità del sindacato giurisdizionale in materia sanzionatoria sia stata ampiamente condizionata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Così, in particolare, il giudice costituzionale francese ha statuito che «*toute décision infligeant une sanction doit faire l'objet devant le Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction*»¹¹⁹, e non semplicemente di un *recours en annulation*. Come noto, nel diritto francese il *contentieux de pleine juridiction* si caratterizza per la maggiore estensione dei poteri del giudice, il quale può non solo annullare il provvedimento, ma anche riformarlo, sostituendo il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione¹²⁰. Storicamente, esso si costruisce infatti come un giudizio di tipo soggettivo, che non mira semplicemente a rimuovere dall'ordinamento l'atto amministrativo illegittimo, quanto piuttosto a fornire tutela agli amministratori attraverso un giudizio che investe direttamente l'esistenza e la portata dei diritti da questi vantati¹²¹. Oggi, con l'affievolirsi della contrapposizione con il *recours pour excès de pouvoir*¹²², il ricorso di piena giurisdizione continua

¹¹⁸ Cfr. la citata decisione n. 86-224 del *Conseil Constitutionnel* in merito all'attribuzione al giudice ordinario della competenza a giudicare degli atti della *Autorité de la concurrence*, ove si precisa che, in deroga al principio generale della competenza del giudice amministrativo a conoscere degli atti *de puissance publique*, «*lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé*». Sul punto, J. MASSOT, *La répartition du contentieux entre les deux ordres*, in *Rev. fr. droit admin.*, 2010, p. 909.

¹¹⁹ CC, 17 janvier 1989, déc. n° 88-248, cit.

¹²⁰ Come noto, la distinzione tra *recours de légalité* (o *pour excès de pouvoir*) e *recours de pleine juridiction* (o *de pleine contentieux*) è stata originariamente tracciata da E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Berger-Levrault, Paris, 1887. In tema, oggi diffusamente R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, IX ed., L.G.D.J., Paris, 2001. Nella dottrina italiana, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, cit., p. 269 ss.; B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 74.

¹²¹ Specie in passato, per le maggiori analogie con il processo civile, il *contentieux de pleine juridiction* era considerato un «*contentieux des droits*» (cfr., in particolare, J.-M. AUBY-R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, L.G.D.J., Paris, 1975, p. 474).

¹²² Lo segnala, in particolare, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 216.

nondimeno a distinguersi per il potere del giudice di pronunciarsi su tutte le circostanze di fatto e di diritto rilevanti ai fini della definizione della controversia e, dunque, per quello che la Corte edu definisce come il potere del giudice di riformare qualsiasi punto della decisione impugnata, senza doversi ritenere vincolato all'accertamento compiuto in prima battuta dagli organi amministrativi.

In relazione al sindacato sulle sanzioni in esame, l'attribuzione della controversia al *contrôle de pleine juridiction* permette al giudice (amministrativo ovvero ordinario) di annullare la decisione ovvero di modificarla, specie per quanto concerne la sua quantificazione, all'esito di un controllo che, pur prendendo le mosse dall'atto impugnato, investe il rapporto giuridico globalmente considerato¹²³. È peraltro interessante osservare come il potere di sostituzione giudiziale operi generalmente allorché il giudice ritenga che la decisione impugnata sia stata adottata all'esito di un procedimento corretto e completo; viceversa, qualora il procedimento non si sia svolto regolarmente, il giudice tenderà a non sostituirsi all'amministrazione, limitandosi alla sola caducazione dell'atto illegittimo.

Diversamente da quanto avviene nel nostro ordinamento, allora, a un giudizio esteso al rapporto corrisponde nella giurisprudenza francese non solo un sindacato piuttosto penetrante e incisivo sulle valutazioni tecniche dell'autorità di vigilanza, ma anche un vaglio che non trascura di esaminare la legittimità del provvedimento sanzionatorio e, dunque, i suoi vizi formali e sostanziali. In particolare, si deve constatare come il giudice francese non abbia elaborato una tecnica di sindacato diversa per le valutazioni tecniche complesse compiute dalle autorità di regolazione specializzate: il *Conseil d'Etat* non applica, cioè, un «*contrôle restreint*»¹²⁴ rispetto alle scelte tecniche opinabili, ma tende ad indagare piuttosto intensamente la ricostruzione dei fatti effettuata dall'amministrazione, così come la loro qualificazione giuridica¹²⁵. Sotto l'influenza della giurisprudenza euroconvenzionale, il giudice francese ha inoltre progressivamente rafforzato il *contrôle de la proportionnalité* della sanzione¹²⁶, giungendo altresì a vagliarla alla luce del criterio più stringente del *contrôle du bilan*, il quale, come noto, apre le porte a un sindacato particolarmente incisivo sulla correttezza dell'esercizio del potere attraverso un esame comparativo dei costi e dei benefici conseguenti alla scelta dell'amministrazione¹²⁷.

¹²³ R. TINIERE, *La notion de "pleine juridiction" au sens de la CEDH et l'office du juge administratif*, in *Rev. fr. droit admin.*, 2009, 729. In tema, diffusamente M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel*, cit., spec. p. 132 ss.

¹²⁴ Sulla distinzione tra *contrôle restreint* e *contrôle normal*, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, vol. I, XV ed., L.G.D.J., Paris, 2001, p. 1065.

¹²⁵ Sulla tendenza del giudice amministrativo francese a operare un controllo ampio e incisivo sulle sanzioni amministrative, anche sulla spinta del diritto sovranazionale e dell'affermazione di un controllo improntato al criterio del *bilan coûts-avantages*, si v. S. ROSE-ACKERMAN, *Democracy and Executive Power: Policymaking Accountability in the US, the UK, Germany, and France*, Yale Univ. Press, Yale, 2021. In tema, si v. altresì M. GJIDARA, *Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes*, in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2013, str. 265 – 288, secondo il quale «*L'intensité du contrôle juridictionnel atteint son maximum à propos des sanctions de nature professionnelle ou pécuniaire susceptibles d'être prononcées par les AAI*».

¹²⁶ Cfr. la decisione 89-260, 28 luglio 1989 del *Conseil Constitutionnel* che, con riferimento alle sanzioni irrogate dall'allora *Commission des opérations de bourse* (oggi AMF), ha affermato che spetta all'amministrazione e, eventualmente, al giudice di verificare il rispetto della proporzionalità della sanzione. Nella giurisprudenza amministrativa, CE, 15 nov. 2019, n. 428292, relativo a una sanzione irrogata da ACPR per attività di riciclaggio di denaro; nonché CE, 25 oct. 2017, n. 399491; CE, 25 oct. 2017, n. 399493.

¹²⁷ Sul punto, D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 308; G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, cit., p. 330.

Olttralpe, inoltre, tanto il giudice amministrativo quanto quello ordinario, anche a seguito di un consistente contenzioso dinanzi alla Corte di Strasburgo, riconoscono ormai pacificamente la natura sostanzialmente penale delle sanzioni in parola, facendo da ciò discendere tutta una serie di conseguenze in ordine all'applicazione delle garanzie sostanziali, procedurali e processuali sancite dal diritto euroconvenzionale¹²⁸. Così, ad esempio, a seguito della nota sentenza *Dubus*¹²⁹, la Francia ha previsto una vera e propria separazione organica, oltre che funzionale, tra l'organo competente ad effettuare l'istruttoria e quello preposto all'adozione della decisione finale (la *commission des sanctions*). Quest'ultimo è infatti posto in una condizione di indipendenza rispetto all'autorità di vigilanza e adotta il provvedimento sanzionatorio all'esito di una *procédure contradictoire préalable*, di tipo para-giurisdizionale e in pubblica udienza, in cui risulta pienamente assicurato il principio del contraddittorio paritario.

Anche in Spagna, come anticipato, il contenzioso in materia di sanzioni irrogate dalle autorità di regolazione finanziaria (*Banco de España*, per gli istituti di credito, e *Comisión Nacional del Mercado de Valores*, per i mercati finanziari) è stato attribuito al giudice amministrativo e, dunque, in prima battuta alla *Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional*¹³⁰. Anche in tal caso, il giudice amministrativo dispone non solo del potere di annullare l'atto illegittimo, ma anche di modificarlo ovvero di rinviarlo all'autorità affinché questa provveda alla determinazione di una nuova sanzione sulla base delle indicazioni fornitele dal giudice. Pur configurandosi come un giudizio di merito, avente ad oggetto il rapporto sanzionatorio, il giudice comunemente procede alla verifica della legittimità dell'atto anche alla luce dei vizi di natura procedimentale.

D'altro canto, nella giurisprudenza amministrativa spagnola sembra tuttora prevalere un approccio piuttosto deferente rispetto alle valutazioni contenute nei provvedimenti delle autorità di regolazione, anche qualora vengano in considerazione provvedimenti sanzionatori. Se si escludono alcune recenti prese di posizione¹³¹, le corti spagnole tendono invero a non interferire eccessivamente con le scelte tecnico-discrezionali delle autorità di regolazione, arrestando generalmente il proprio sindacato alle soglie del sindacato estrinseco di legittimità¹³².

¹²⁸ In relazione alle sanzioni pecuniarie irrogate dall'allora *Commission bancaire* e dall'allora *Conseil des marchés financiers*, cfr. – rispettivamente – già CE, 29 novembre 1999, *Société Rivioli Exchange* n. 194721 e CE, 3 décembre 1999, *Didier*, n. 207434. In tema, si v. l'efficace sintesi offerta dal dossier tematico elaborato dal Conseil d'Etat, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, 2017. In dottrina, E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 93 ss.

¹²⁹ Corte edu, 11 giugno 2009, caso n. 5242/04, *Dubus S.A. c. Francia*.

¹³⁰ Cfr. art. 22, Real Decreto Legislativo 4/2015, *Ley del Mercado de Valores (TrLMV)*. In tema, J.C. LAGUNA DE PAZ, *Supervisión administrativa del mercado de valores*, in *Rev. española de derecho administr.*, 2018, p. 189; ID., *Derecho Administrativo Económico*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016; B. BELANDO GARÍN (a cura di), *Potestad sancionadora y Mifid II*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2019.

¹³¹ SAN 1106/2019, 5.04.2019, con commento di B. BELANDO GARÍN, *La protección del inversor en las OPAs de exclusión: realidad o ficción*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 145.2019.

¹³² Cfr. D. SARMIENTO, *Spain*, in S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 489, ove si mette in luce come «The review is broad in its scope but (...) the intensity of the review is low and grants a wide margin of technical discretion to the authority under scrutiny, including financial supervisory authorities».

A soluzioni differenti perviene, come abbiamo anticipato, l'ordinamento tedesco. Anche in tal caso, come è noto, la Costituzione non prestabilisce alcun criterio di riparto della competenza tra i diversi plessi in cui si articola la giurisdizione, limitandosi a precisare la regola residuale per cui, in mancanza di diversa indicazione del legislatore, la controversia deve essere incardinata presso l'autorità giurisdizionale ordinaria¹³³. Così se, d'un lato, il VwGO sancisce, al § 40, che la giurisdizione amministrativa è data in tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale, dall'altro, la medesima disposizione consente al legislatore federale di attribuire specifiche tipologie di controversie alla cognizione di altri giudici. In tal senso si attesta, per l'appunto, la scelta del legislatore tedesco di affidare ai tribunali ordinari, accanto ad altre importanti controversie astrattamente riconducibili al contenzioso di diritto pubblico¹³⁴, anche la materia delle sanzioni amministrative irrogate da alcune autorità indipendenti e, per quanto qui maggiormente rileva, dall'autorità di vigilanza finanziaria competente a vigilare sul sistema creditizio e sui mercati finanziari (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, BaFin)¹³⁵. Anche in Germania, dunque, vi è uno sdoppiamento della tutela dei soggetti regolati a seconda del tipo di atto adottato dall'autorità di vigilanza, posto che, come avviene nel nostro paese, la competenza a conoscere della legittimità delle misure di vigilanza, ivi comprese le decisioni ispettive, rimane invece incardinata presso il giudice amministrativo¹³⁶.

Se, tuttavia, per quanto concerne l'individuazione del giudice competente, Italia e Germania pervengono a soluzioni analoghe, si devono tuttavia rilevare alcune importanti differenze in merito al modo in cui è concretamente esercitato il vaglio sulle sanzioni amministrative. Avverso le sanzioni irrogate da BaFin, il soggetto destinatario potrà invero dapprima proporre un'obiezione formale dinanzi alla stessa autorità, a seguito della quale prende avvio un procedimento amministrativo di natura contenziosa connotato dall'ulteriore acquisizione di elementi probatori da parte dell'autorità, in contraddittorio con la parte¹³⁷. All'esito del procedimento di revisione interna, l'autorità potrà ritirare, modificare o confermare la misura sanzionatoria; in quest'ultimo caso, l'amministrazione, tramite l'ufficio della procura, trasmette i fascicoli alla Corte distrettuale

¹³³ Art. 19, abs. 4, GG. In dottrina, ex multis, E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 105 ss.; E. SCHMIDT ASSMANN-L. DE LUCIA-M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 711, ora anche in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 237 ss.

¹³⁴ Anche in Germania, come in Francia, ma diversamente dall'Italia, si registra dunque una tendenza del legislatore ad ampliare l'area della giurisdizione ordinaria a scapito di quella amministrativa. In tema, E. SCHMIDT ASSMANN-L. DE LUCIA-M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa*, cit., p. 240.

¹³⁵ § 59 e ss., KWG.

¹³⁶ È, tuttavia, interessante notare come lo stesso non avvenga in relazione alle decisioni dell'autorità garante della concorrenza (*Bundeskartellamt*), le quali sono tutte sottoposte allo scrutinio del giudice ordinario, ai sensi del § 73, GWB, sebbene secondo norme processuali ampiamente ricalcate sul giudizio amministrativo. Sul punto, cfr. L. AMMANNATI, (a cura di), *La concorrenza in Europa*, Cedam, Padova, 1998 e, con particolare riferimento alla Germania, EAD., *Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un modello consolidato alla prova dei tempi*, ivi, p. 13 ss.

¹³⁷ § 67 e ss. OWiG. In dottrina, K. ELLBOGEN, § 67 OWiG, in W. MITSCH (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, Beck, Munich, 2018.

(*Amtsgericht*) nella cui circoscrizione ha sede l'autorità di vigilanza¹³⁸. Da quel momento, le funzioni dell'autorità amministrativa vengono assunte dall'ufficio del pubblico ministero e il giudizio prosegue secondo le disposizioni del codice di procedura penale, ove non espressamente derogate dalla legge generale in materia di sanzioni amministrative¹³⁹.

In Germania, pertanto, la colorazione penale delle sanzioni amministrative ridonda in un giudizio che differisce tanto da quello posto in essere dal giudice civile italiano, quanto dalle corti amministrative francesi, ricalcando le forme e le garanzie tipiche del processo penale, con ogni conseguenza in termini di ampiezza dell'istruzione probatoria¹⁴⁰ e di garanzia del contraddittorio¹⁴¹. Il giudizio implica, così, un pieno accesso ai profili di fatto e alle valutazioni tecniche complesse effettuate dall'autorità, in relazione alle quali il giudice tedesco dispone di poteri sostitutivi e di merito. Si deve infatti ulteriormente constatare come, in tali ipotesi, diversamente da quanto si registra in materia di concorrenza¹⁴², il legislatore non abbia previsto un'eccezione in via normativa al principio del pieno controllo giurisdizionale in fatto e in diritto sugli atti dell'amministrazione¹⁴³ e come, dunque, il *Kontrolldichte* del giudice delle sanzioni risulti conforme al consueto standard generalmente applicato dalle corti tedesche agli *unbestimmte Rechtsbegriffe*.

Si ricorda, infine, che in Germania lo strumento sanzionatorio è tradizionalmente concepito come l'*extrema ratio* cui ricorrere, in base a un rigoroso giudizio di proporzionalità, solo a seguito della dimostrata incapacità di strumenti meno afflittivi di raggiungere lo scopo prefissato dalla norma. Nel sistema tedesco, a una siffatta considerazione di natura sostanziale corrisponde, allora, sul piano del sindacato giurisdizionale, uno scrutinio particolarmente attento in ordine all'appropriatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto della misura sanzionatoria rispetto al complessivo assetto degli interessi in gioco. La verifica della proporzionalità, come avviene notoriamente nell'ordinamento tedesco, consente allora al giudice di indagare il rapporto complessivo che si instaura tra cittadino e pubblica amministrazione

¹³⁸ Ai sensi dell'art. 1(3) della legge istitutiva di Bafin «*In proceedings under the Act on Breaches of Administrative Regulations (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten), the Supervisory Authority's office is deemed to be in Frankfurt am Main*». Si rammenta come nell'ordinamento giudiziario tedesco l'*Amtsgericht* è la corte di primo grado della giurisdizione ordinaria (*Ordentliche Gerichtsbarkeit*), competente a conoscere la gran parte delle controversie civili e penali.

¹³⁹ § 71, OWiG.

¹⁴⁰ § 77, OWiG, secondo cui «*The court shall determine the scope of the evidence to be taken, notwithstanding the duty to establish the truth ex officio*».

¹⁴¹ §§ 71, 73 e ss., OWiG.

¹⁴² In tal caso 76(5), GWB stabilisce che «*The decision shall also be inadmissible or unfounded if the competition authority has improperly exercised its discretionary powers, in particular if it has exceeded the statutory limits of its discretionary powers or if it has exercised its discretion in a manner violating the purpose and intent of this Act. The evaluation of the general economic situation and trends by the competition authority shall not be subject to review by the court*». In dottrina, cfr. P.J. TETTINGER, *L'ampiezza del controllo giurisdizionale nel diritto amministrativo dell'economia con particolare riguardo alle decisioni delle autorità di regolazione*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, cit., p. 114.

¹⁴³ Sull'intensità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e sui concetti giuridici indeterminati in Germania, si v. la sintesi recentemente offerta da E. SCHMIDT ASSMANN-L. DE LUCIA-M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, cit., 249, nonché, soprattutto, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., *passim*.

e di penetrare all'interno delle valutazioni discrezionali sottese all'azione amministrativa¹⁴⁴.

Da ultimo, merita un breve cenno il sistema di rimedi previsti nell'ordinamento inglese. Qui, evidentemente, non si pone un problema di giurisdizione, posto che, come noto, quel sistema non conosce una vera e propria distinzione tra giudice ordinario e giudice amministrativo¹⁴⁵. Nondimeno, si deve parimenti rilevare come la specialità del controllo sugli atti delle pubbliche amministrazioni riaffiori tanto nella previsione di una procedura di *application for judicial review of administrative action*¹⁴⁶, quanto nel sistema dei rimedi forniti, specie a seguito della riforma del 2007, dagli *administrative tribunals*¹⁴⁷. Per quanto qui più interessa, si può infatti osservare come le sanzioni amministrative emanate dalla *Financial Conduct Authority* (FCA) e dalla *Prudential Regulation Authority* (PRA) possano costituire oggetto tanto di un'*application for judicial review* dinanzi alla *High Court*, nella sua sezione specializzata in questioni amministrative (*Queen's Bench Division – Administrative Court*), quanto di uno *statutory right of appeal* proponibile direttamente dinanzi all'*Upper Tribunal*, nella sezione specializzata della *Tax and Chancery Chamber*.

Anche in tali ipotesi l'accesso diretto al *judicial review* deve ritenersi generalmente precluso allorché sia disponibile per il ricorrente una via rimediabile alternativa. La maggior parte dei ricorsi segue pertanto la via degli *statutory appeals* dinanzi all'*Upper Tribunal*, il quale, a seguito della citata riforma, risulta composto da giudici specializzati nominati dal Lord Chancellor e del tutto indipendenti dalle autorità di regolazione. Le corti ordinarie (nella specie: la *Court of Appeal*) sono tuttavia competenti a conoscere dei ricorsi in appello proposti avverso le decisioni dell'organo contenzioso, sebbene limitatamente ai «*points of law of general importance*» e previa *permission* dell'*Upper tribunal*¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Sulla portata del principio di proporzionalità nell'ordinamento tedesco, cfr., *ex multis*, nella letteratura italiana, D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998; nonché, più di recente, EAD., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2019, p. 903, cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici alla letteratura tedesca sul punto.

¹⁴⁵ In tema, per tutti, S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in Id. (cur.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. I, Giuffrè, Milano, 2003.

¹⁴⁶ Sul punto, R. CARANTA, voce *Judicial Review*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, IX, 3; P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna*, Giappichelli, Torino, 1996; nonché, più recentemente, B. MARCHETTI, *Efficienza amministrativa e protezione del cittadino nella riforma del judicial review inglese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 426.

¹⁴⁷ Sul *Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007, cfr. P. CRAIG, *Administrative Law*, IX ed., Sweet & Maxwell, London, 2021; P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009. La riforma ha suscitato grande interesse anche nella dottrina italiana: si v. in particolare M. MACCHIA, *La riforma degli Administrative Tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 209 ss.; G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 153; R. CARANTA, *Administrative Tribunals e Courts in Inghilterra (e Galles)*, in G. FALCON-B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 37; nonché, *ivi*, M.P. CHITI, *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, p. 49, il quale rileva come gli ultimi sviluppi abbiano determinato «con buona pace degli epigoni di Dicey, l'affermazione di una vera e propria «giustizia amministrativa», pur con tutte le peculiarità britanniche».

¹⁴⁸ *Tribunals, Courts and Enforcement Act*, ch. 2, s. 13. Sul punto, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 98, il quale rileva come le corti si siano autolimitate nel *judicial*

Nel caso *R(Christopher Wilford) v. Financial Services Authority*¹⁴⁹ del 2013, la *Civil Court of Appeal*, pronunciandosi sul ricorso in appello del destinatario di una sanzione pecuniaria della FCA, ha avuto modo di chiarire i rapporti tra i due rimedi e di specificare il contenuto e l'oggetto della tutela assicurata dal *tribunal*. Per la corte, l'avvenuta introduzione di uno «*statutory right to refer the matter to the Upper Tribunal*» consente di ottenere «*a fresh decision by an expert tribunal exercising a judicial function*»¹⁵⁰. Ne consegue che, sebbene separato e distinto dall'autorità di vigilanza, il *tribunal* è nondimeno in grado di assicurare «*a full rehearing of the case*». Sulla base di tale premessa, il giudice inglese ha ritenuto che la prospettazione di un vizio di motivazione della decisione amministrativa non consente l'immediata proposizione di un'*application for judicial review*, dal momento che, sebbene l'*Upper tribunal* non disponga del potere di rimettere la questione all'autorità per ottenere una motivazione più adeguata, esso può nondimeno «*reconsider the whole matter afresh and thus deal with the substance of the allegations*»¹⁵¹.

L'organo contenzioso dispone, in altri termini, del potere di annullare la decisione impugnata ovvero di modificarla all'esito di un riesame *ex novo* e nel merito dei profili di fatto e di diritto della vicenda controversa, in cui il *tribunal*, diversamente dalle corti del *judicial review*, si pronuncia «*standing in the shoes of the decision-maker*»¹⁵². A tale stregua, allora, se per un verso il sindacato giurisdizionale svolto dalle corti del *judicial review* continua a scontare una certa deferenza rispetto alle scelte discrezionali e alle valutazioni complesse compiute dalle amministrazioni esperte¹⁵³, per altro verso la particolare *expertise* settoriale degli organi contenziosi sembra invece generalmente assicurare un sindacato pieno e sostitutivo che si appunta tanto sull'opportunità della misura, quanto – in particolar modo – sulle valutazioni tecnico-discrezionali rimesse all'autorità¹⁵⁴.

review sulle decisioni dei *tribunals*, rispettando la volontà del Parlamento di affidare a organi esperti e settoriali la soluzione di controversie in materie specifiche.

¹⁴⁹ *R (on the application of Christopher Wilford) v. The Financial Services Authority* [2013] EWCA Civ 677, Case No: C1/2012/1551. In commento, cfr. P. REYNOLDS, *Judicial Review almost never possible where there is a statutory right of appeal*, in *ukhumanrightsblog*, June 2013.

¹⁵⁰ *R(Wilford)* (n 250), par. 22, secondo cui «*a remedy by way of judicial review is not to be made available where an alternative remedy exists. (...) Judicial review is a collateral challenge: it is not an appeal. Where Parliament has provided by statute appeal procedures, as in the taxing statutes, it will only be very rarely that the courts will allow the collateral process of judicial review to be used to attack an appealable decision (Re Preston [1985] 1 AC 835)*».

¹⁵¹ *R(Wilford)* (n 250), par 37.

¹⁵² In tema, P. CANE, *Judicial review and Merits Review: comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals*, in S. ROSE-ACKERMANN-P. LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edwar Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, 433.

¹⁵³ Come noto, le corti inglese sono tradizionalmente poco inclini a condurre un sindacato pieno sull'*error of fact*, specie laddove si tratti di autorità dotata di particolare competenza tecnico-specialistica. Sull'evoluzione del *judicial review* sulle *issues of fact*, dalla *unreasonableness* verso la *proportionality*, specie a seguito dell'approvazione dello *Human Rights Act* del 1998, cfr., *ex multis*, P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 622; ID., *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in E. ELLIS (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart, Oxford, 1999; P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 72; G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, cit., p. 328.

¹⁵⁴ In tema, G. LIGUGNANA, *op. cit.*, spec. p. 103 ss., ove si mette ulteriormente in luce come l'organo contenzioso ben potrebbe stabilire che una decisione sia semplicemente sbagliata (*wrong*), trattandosi di una decisione diversa da quella che avrebbe assunto il *tribunal*.

Non diversamente da quanto si riscontra nella nostra giurisprudenza civile, peraltro, il diritto a un riesame completo e di merito della decisione reca con sé una svalutazione delle censure attinenti alla correttezza del procedimento (*procedural fairness*) e, in particolare, del vizio di motivazione delle decisioni sanzionatorie, come emerge in controluce dalla citata pronuncia *R(Christopher Wilford) v. FSA*¹⁵⁵. Rispetto all'attenzione che le corti del *judicial review* accordano al rispetto della *fair procedure* come condizione di validità della decisione amministrativa, le decisioni dei *tribunals* mostrano in effetti di concentrare il proprio vaglio principalmente sulle questioni sostanziali, di fatto e di diritto, su cui si basa la scelta sanzionatoria.

Sul punto, tuttavia, è bene altresì rammentare che, come avviene di frequente nell'ordinamento inglese, il legislatore tende ad anticipare nella fase procedimentale il momento di piena esplicazione delle garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU¹⁵⁶. Così, anche nella materia in esame, alla tendenza a dequotare alcuni vizi procedimentali fa, a ben vedere, da contraltare la previsione di procedimenti sanzionatori di tipo contenzioso e paragiurisdizionale, in cui i fatti e le responsabilità sono accertati in contraddittorio con la parte e la decisione finale è assunta da un organo diverso e separato rispetto all'autorità di regolazione, composto da soggetti esperti che provengono anche dal settore privato dei consumatori e dei servizi finanziari¹⁵⁷.

5. Riflessioni conclusive: il disconoscimento della specialità...e l'ultima (necessaria) *pirouette*

L'indagine comparata restituisce un quadro assai variegato, in cui il comune obiettivo di assicurare la tutela piena della posizione giuridica del soggetto sanzionato trova, in ciascun ordinamento considerato, risposte diversificate e non sempre del tutto coerenti. Al di là delle specificità ordinamentali, si registrano invero soluzioni differenti in ordine alla definizione del giudice competente, all'oggetto del giudizio, al livello di "specializzazione" dell'organo di ricorso, alla presenza o meno di rimedi amministrativi prodromici o alternativi al giudizio delle corti, al riconoscimento delle garanzie tipiche del diritto e del processo penale, all'intensità del sindacato giurisdizionale sulle scelte tecnico-discrezionali dell'amministrazione.

Le vicende di Francia e Germania – non meno di quelle italiane – risultano particolarmente esemplificatrici, oltre che di una certa "instabilità" nei rapporti tra giurisdizioni ordinarie e speciali negli ordinamenti a giurisdizione ammini-

¹⁵⁵ Ove si afferma che «*An appeal in the form of a complete re-hearing has long been recognised as being capable of remedying serious defects in the original procedure*». In tema, diffusamente P. CANE, *Administrative Tribunals*, cit., p. 149 ss.

¹⁵⁶ Sulla fungibilità delle garanzie della *full jurisdiction* tra procedimento e processo, si v. Corte edu, 22 novembre 1995, *Bryan v. UK*, spec. par. 47, in cui si afferma, sebbene non in materia sanzionatoria, ma in relazione ai *civil rights*, che non è necessario che il procedimento giurisdizionale assicuri una *full jurisdiction* se la decisione è stata adottata dall'organo amministrativo attraverso una «*quasi-judicial procedure governed by many of the safeguards required by Article 6*».

¹⁵⁷ Sul funzionamento e la composizione del *Regulatory Decisions Committee* (RDC), nonché sul procedimento sanzionatorio della FCA, cfr. <https://www.fca.org.uk/about/committees/regulatory-decisions-committee-rdc>.

strativa, anche della difficoltà nel dare una precisa configurazione sistematica ai provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti. Ciò si riflette, come visto, nella problematica ricerca del “giudice naturale” di tali atti e nella faticosa definizione di un coerente regime di regole processuali in grado di combinare tanto un sindacato penetrante ed esteso sulla legittimità sostanziale e procedimentale dell’atto, quanto un giudizio pieno sul rapporto.

Al contempo, ci pare che l’analisi comparata confermi quanto precedentemente avanzato in premessa. Ossia che, anche nel settore considerato, l’attribuzione della controversia all’uno o all’altro giudice non appare dirimente ai fini della soddisfazione della garanzia dell’effettività e pienezza della tutela giurisdizionale. Si è constatato, cioè, che non sempre il sindacato del giudice amministrativo realizza un controllo semplicemente *legality-oriented*, né al contrario che il giudice ordinario è invariabilmente in grado di assicurare una tutela *rights-oriented*¹⁵⁸.

Una tutela pienamente satisfattiva del privato sanzionato può essere allora astrattamente offerta tanto dal giudice ordinario, quanto dal giudice amministrativo, e ciò anche a prescindere dal modo in cui ciascun paese organizzi internamente il proprio sistema di tutela giurisdizionale. Ciò che rileva è, piuttosto, il modo in cui la particolarità della materia oggetto del contenzioso e, con essa, la particolare posizione del privato dinanzi all’autorità amministrativa, riceve specifico riconoscimento all’interno delle tecniche di tutela elaborate da ciascun ordinamento. Trova così conferma quanto rilevato in tempi più recenti dalla dottrina comparatistica, ossia che, anche per l’effetto di una maggiore convergenza tra i “grandi sistemi”¹⁵⁹, non è tanto la specialità del giudice, quanto piuttosto il riconoscimento della *specialità* del controllo sull’esercizio del potere amministrativo «che consente di elaborare e di affinare tecniche di sindacato *ad hoc* in funzione di una migliore protezione dell’individuo»¹⁶⁰.

Pur con le problematiche evidenziate, tutte le esperienze nazionali sopra considerate sembrano riconoscere tale specialità e assicurare al destinatario della sanzione una tutela tendenzialmente piena ed effettiva. Se, dunque, in termini generali è dato registrare una persistente difformità tra i paesi europei quanto alle tecniche di sindacato sulle valutazioni amministrative¹⁶¹, nella materia in esame la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembra essere in-

¹⁵⁸ Per un tale ordine di riflessioni, si v. B. MARCHETTI, *Searching for the fundamentals of Administrative Law*, cit., p. 181; EAD., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva*, cit., *passim*. L’irrelevanza dell’assetto monistico o dualistico della giurisdizione rispetto al livello di intensità del sindacato è messa bene in luce altresì da M.P. CHITI, *Monism or Dualism in Administrative Law: A True or a False Dilemma?*, in *La Revue Administrative*, 2000, p. 46; S. CASSESE, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 583.

¹⁵⁹ G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 1 ss.

¹⁶⁰ D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 284. Sulle vicende che hanno portato all’emersione e al riconoscimento della specialità del diritto amministrativo è d’obbligo il rinvio a L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001, spec. p. 343 ss., spec. 369, ove si osserva come «il nucleo delle garanzie si è costruito lungo precisi sentieri di specialità, lontano dai modelli del diritto comune civilistico. Quelle garanzie si sono rivelate congiunte, in modo indissolubile, all’imperatività, all’intrinseca autoritarietà del potere».

¹⁶¹ Lo mette bene in luce A. TRAVI, *Valutazioni dell’amministrazione e valutazioni del giudice*, in G. FALCON (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, p. 175 ss. Sul punto, cfr. altresì A. MOLITERNI, *Streamlining the judicial review of administrative decisions: a comparative institutional approach*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 539.

vece riuscita a produrre una maggiore convergenza in merito al tipo e all'intensità del controllo esercitato dai diversi giudici nazionali.

Così, in Francia e Spagna, il giudizio segue la struttura tipica del contenzioso di piena giurisdizione che consente non solo l'annullamento dell'atto illegittimo, ma anche la sua modifica; inoltre, attraverso il sindacato di proporzionalità o l'esame comparativo *coût-avantages*, il *Conseil d'Etat* francese assicura uno scrutinio piuttosto penetrante e incisivo anche in merito alle valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione; sempre in Francia, è lo stesso giudice amministrativo a dare pieno riconoscimento alle garanzie di matrice penalistica. In Germania, la tutela giurisdizionale offerta dalle corti ordinarie è preceduta da un rimedio amministrativo che consente la revisione nel merito della decisione, e il sindacato del giudice, pur appuntandosi sul rapporto sanzionatorio, non trascura di effettuare il consueto controllo di proporzionalità sull'azione dei pubblici poteri. Anche il Regno Unito, l'ordinamento che tradizionalmente nega(va) la specialità del diritto amministrativo, riconosce la specificità del bisogno di tutela dell'individuo dinanzi all'esercizio del potere sanzionatorio, prevedendo un sistema di rimedi che, per un verso, appare in grado di assicurare una revisione esperta e nel merito della decisione impugnata, senza incontrare un particolare limite nella tecnicità e complessità delle valutazioni dell'autorità e, per altro verso, garantisce ai soggetti destinatari della sanzione una tutela di tipo paragiurisdizionale già all'interno del procedimento amministrativo.

Nel nostro ordinamento, tanto il legislatore, quanto – soprattutto – il giudice ordinario sembrano, invece, continuare a ignorare tale specialità. Muovendo dalla pretesa natura strettamente vincolata dell'attività sanzionatoria, il nostro giudice civile continua a ritenere assorbita all'interno delle norme che disciplinano l'attività amministrativa ogni valutazione relativa al bilanciamento degli interessi e alla specificazione di concetti giuridici indeterminati e, di conseguenza, a mettere in ombra il ruolo di intermediazione tra norma ed effetto svolto dai pubblici poteri ¹⁶².

Ne risulta, come osservato in precedenza, una sottovalutazione della rilevanza tanto del procedimento, quanto del provvedimento: il primo, sulla base dell'assunto per cui, costituendo il giudizio di opposizione la fisiologica prosecuzione del procedimento amministrativo, quest'ultimo sarebbe replicabile *ex novo* dinanzi al giudice; il secondo, in ragione del fatto che, non esercitando l'autorità un potere amministrativo in senso proprio, il provvedimento non esplicherebbe alcun effetto costitutivo, dovendosi al contrario ricondurre l'effetto pregiudizievole della sanzione al semplice operare della norma sanzionatrice. In altre parole, il giudice ordinario appare riluttante a svolgere il proprio controllo secondo le forme tipiche del sindacato sul corretto esercizio del potere, proprio perché nega in radice che, nell'adozione del provvedimento sanzionatorio, l'autorità eserciti un potere amministrativo in senso proprio ¹⁶³.

¹⁶² Come osserva M. RAMAJOLI, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 50, in virtù dell'intervento di specificazione e di integrazione valutativa di clausole generali da parte del potere amministrativo «alla sequenza classica caso/norma/giudice si sostituisce nel diritto amministrativo la diversa e più articolata sequenza caso/norma/amministrazione/giudice».

¹⁶³ Sul punto, si v. F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti*, cit., p. 151 ove si rileva che «quando il giudice ordinario è chiamato a

Ma se non c'è spendita di potere, non c'è nemmeno "eccesso di potere", né vizi dell'atto o del procedimento che di tale eccesso possano ritenersi "sintomo", né – evidentemente – una discrezionalità, amministrativa o "tecnica", da sottoporre a scrutinio nelle consuete forme del sindacato sull'eccesso di potere.

Contrariamente a quanto avviene nelle esperienze nazionali qui considerate e nello stesso ordinamento eurounitario è, in definitiva, proprio il disconoscimento della specialità ad aver nel tempo ostacolato la formazione di tecniche di tutela giurisdizionali in grado di assicurare un controllo adeguato sull'esercizio del potere e, con esso, una tutela effettiva del privato. Seguendo l'insegnamento di autorevole dottrina, si tratta, d'altronde, di riconoscere come «nel caso in cui il potere incide negativamente sul diritto, l'oggetto della controversia riguarda (non la sussistenza e l'intangibilità del diritto, ma) il modo in cui il potere è stato esercitato»¹⁶⁴.

Non deve perciò stupire che siffatta consapevolezza non sia, viceversa, mancata nella giurisprudenza amministrativa relativa alle sanzioni *antitrust* ovvero alle sanzioni, del tutto affini a quelle in esame, irrogate dall'Ivass, ormai una "costola" della Banca d'Italia¹⁶⁵. In tali ipotesi, il nostro giudice amministrativo, al pari di quello francese, ha mostrato non solo di applicare tecniche di sindacato piuttosto penetranti rispetto alle valutazioni poste in essere dalle autorità indipendenti, ma anche di riconoscere la natura sostanzialmente penale delle sanzioni in parola, facendone discendere la piena applicazione delle relative garanzie. Di qui anche la paradossale conseguenza per cui è il giudice amministrativo – e non il giudice "custode delle libertà dei cittadini"¹⁶⁶ – a riconoscere al soggetto sanzionato una serie di tutele che, ritagliate sul sistema di garanzie proprie del diritto penale, contribuiscono a rafforzare la protezione del privato tanto nella fase procedimentale, quanto in quella processuale.

A ben vedere, alla luce di quanto in precedenza osservato, tale anomalia rischia oggi di costituire un problema anche alla luce dell'evidenziata convergenza dei diritti nazionali in materia di vigilanza finanziaria e, soprattutto, della previsione di un sistema accentrato di vigilanza sugli intermediari bancari. Per assicurare il funzionamento efficace e coerente del Meccanismo unico di vigilanza di cui al regolamento (UE) n. 1024/2013, imprescindibile risulta la garanzia della massima uniformità delle regole e del modo in cui esse sono interpretate e applicate, oltre che dalle diverse autorità di vigilanza facenti parte del Meccanismo, anche dalle corti nazionali, in veste di giudici comuni del diritto UE¹⁶⁷. Ed è evidente che nei sistemi amministrativi a rete¹⁶⁸, specie se for-

giudicare il pubblico potere tende a fare un passo indietro ed è proprio da questo passo indietro che nel 1889 è nato il giudice amministrativo per poi diventare il giudice ordinario del pubblico potere in quanto giudice naturale degli interessi legittimi».

¹⁶⁴ F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, cit., p. 856.

¹⁶⁵ Si tratta, del resto, di riconoscere altresì l'inopportunità, oltre alla problematicità, di separare i tre comparti di cui si compone il mercato finanziario a fronte della sempre maggiore integrazione tra servizi bancari, finanziari e assicurativi.

¹⁶⁶ Così, F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864*, cit., p. 677.

¹⁶⁷ Sulla necessità di addivenire a una maggiore armonizzazione dei diritti nazionali in tema di intensità del sindacato giurisdizionale nella prospettiva dell'integrazione europea, cfr. A. TRAVI, *Valutazioni dell'amministrazione e valutazioni del giudice*, cit., p. 181 ss.

¹⁶⁸ Mette in luce tale esigenza con particolare riferimento alla rete europea della concorrenza, R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, 2, p. 354. Sul punto, cfr. altresì R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a

temente integrati, l'esigenza di evitare applicazioni difformi da parte dei giudici nazionali si impone non solo al fine di assicurare i ben noti principi di effettività ed equivalenza (i quali – come è risaputo – costituiscono il principale limite all'autonomia processuale degli Stati membri), ma anche per evitare ingiustificate disparità di trattamento tra i soggetti vigilati all'interno del mercato unico europeo. A fronte del quadro in precedenza delineato, infatti, un istituto di credito sanzionato dalla BCE potrebbe trovare una tutela adeguata dinanzi alle corti europee¹⁶⁹; lo stesso varrebbe per il soggetto destinatario di una sanzione irrogata dall'autorità francese o tedesca, ma non per l'istituto di credito italiano, il quale, avverso la sanzione irrogata dalla Banca d'Italia, si troverebbe a proporre un giudizio di opposizione dinanzi al giudice civile, con tutte le problematicità sin qui evidenziate.

In definitiva, appare ancor più evidente l'anomalia tutta italiana di un giudizio che, oltre a frustrare le esigenze di concentrazione delle tutele e a dare adito a ingiustificate disparità di trattamento, non appare nemmeno in grado di assicurare quella pienezza ed effettività della tutela richiesta dalla Convenzione europea, dalla Carta dei Diritti fondamentali e, ancor prima, dalla stessa Costituzione. Salvo dunque attendere un (invero improbabile) *revirement* della Corte di Cassazione, non resta che auspicare che, al «balletto delle giurisdizioni»¹⁷⁰, il nostro legislatore decida di effettuare una ulteriore (e ultima) *pi-rouette*, riattribuendo la materia in oggetto alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo.

cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, cit., p. 258, ove si sottolinea come, a prescindere dalla qualificazione del controllo come "forte" o "debole", ciò che rileva è «l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito il giudice il compito non di esercitare un potere in materia *antitrust*, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere (...) sia stato correttamente esercitato».

¹⁶⁹ Si è già avuto modo di osservare in altra sede come la prima giurisprudenza delle corti europee in merito ai provvedimenti di vigilanza della BCE evidenzia la volontà del giudice sovranazionale di applicare, anche a tali atti, uno standard di controllo piuttosto incisivo e penetrante, coerente con quello più recentemente sviluppato in relazione ai provvedimenti *antitrust* della Commissione. Tale impressione sembra essere ulteriormente confermata dalla sopra citata pronuncia del Trib. UE, *Crédit agricole SA c. BCE*, in T-576/18, relativa all'annullamento di una sanzione pecuniaria della BCE. Sul punto sia consentito fare rinvio a A. MAGLIARI, *Sindacato sulla discrezionalità e decisioni di vigilanza della BCE*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 83.

¹⁷⁰ L'espressione è, come noto, di M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, cit.

Co-investimento, *Wholesale-only* e “Rete unica”: un’analisi dei nuovi modelli regolatori e di mercato nelle Telecomunicazioni

Co-investment, Wholesale-only, and “Single network”: an analysis of those new regulatory and business models in Telecom markets

di Antonio Manganelli **

ABSTRACT

L’approccio regolatorio della scala degli investimenti ha prodotto una concorrenza effettiva sui mercati dei servizi di telecomunicazione su rete fissa, anche basata sullo sviluppo di parti di rete di accesso alternative a quella dell’operatore storico. Non si è tuttavia giunti a duplicazioni complete della rete di accesso, in ragione di limiti applicativi di tale paradigma teorico e dei nuovi obiettivi di investimento in reti di accesso in fibra, anche da parte dello stesso operatore storico. Negli anni recenti, l’intervento pubblico si è infatti focalizzato su risultati di politica industriale per una maggiore performance ed estensione delle reti, sia attraverso interventi diretti di supporto finanziario sia indirettamente, per mezzo dell’aggiornamento del quadro regolatorio di settore e dei suoi obiettivi. Sono stati quindi introdotti dal Codice europeo del 2018 nuovi strumenti e modelli regolatori, fra cui il co-investimento aperto, per incentivare la costruzione di nuove reti, ed il modello *wholesale-only*, in applicazione del principio di proporzionalità della regolazione. Nonostante i piani di finanziamento pubblico, l’ingresso di un nuovo operatore di rete *wholesale-only* ed il nuovo quadro regolatorio, il mercato italiano presenta tuttavia ritardi comparati nel raggiungimento degli obiettivi europei di costruzione di reti ad altissima velocità. Peraltro, la regolazione in Italia è sottoposta a rilevanti *trade-off*, anche in ragione della estensione a livello nazionale del modello *wholesale-only*, ponendosi esso – in questa forma – in discontinuità con il paradigma della scala degli investimenti e della sua possibile evoluzione cooperativa (il co-investimento). In questo contesto, il dibattito di policy nazionale da anni sta ruotando attorno alla possibilità di un consolidamento dei due principali operatori di rete ed anche di una possibile inversione del processo di privatizzazione. Questa evoluzione, anche in uno scenario di separazione verticale dell’operatore storico, può tuttavia incontrare seri ostacoli posti dalla disciplina sulle concentrazioni. Un modello basato su una estensione e rafforzamento del co-investimento, su cui convergano elementi del modello *wholesale-only*, potrebbe invece trovare un maggiore equilibrio fra le istanze della regolazione e quelle di politica industriale, con minori rischi distorsivi delle dinamiche di mercato, ma con un analogo perse-

** Professore straordinario di antitrust e regolazione, Dipartimento di giurisprudenza, Università LUMSA.

guimento degli interessi pubblici alla base del desiderato consolidamento del mercato *upstream* in una “rete unica”.

The ladder of investments approach has introduced an effective competition in the fixed telecom markets by incentivising a growing infrastructure-based competition between alternative operators and the incumbent. However, this process did not lead to an extensive duplication of access network, due to the operative limitations of that theoretical paradigm and new policy objectives related to the construction of a fibre network. Indeed, public intervention has increasingly focused on industrial policy objectives, i.e. higher performance and extension of the new networks, by means of both direct financial support and an update of regulatory tools and objectives. As for the latter, new market models have been incorporated into the 2018 European Code, namely open co-investment, to provide incentives for the deployment of the new networks, and the wholesale-only model, in application of the proportionality principle applied to regulation. Despite the public funds, the start-up of a new wholesale-only network operator and the new regulatory framework, the Italian sector is experiencing delays in pursuing the European objectives as far as the deployment of very high-capacity networks is concerned. Moreover, the regulatory framework has been subject to significant trade-offs, also due to an extension of the wholesale-only model at national level, which created a discontinuity with the ladder of investments approach and its possible cooperative evolution (i.e., co-investments). In this context, for the last few years, the national policy debate has been revolving around the possibility of a merger between the two main network operators, possibly also reversing the privatisation process. This evolution, even in a scenario of vertical separation of the incumbent, may however encounter untrivial obstacles from EU (and national) merger rules. Instead, a new convergent model, in-between co-investment and wholesale-only, might find a better balance between regulation and industrial policy, also reducing risks of market disruption and pursuing those public interest objectives underlying the policy vision of a consolidated “single network”.

SOMMARIO: 1. Introduzione: lo sviluppo della concorrenza nelle Telecomunicazioni. – 1.1. La regolazione dell'accesso e la “scala degli investimenti”. – 1.2. Problemi attuativi dell'approccio teorico e declinazione geografica degli investimenti. – 1.3. La “scala corta” e lo sviluppo delle reti di nuova generazione. – 2. L'evoluzione degli obiettivi e degli strumenti regolatori. – 2.1. Il progressivo maggior peso della promozione degli investimenti ed il rapporto con la concorrenza. – 2.2. Il complesso bilanciamento fra obiettivi alla base dei nuovi modelli di mercato e regolatori. – 3. Il modello di Co-investimento. – 3.1. Le ragioni economiche, la ratio regolatoria e l'impatto sulle dinamiche concorrenziali. – 3.2. La disciplina regolamentare del coinvestimento nel CECE e nelle linee Guida BEREC. – 4. Il modello *Wholesale-only*. – 4.1. Le ragioni economiche e di politica industriale del modello *Whole-sale-only*. – 4.2. Le diverse implementazioni del modello ed il loro diverso impatto. – 5. Il contesto di mercato e regolatorio italiano. – 5.1. Il ritardo infrastrutturale, il piano “BUL aree bianche” e l'operatore *Wholesale-only*. – 5.2. Il piano “Italia a 1 Giga” ed il progetto di Co-investimento aperto. – 5.3. La sovrapposizione di vari modelli di mercato e di intervento pubblico. – 6. “Rete unica”: modello per l'evoluzione dello scenario nazionale? – 6.1. Un approccio di politica industriale. – 6.2. La separazione verticale come rimedio regolatorio, strategia aziendale o rimedio anti-trust? – 6.3. Un modello alternativo “convergente”: fra politica industriale e regolazione, fra *wholesale-only* e co-investimento.

1. Introduzione: lo sviluppo della concorrenza nelle Telecomunicazioni

1.1. La regolazione dell'accesso e la “scala degli investimenti”

L'evoluzione tecnologica ha avuto un rilevante impatto sulla struttura dei

costi delle imprese di telefonia fissa, modificando progressivamente il paradigma teorico del monopolio naturale¹. Questo ha garantito la sostenibilità economica dei processi di liberalizzazione dei mercati ed al contempo il mantenimento dell'universalità del servizio².

Accanto alla rimozione delle barriere legali all'ingresso di nuovi operatori (liberalizzazione formale), la liberalizzazione ha acquisito carattere sostanziale attraverso l'introduzione di un quadro regolatorio pro-concorrenziale, che aveva il fine di controbilanciare il potere di mercato dell'incumbent ex monopolista, imponendogli obblighi di accesso alla sua infrastruttura. La conseguente eliminazione (o meglio riduzione) delle barriere tecniche ed economiche all'ingresso di nuovi operatori ha così prodotto una liberalizzazione sostanziale dei mercati, introducendo quindi una concorrenza economicamente sostenibile nel lungo periodo.

Il quadro normativo pro-concorrenziale di settore del 2002³ ha introdotto una regolazione convergente con la tutela della concorrenza, non solo per quanto concerne la definizione degli obiettivi pro-concorrenziali, ma anche nella definizione dei principi, degli strumenti e potenzialmente degli effetti sul mercato⁴. È infatti previsto l'uso da parte dell'Autorità nazionale di regolazione (ANR) dei concetti antitrust di mercato rilevante, posizione dominante, e *leveraging* del potere di mercato. È inoltre previsto che solo quando un operatore sia designato come detentore di un significativo potere di mercato (SPM) in uno specifico mercato rilevante – concetto equivalente ad una posizione dominante antitrust – la ANR possa imporre, in funzione delle circostanze, obblighi regolatori pro-concorrenziali⁵. Infine, tali obblighi (e.g., accesso ed interconnessione, controllo dei prezzi, trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, separazione verticale), esplicitamente individuati dal quadro

¹ Per monopolio naturale si intendono quelle situazioni di mercato in cui, per ragioni puramente tecnologiche, un monopolio è più efficiente in termini di costi rispetto alla produzione multi-impresa. In una industria con un singolo prodotto, le economie di scala sono una condizione sufficiente (ma non necessaria) per avere un monopolio naturale, mentre in un'industria multi-prodotto, come le telecomunicazioni, la condizione sufficiente per un monopolio naturale è data dal concetto di sub-additività della funzione di costo. Ciò significa che indipendentemente dalla combinazione di output desiderati scelta, è più economico per una singola impresa produrre quella combinazione.

² La liberalizzazione formale dei mercati delle comunicazioni elettroniche è stata implementata attraverso un primo gruppo di direttive ai sensi dell'art. 106, par. 3, TFEU, che hanno progressivamente specificato l'impossibilità per gli Stati membri di concedere e mantenere diritti speciali ed esclusivi nel settore: le Direttive Terminali 1988/301/CE, Servizi 1990/388/CE; Comunicazioni satellitari 1994/46/CE, Servizi di fonia mobile 1996/2/CE, Comunicazioni via cavo 1995/51/CE e infine la così detta Direttiva *Full Competition* 1996/19/CE che ha eroso il fondamentale elemento monopolistico, aprendo alla concorrenza anche il mercato dei servizi di fonia vocale su rete fissa.

³ L'atto principale del "nuovo" quadro regolatorio era la Direttiva 2002/21/CE di definizione di un quadro normativo armonizzato per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (Direttiva quadro), poi sostituita dal Codice europeo delle Comunicazioni elettroniche (CECE), Direttiva 2018/1972/UE.

⁴ Cfr. A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013; F. DI PORTO, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, n. 6, p. 947; G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *Competition Law Review*, 2008, n. 2, p. 123; A. DE STREEL, *Anti-trust and Sector-Specific Regulation in the European Union: The Case of Electronic Communications*, in R. DEWENTER-J. HAUCAP (eds.), *Access Pricing: Theory and Practice*, Emerald Group, 2008, p. 327.

⁵ Art. 68 CECE.

regolatorio⁶, corrispondono ai tipici rimedi antitrust in casi di abuso di posizione dominante.

La dimensione pro-concorrenziale della regolazione di settore è definita non solo dal fine, ma anche dalla necessaria proporzionalità dell'azione regolatoria; infatti «conformemente al principio di proporzionalità, un'autorità nazionale di regolamentazione sceglie il modo meno intrusivo di affrontare i problemi individuati nell'analisi del mercato»⁷. In altri termini, le ANR «impongono obblighi regolamentari *ex ante* unicamente nella misura necessaria a garantire una concorrenza effettiva e sostenibile nell'interesse dell'utente finale e li attenuano o revocano non appena sia soddisfatta tale condizione»⁸.

Il quadro normativo pro-concorrenziale del 2002 era inoltre caratterizzato da un generale *favor* per lo sviluppo di una concorrenza basata sulle infrastrutture (*infrastructure-based competition* o *facility-based competition*), ovvero una concorrenza nel mercato a valle *retail* dei consumatori finali fra soggetti integrati verticalmente. Tale assetto era considerato maggiormente efficace e sostenibile nel lungo termine, in ragione della maggiore differenziazione dei servizi e delle dinamiche di investimento. Una concorrenza fra imprese verticalmente integrate era ovviamente basata su un completo superamento del paradigma di monopolio naturale, ovvero sulla possibilità tecnico-economica e sulla desiderabilità di una duplicazione delle infrastrutture.

Tuttavia, nonostante la concorrenza fra infrastrutture alternative fosse considerata economicamente sostenibile e vista come il risultato ottimale del processo di liberalizzazione, era ritenuto irrealistico che nuovi operatori fossero in grado nel breve periodo di costruire nuove reti concorrenti a quella dell'ex monopolista storico⁹.

A questo riguardo, la posizione comune del Gruppo dei regolatori europei (ERG) del 2004, chiariva come «due to the high risk involved in investments with a high share of sunk costs, alternative operators are likely to follow a step-by-step approach, continuously expanding their customer base and infrastructure investments. The initial availability of the incumbent's infrastructure at low prices will make it easier for alternative operators to enter the market and develop a customer base. Equipped with a customer base, uncertainty is considerably reduced, and the operator may then be ready to take further investments.»¹⁰

L'obiettivo regolatorio di breve periodo era quindi quello di rendere per gli operatori alternativi nuovi entranti relativamente facile e poco costoso accedere alla rete dell'operatore storico e sviluppare rapidamente una concorrenza basata sui servizi (*service-based competition*). Questo avrebbe consentito loro di sviluppare gradualmente una base di clienti ed una scala minima che fungesse da " trampolino di lancio " (*stepping stone*) per pianificare lo sviluppo di una propria rete alternativa ed una concorrenza infrastrutturale. Una volta raggiunto un consolidamento dei nuovi operatori nel mercato, questa assi-

⁶ Art. 69 ss. CECE.

⁷ Art 68. CECE.

⁸ Art. 3, comma 4, lett. f), CECE.

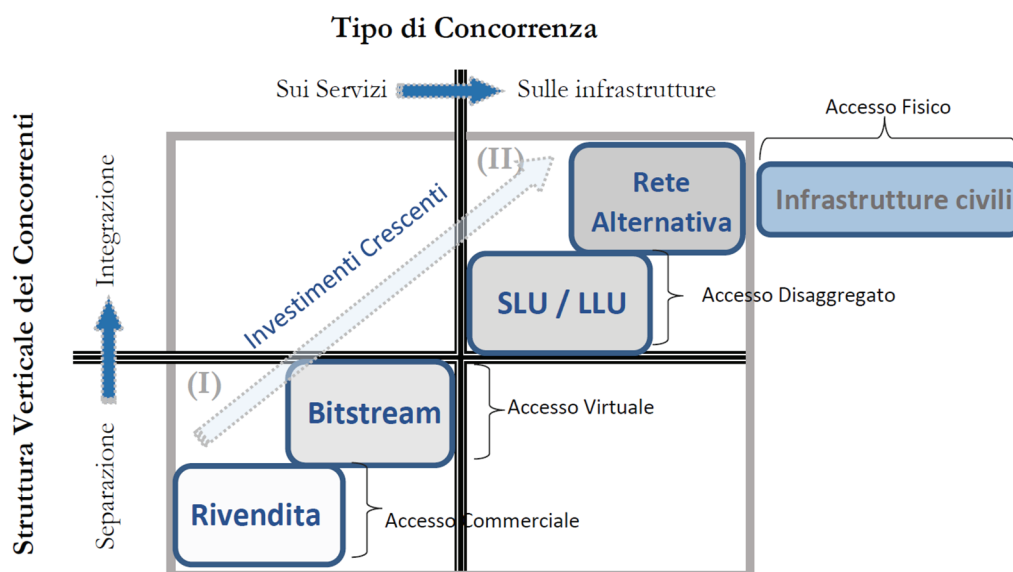
⁹ Il contesto è completamente diverso in quei mercati nazionali (es Europa continentale) dove si è sviluppata la TV via cavo, che, con il progresso tecnologico e la convergenza multimediale, è divenuta una infrastruttura alternativa per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica.

¹⁰ European Regulators Group (2004) ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework. ERG (03) 30rev1.

stenza all'ingresso sarebbe dovuta progressivamente diminuire lungo la scala, attraverso una rimodulazione degli obblighi e dei prezzi di accesso, ad esempio introducendo una *sunset clause* (ovvero un termine temporale dell'obbligo di concedere accesso) oppure una tariffa di accesso crescente nel tempo. La rimodulazione dell'obbligo di accesso avrebbe così neutralizzato l'effetto 'sostituzione' per i nuovi concorrenti, ovvero il costo opportunità (disincentivo) ad investire per creare le proprie infrastrutture (*make*), rispetto ad un prolungato acquisto di servizi di accesso dall'incumbent (*buy*)¹¹.

Questo modello regolatorio mirava quindi a bilanciare gli effetti positivi di breve termine di una concorrenza a valle sui servizi, e quelli di lungo termine degli investimenti in innovazione, inquadrando in una evoluzione temporale la tensione tra i guadagni di efficienza allocativa della concorrenza e quelli di efficienza dinamica derivanti dell'innovazione e dagli investimenti. Questo approccio regolatorio ha preso il nome di "scala degli investimenti" (*ladder of investments*). Questa locuzione fa riferimento al processo di graduale infrastrutturazione degli operatori alternativi, rappresenta metaforicamente come un'ascesa su una scala in cui ogni gradino rappresenta una diversa opzione di accesso alla rete dell'incumbent (resa disponibile dalla regolazione), corrispondente ad un livello crescente di investimenti: dalla semplice rivendita di servizi (infrastrutturazione minima), passando per l'accesso disaggregato alla rete locale (*local loop unbundling*, LLU), sino allo sviluppo di una rete proprietaria alternativa¹² (figura 1).

Figura 1 – La scala degli investimenti



¹¹ P.G. KLEIN, *The Make-or-Buy Decision: Lessons from Empirical Studies*, in *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, Boston, 2005.

¹² M. CAVE, *Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment*, in *Telecommunications Policy*, vol. 30, 2006, n. 4, pp. 223-237.

1.2. Problemi attuativi dell'approccio teorico e declinazione geografica degli investimenti

Nell'approccio della "scala degli investimenti", la regolazione pro-concorrenziale dell'accesso è chiamata a facilitare l'ingresso dei nuovi entranti, attraverso un'assistenza transitoria all'ingresso, e ad incentivare una graduale evoluzione nel *continuum* fra una concorrenza basata sui servizi ad una concorrenza basata sulle infrastrutture. Tuttavia, nella pratica regolatoria, diversamente dall'approccio teorico, le ANR europee, inclusa AGCOM in Italia, hanno favorito l'ingresso simultaneo a ciascun livello della scala (*splintering*) e per ogni tipo di tecnologia, con regole e incentivi tendenzialmente neutri. Questo diverso approccio è stato realizzato sia in ragione del principio di neutralità tecnologia¹³ sia (soprattutto) per evidenti problemi attuativi dell'approccio teorico.

In effetti, per realizzare l'approccio teorico della scala degli investimenti nella sua completezza, le ANR avrebbero dovuto avere costante accesso alle informazioni necessarie per micro-gestire gli obblighi ed i prezzi di accesso e, con essi, l'evoluzione del mercato, della infrastrutturazione verticale dei concorrenti ed, infine, del tipo di concorrenza¹⁴. In particolare, il regolatore avrebbe dovuto avere informazioni estremamente dettagliate e sofisticate per neutralizzare l'effetto sostituzione, ovvero il prezzo di riserva ed il costo marginale dei servizi di accesso per ogni operatore e per ogni livello della sua domanda¹⁵. Questo tipo di informazione non è ovviamente nelle disponibilità di un'autorità pubblica, e probabilmente neanche degli stessi attori di mercato. Peraltro, anche assumendo informazioni e competenze perfette dal lato regolamentare, non sarebbe semplice risolvere il problema dall'effettiva dinamica di ingresso dei concorrenti. Infatti, un ingresso sequenziale di concorrenti e in diversi livelli della scala, come quello cui si è assistito in realtà, pone un complesso problema di coerenza temporale. Al fine di preservare, da un lato, l'incentivo a superare l'effetto di sostituzione per alcuni concorrenti e creare, dall'altro lato, il trampolino di lancio per altri (fornendo così a tutti i concorrenti le stesse condizioni di accesso), le tariffe di accesso avrebbero dovuto variare non solo per ogni livello di accesso in funzione di un tempo oggettivo (riferito in modo endogeno alla stessa regolazione), ma in funzione soggettiva della storia di ingresso di ogni singolo operatore¹⁶. Si sarebbe tuttavia così venuta a creare una complessità difficilmente gestibile a livello attuativo.

In ragione dei problemi applicativi del modello, le ANR europee, con pochissime eccezioni, non hanno adottato un meccanismo chiaro per neutralizzare l'effetto di sostituzione. La regolazione dell'accesso, infatti, non ha mai

¹³ Un principio fondamentale della regolamentazione a favore della concorrenza in Europa era la cosiddetta neutralità tecnologica, secondo la quale «l'autorità nazionale di regolamentazione o altra autorità competente non dovrebbe né imporre né discriminare a favore dell'uso di un particolare tipo di tecnologia». Questo principio nel CECE è recessivo e condizionato al conseguimento degli obiettivi generali, *in primis* lo sviluppo di reti ad altissima capacità.

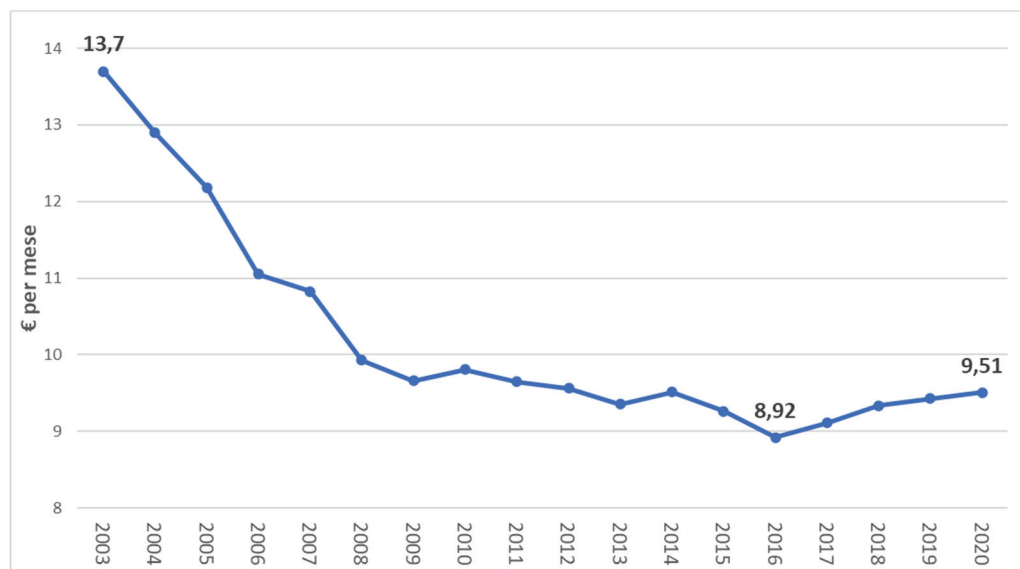
¹⁴ A. ODALE-J. PADILLA, *From state monopoly to the "investment ladder": competition policy and the NRF, LECG Europe*, in *The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets*, Swedish Competition Authority, 2004, pp. 51-77.

¹⁵ M. BOURREAU-P. DOAN-M. MANANT, *A Critical Review of the "Ladder Investment" Approach*, *Telecommunications Policy*, vol. 34, n. 11, 2010, pp. 683-696.

¹⁶ A. AVENALI-G. MATTEUCCI-P. REVERBERI, *Dynamic access pricing and investment in alternative infrastructures*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 28, n. 2, 2010, pp. 167-175.

subito variazioni di sostanza e le tariffe di accesso sono quasi sempre diminuite nel tempo (come mostrato nella figura 2 seguente¹⁷), anche a causa della crescente efficienza produttiva (ovvero di costo) degli *incumbent* indotta anche dalla regolazione incentivante (*incentive-based regulation*)¹⁸.

Figura 2 – Evoluzione del prezzo di accesso ULL, media UE 2003 – 2020



Fonte: Elaborazione su dati da Cullen International (2021) e Commissione Europea (2020) Digital scoreboard.

Conseguentemente, l'ascesa dei nuovi entranti sui diversi gradini della "scala degli investimenti" non si è basata sugli incentivi forniti dal regolatore, se non per l'assistenza iniziale all'ingresso, ma su dinamiche di mercato "fisiologiche". L'incentivo di mercato ad una progressiva infrastrutturazione degli operatori alternativi è correlato alla crescita e diversificazione della domanda e quindi alle quote di mercato e di ricavi appropriabili da parte di un concorrente che avesse investito e si fosse posto nella condizione di offrire servizi innovativi e qualitativamente diversi o migliori rispetto a quelli dell'ex monopolista. Il progressivo affrancamento di un operatore alternativo dall'uso della rete dell'incumbent conferisce, inoltre, una migliore capacità competitiva, anche attraverso una maggiore differenziazione qualitativa e di prezzo dei servizi.

Gli incentivi di mercato alla differenziazione degli investimenti ed alla concorrenza nel *continuum* tra servizi e infrastrutture non hanno avuto luogo solo su una dimensione temporale, ma anche, principalmente, a livello geografico, in ragione delle diverse caratteristiche economiche delle diverse aree geografiche. Come in quasi tutte le industrie a rete tradizionali, i costi di costruzione

¹⁷ L'aumento del prezzo di accesso dal 2016 riflette (come vedremo in seguito) la dinamica di costruzione delle nuove reti in fibra, ovvero l'interazione fra i prezzi di accesso della rete in rame e quello della rete in fibra, per il perseguimento degli obiettivi di promozione della concorrenza e di incentivo agli investimenti.

¹⁸ Il prezzo di accesso è considerato uno strumento fondamentale anche per migliorare l'efficienza produttiva dell'operatore storico. Fondamentalmente, attraverso alcuni meccanismi come il *price-cap*, le Autorità di regolazione si impegnano ad allocare a favore del proprietario dell'infrastruttura (parte dei) profitti aggiuntivi derivanti da una riduzione dei costi di produzione, ovvero dei suoi guadagni in termini di efficienza produttiva, creando così un incentivo per gli operatori storici a ridurre i costi di produzione e a diventare più efficienti.

delle reti di telecomunicazione variano profondamente in funzione dell'orografia del territorio e della geografia della domanda e, con esse, delle economie di scala e densità conseguibili. Allorché le dinamiche di liberalizzazione e la regolazione pro-concorrenziale dell'accesso lo hanno reso possibile, l'ingresso competitivo è avvenuto nelle diverse aree geografiche e/o segmenti di mercato maggiormente profittevoli, secondo la classica dinamica commerciale del *cherry picking*, associata ad una differenziazione del tipo di concorrenza e del livello di investimento.

Ogni mercato nazionale europeo ha assistito ad una differenziazione geografica degli investimenti e del tipo di concorrenza da parte di operatori alternativi, fra gli estremi di (a) aree con un'infrastruttura di monopolio dell'incumbent, con semplice rivendita o nessuna concorrenza a valle, e (b) aree con più infrastrutture alternative *end-to-end* concorrenti. In particolare, in quest'ultima categoria, si sono verificate dinamiche *leader-follower* molto diverse sugli investimenti nella rete di accesso: in alcuni casi, gli investimenti sono stati guidati da nuovi operatori, in altri gli investimenti sono stati indotti dagli operatori storici.

Sulla spinta di questa evoluzione, il quadro europeo ha consentito alle ANR di definire sia mercati rilevanti geografici di livello subnazionale, sia una differenziazione dei rimedi imposti all'impresa con significativo potere di mercato, alla luce della diversa intensità dei vincoli della concorrenza all'interno di uno stesso mercato geografico. La teoria economica alla base della regolazione differenziata geograficamente è la stessa alla base della scala degli investimenti: una regolazione ottimale comporta una differenziazione dei prezzi di accesso in base ai livelli locali di concorrenza fra le infrastrutture, attuale o potenziale¹⁹. Quindi anche una regolazione differenziata geograficamente migliora il bilanciamento tra efficienza statica (concorrenza) ed efficienza dinamica (incentivi agli investimenti) come in una "scacchiera di investimenti"²⁰.

1.3. La "scala corta" e lo sviluppo delle reti di nuova generazione

L'approccio della scala degli investimenti è orientato ad intensificare la concorrenza a valle attraverso un'incentivazione al cambiamento della struttura verticale dei nuovi entranti concorrenti dell'incumbent, verso una progressiva integrazione verticale. Salendo i gradini della scala, i nuovi entranti si muovono in diagonale nella tassonomia della figura 1, dal quadrante I (concorrenza sui servizi e separazione verticale) al quadrante II (concorrenza infrastrutturale ed integrazione verticale). L'approccio della "scala degli investimenti" è dunque basato su una correlazione tra il tipo (e l'intensità) della concorrenza e la struttura verticale dei concorrenti dell'incumbent.

Come descritto nella precedente sezione, la promozione di una concorrenza fra operatori sempre più verticalmente integrati è basata su:

- 1) la regolazione dell'accesso all'infrastruttura dell'operatore storico;
- 2) la modulazione della regolazione, a livello temporale e geografico;

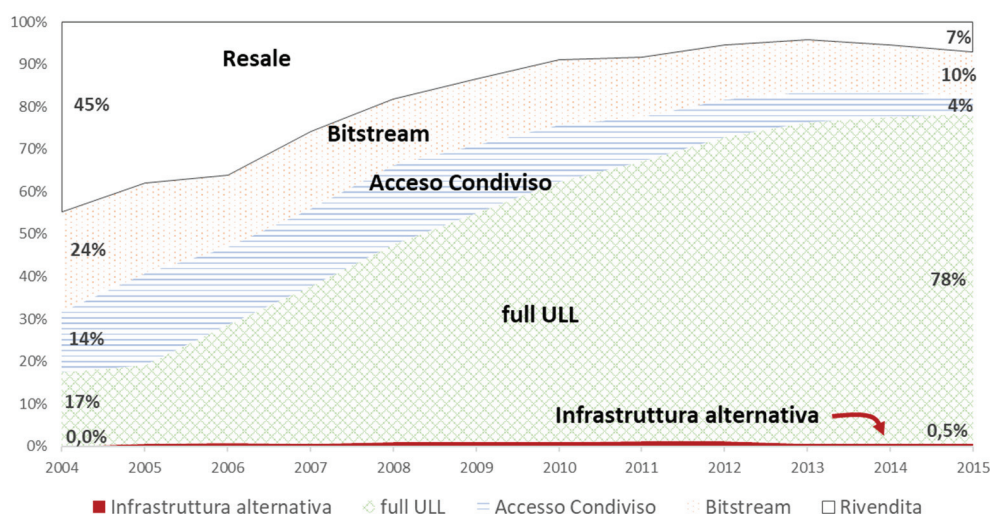
¹⁹ M. BOURREAU-C. CAMBINI-S. HOERNIG, *Geographical Access Markets and Investments in Next Generation Networks, Information Economics and Policy*, vol. 31, 2015, pp. 13-21.

²⁰ Cfr. A. MANGANELLI-A. NICITA, *The Governance of Telecom Markets*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020.

3) la gradualità degli investimenti, guidati dalla domanda, a livello temporale, ma soprattutto a livello geografico.

Anche in ragione dei problemi attuativi e della mancanza di misure regolamentari chiare e diffuse per controbilanciare l'effetto sostituzione, l'approccio della 'scala degli investimenti' ha funzionato parzialmente, solo nella "scala corta" (*short ladder*)²¹. In altre parole, l'infrastrutturazione degli operatori alternativi è giunta estensivamente sino alla disaggregazione della rete di accesso (LLU/ SLU) differenziata a livello geografico in accordo con la domanda.

Figura 3 – Percentuale di tipo di accesso per i nuovi entranti in UE, 2004-2015²²



Su queste basi, l'ulteriore innovazione tecnologica ed in particolare lo sviluppo delle reti di accesso di nuova generazione in fibra ottica (*fiber to the cabinet*, FTTC o *fiber to the home*, FTTH) e il conseguente sviluppo dei servizi digitali a banda ultra-larga hanno cambiato nuovamente lo scenario economico, commerciale e di politica industriale nei mercati delle telecomunicazioni. Nel dibattito politico e pubblico, le considerazioni sulla tecnologia, sulla competitività dei mercati nazionali e del mercato unico europeo hanno iniziato a diventare predominanti, focalizzandosi sempre più su questioni di politica industriale, come appunto il passaggio dal rame alla fibra e lo sviluppo estensivo di asset tecnologici a prova di futuro, piuttosto che (solamente) sulla regolazione dei fallimenti del mercato.

L'UE e gli Stati membri hanno progressivamente adottato politiche industriali per le nuove reti, fissando obiettivi di connettività (copertura e performance) che implicavano una costruzione sempre più estesa (a livello di aree geografiche) e capillare (verso l'utente finale) delle nuove reti. A livello europeo, le comunicazioni inerenti (i) l'Agenda Digitale per l'Europa 2010 (DAE)²³,

²¹ M. BACACHE-M. BOURREAU-G. GAUDIN, *Dynamic Entry and Investment in New Infrastructures: Empirical evidence from the Fixed Broadband Industry*, in *Review of Industrial Organization*, 2014, vol. 44, pp.179-209.

²² Elaborazione su dati da Communications Committee Working Document: *Broadband access in the EU* – COCOM, 2014 14-03 e European Commission Digital scoreboard, 2016.

²³ European Commission, *Communication on A Digital Agenda for Europe*, COM 2010/0245.

(ii) la Gigabit Society (GS) 2016²⁴ e per ultimo, (iii) il Digital Compass (DC) 2021²⁵ hanno posto obiettivi sempre più sfidanti. Questi obiettivi sono stati perseguiti in modo differenziato, nei singoli paesi e nel tempo, attraverso: (a) interventi pubblici diretti, in genere nella forma di sussidi pubblici per la costruzione di infrastrutture di rete²⁶ e (b) una progressiva evoluzione del quadro regolatorio, che – come vedremo in dettaglio nel prossimo paragrafo – ha reso esplicito e molto più complesso il *trade-off* fra concorrenza ed investimenti.

Con riguardo all'evoluzione della regolazione, gli obiettivi "verticali" di investimento di un nuovo concorrente che sale progressivamente la scala degli investimenti per sviluppare una concorrenza basata sulle infrastrutture, hanno iniziato a confrontarsi apertamente con un obiettivo "orizzontale" di transizione per l'incumbent dalla rete di accesso *legacy* in rame a quella di prossima generazione in fibra ottica. Ciò ha creato e tuttora crea forti interdipendenze tra gli operatori, rendendo molto più difficile per le ANR stabilire i prezzi di accesso (potenzialmente da differenziare anche per il diverso tipo di rete) al fine di fornire i giusti incentivi per investire, sia per gli incumbent sia per i nuovi entranti, e promuovere la concorrenza²⁷. Oltre ai motivi teorici evidenziati nel precedente paragrafo, anche per questo ulteriore motivo la scala degli investimenti non ha funzionato fino in fondo nel suo obiettivo di duplicazione *end-to-end* di infrastrutture alternative.

L'approccio regolatorio della scala degli investimenti non poteva tuttavia essere efficace allo scopo di costruire sull'intero territorio nazionale una nuova rete, in modalità *supply-driven*, ovvero sviluppare un'offerta coerente con gli obiettivi di politica industriale. La scala degli investimenti, infatti, anche nella sua configurazione teorica, non fornisce incentivi di servizio universale e di diffusione generalizzata delle nuove tecnologie, se questi non trovano corrispondenza nella domanda e negli *economics* del mercato, in ogni specifico ambito geografico. Ovvero, la "scala degli investimenti" è uno strumento di risoluzione di *trade-off* regolatori, che può portare alla duplicazione efficiente di una infrastruttura di rete se, appunto, questo esito è efficiente sotto un profilo economico e di mercato. Tuttavia, esso non è uno strumento di politica industriale fina-

²⁴ European Commission, *Communication on Connectivity for a Competitive Digital Single Market – Towards a European Gigabit Society* – COM 2016/587 final.

²⁵ European Commission, *Digital Compass 2030, The European way for the Digital Decade*, 2021.

²⁶ Dal 2010 il DAE ha incoraggiato gli Stati membri a sviluppare piani nazionali per stimolare il lancio della banda larga ed ultra-larga attraverso finanziamenti pubblici nazionali o dell'UE, soprattutto nelle zone rurali o comunque quelle zone che si pensava potessero restare escluse dalle strategie di sviluppo del mercato. Piani e strategie nazionali per la banda larga sono stati sviluppati da quasi tutti i paesi dell'UE.

²⁷ In particolare, una riduzione del prezzo di accesso (sulla rete *legacy*) ha un effetto ambiguo sugli investimenti, a causa di 3 effetti economici contrastanti: (a) "effetto sostituzione" per un nuovo entrante, in quanto i profitti fatti accedendo alla rete in rame dell'incumbent rappresentano per i nuovi entranti un costo opportunità per investire in fibra; (b) un effetto "ricavi wholesale" per cui l'incumbent ha una riduzione di ricavi dei servizi di accesso della rete in rame; (c) un effetto di "migrazione al dettaglio" sia per gli incumbent sia per i nuovi entranti. Quest'ultimo effetto è il più complesso: un prezzo di accesso del rame più basso comporta una riduzione del prezzo al dettaglio, influenzando quindi i prezzi al dettaglio anche dei prodotti sostitutivi dei servizi in fibra e, infine, la redditività ed il relativo incentivo ad investire in tale tecnologia. Cfr M. BOURREAU-C. CAMBINI-P. DOGAN, *Access Pricing, Competition, and Incentives to Migrate from "Old" to "New" Technology*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, n. 6, 2012, pp. 713-723; W. BRIGLAUER-C. CAMBINI-M. GRAJEK, *Speeding up the Internet: Regulation and Investment in the European Fiber Optic Infrastructure*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 61, 2018, pp. 613-652.

lizzato ad attuare scelte pubbliche di sviluppo di un nuovo tipo di servizio universale, considerato essenziale, quale la connettività ad altissima velocità ²⁸.

2. L'evoluzione degli obiettivi e degli strumenti regolatori

2.1. Il progressivo maggior peso della promozione degli investimenti ed il rapporto con la concorrenza

La progressiva preminenza degli obiettivi di politica industriale di investimento in nuove reti ha comportato una trasformazione del ruolo dell'incumbent: da soggetto che, oltre a garantire il servizio universale, deve dare accesso alla sua rete storica a nuovi operatori per uno sviluppo sostanziale della liberalizzazione, a soggetto che deve anche investire per creare una nuova rete. Parallelamente, si è assistito ad un'evoluzione del quadro normativo ed in particolare del rapporto fra i principali obiettivi regolatori e del loro peso relativo ²⁹: la promozione della concorrenza, da un lato, e la promozione degli investimenti, dall'altro lato.

La promozione degli investimenti è sempre stata una finalità interna al quadro normativo delle telecomunicazioni, anche se la sua configurazione è variata nel tempo e la sua importanza è diventata progressivamente sempre maggiore. Nel quadro regolatorio del 2002, come descritto, la promozione degli investimenti non era considerata un obiettivo in sé, quanto uno strumento per promuovere una concorrenza sostenibile e duratura (basata sulle infrastrutture), considerando quindi rilevanti (nel modello della scala degli investimenti) esclusivamente gli investimenti dei concorrenti dell'operatore storico. In questo contesto, promozione degli investimenti (dei concorrenti all'incumbent) e promozione della concorrenza erano quindi obiettivi perfettamente sinergici e complementari. L'art. 8(2)c della direttiva quadro infatti recitava: «Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza ... tra l'altro ... incoraggiando investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l'innovazione».

Il contesto di riferimento del quadro regolatorio del 2002 era infatti quello di una liberalizzazione in cui la piena concorrenza è considerata un'alternativa superiore a qualsiasi forma di potere di mercato, in quanto i costi fissi irrecuperabili per la costruzione della rete erano già stati sostenuti dall'ex monopolista legale ed i concorrenti potevano entrare nel mercato solo pagando il costo dell'accesso alla rete esistente ³⁰.

In un contesto dinamico, in cui l'innovazione e i nuovi investimenti in rete dell'incumbent sono invece rilevanti per il benessere sociale, l'effetto com-

²⁸ Tradizionalmente, il servizio universale riguardava i servizi di voce fissa e, dal 2010, i servizi di accesso a Internet di base. A seguito di un intenso dibattito a livello dell'UE e nazionale sull'inclusione anche della banda larga connettività, il CECE in modo esplicito afferma che «il concetto di servizio universale dovrebbe evolversi per riflettere progressi tecnologici, sviluppi del mercato e cambiamenti negli utenti domanda», inclusa «la fornitura di Internet a banda larga a prezzi accessibili accesso per tutti i consumatori.» (art. 84 CECE).

²⁹ Insieme agli altri due obiettivi di (i) costruzione e consolidamento del mercato interno e (ii) tutela dei cittadini-consumatori.

³⁰ Cfr. M. ARMSTRONG-D. SAPPINGTON, *Regulation, competition and liberalisation*, in *Journal of Economic Literature*, vol. 32 2006, pp. 353-380.

plessivo della regolazione e dell'accesso pro-concorrenziale è più complesso e incerto. Conseguentemente, una regolazione dell'accesso favorevole alla concorrenza porta con sé i rischi che questa possa influire negativamente sugli incentivi degli operatori storici a investire, perché (a) una concorrenza intensificata riduce i rendimenti degli investimenti storici e (b) l'operatore storico si assume l'intero rischio dell'investimento, mentre i suoi potenziali benefici sono fruibili anche da parte di chi accede alla sua rete (se il rischio non è adeguatamente remunerato). Studi empirici hanno dato evidenza di un intrinseco *trade-off* tra regolamentazione dell'accesso e incentivi agli investimenti, in base al quale l'intensità della regolamentazione dell'accesso è negativamente correlata agli investimenti degli operatori storici, mentre ha un effetto positivo sugli investimenti aggregati di nuovi entranti³¹.

Con l'entrata in vigore della *Better Regulation Directive*³² nel 2009, anche gli investimenti degli *incumbents*, congiuntamente al riconoscimento di una loro adeguata remunerazione, sono stati considerati fattori chiave per una regolazione efficiente ed efficace, al fine di risolvere trade-off che stavano emergendo fra la regolazione pro-concorrenziale dell'accesso e gli incentivi ad investire nelle reti di accesso di nuova generazione. La Direttiva del 2009 ha infatti inserito l'art. 8(5)d stabilendo che: «Nel perseguire le finalità programmatiche ... le autorità nazionali di regolamentazione applicano principi regolamentari obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati, tra l'altro: ... promuovendo investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio di investimento sostenuto dalle imprese e consentendo vari accordi di cooperazione tra gli investitori e le parti che richiedono accesso onde diversificare il rischio di investimento, assicurando nel contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato e del principio di non discriminazione».

Il Codice europeo delle Comunicazioni Elettroniche del 2018³³ (CECE) rappresenta l'ultimo passo nell'evoluzione dell'equilibrio tra i diversi obiettivi regolamentari. Infatti, all'interno del Codice europeo, la promozione degli investimenti è diventata un nuovo autonomo obiettivo generale della regolazione europea, sulla base del quale le ANR, così come il BEREC³⁴, la Commissione europea e gli Stati membri sono stati incaricati di «promuovere la connettività, l'accesso e l'adozione di reti ad altissima capacità [VHCN – *Very High Capacity Network*], comprese le reti fisse, mobili e senza fili, da parte di tutti cittadini e imprese dell'Unione»³⁵. La promozione della concorrenza, compresa la concorrenza basata sulle infrastrutture, e l'ampia diffusione delle reti fisse e mobili VHC sono quindi diventati due obiettivi regolatori di eguale rilevanza.

A tal fine, il CECE introduce alcune nuove specifiche disposizioni regolato-

³¹ M. GRAJEK-L.H. ROLLER, *Regulation and Investment in Network Industries: Evidence from European Telecoms*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 55, n. 1, 2012, pp. 189-216.

³² Direttiva 2009/140/CE.

³³ Direttiva 2018/1972/UE.

³⁴ Il BEREC (*Body of European Regulators of Electronic Communications*) è stato istituito dal Regolamento n. 2009/1121/CE come una rete di regolatori europei, supportati da una agenzia comunitaria, cui partecipa anche la Commissione. Esso opera come meccanismo di coordinamento orizzontale, in quanto è composto da tutte le ANR, concentrandosi sullo sviluppo e la diffusione delle *migliori pratiche* regolatorie pratiche fra le ANR ed intervenendo negli ambiti in cui la Commissione ha "seri dubbi" sulla compatibilità il quadro regolatorio delle proposte regolamentari delle singole ANR (così detta "fase II").

³⁵ Art. 3, comma 2, CECE.

rie che le ANR devono applicare per dare forma a questo nuovo bilanciamento fra obiettivi ³⁶:

(a) imposizione di obblighi alle imprese per soddisfare richieste ragionevoli di accesso e uso di infrastrutture di ingegneria civile (come l'accesso ai cavi-dotti, torri etc.) che supportano direttamente lo sviluppo di infrastrutture competitive, che può essere imposto come rimedio autonomo indipendentemente dal fatto che le infrastrutture facciano parte del mercato di riferimento analizzato nella procedura ³⁷;

(b) estensione dell'ambito di applicazione della regolamentazione dell'accesso da imporre potenzialmente a tutti gli operatori, e non solo agli SMP ("regolamentazione simmetrica") e anche a soggetti che non sono fornitori di reti di comunicazioni elettroniche, quando la duplicazione degli elementi di rete è "economicamente inefficiente" o "fisicamente impraticabile" ³⁸;

(c) fornire una migliore remunerazione degli investimenti ("tasso di rendimento ragionevole") e un'adeguata considerazione del rischio di investimento, in particolare per quanto riguarda la VHCN, quando le autorità di regolamentazione decidono se imporre obblighi di accesso e definire prezzi di accesso ³⁹;

(d) consentire vari accordi di cooperazione tra investitori e le parti che richiedono accesso al fine di condividere i costi di investimento e diversificare il rischio di investimento, assicurando nel contempo che siano salvaguardate la concorrenza nel mercato ed il principio di non discriminazione ⁴⁰;

(e) promuovere i coinvestimenti in VHCN deregolamentando gli operatori SMP (eliminando tutti gli obblighi di accesso) che si sono impegnati in un'offerta aperta per i co-investimenti a condizioni FRAND consentendo l'accesso anche ai non coinvestitori ⁴¹;

(f) la concessione di un trattamento regolamentare più leggero (ossia un obbligo di accesso meno impegnativo) per gli operatori di rete solo all'ingrosso, *wholesale-only*, (intesi come società non attive nel mercato al dettaglio a valle) che godono di una posizione SMP nel mercato all'ingrosso a monte ⁴².

Gli strumenti di cui ai punti (e) e (f) sono i più significativi in quanto non solo introducono nuovi (o adeguati) principi e strumenti regolatori, ma rappresentano nuovi modelli, sia regolatori sia di mercato. Infatti, sia il co-investimento sia il modello *wholesale-only* sono stati inclusi nel nuovo quadro regolatorio soprattutto in ragione del fatto che rappresentavano pratiche e modelli di commerciali e di investimento autonomamente sempre più adottati dalle imprese nei mercati.

³⁶ Queste disposizioni che mirano a facilitare gli investimenti spesso recepiscono (con modifiche di interesse pubblico) pratiche e modelli normativi già adottati da alcune ANR e dalle Raccomandazioni della Commissione.

³⁷ Art. 72 e recital 187 CECE

³⁸ Art. 61, commi 3 e 4; recital 154 CECE.

³⁹ Art. 3, comma, 4; art 73 e 74 CECE.

⁴⁰ Art. 3, comma 4, CECE.

⁴¹ Artt. 76 e 79 CECE.

⁴² Art. 80 CECE.

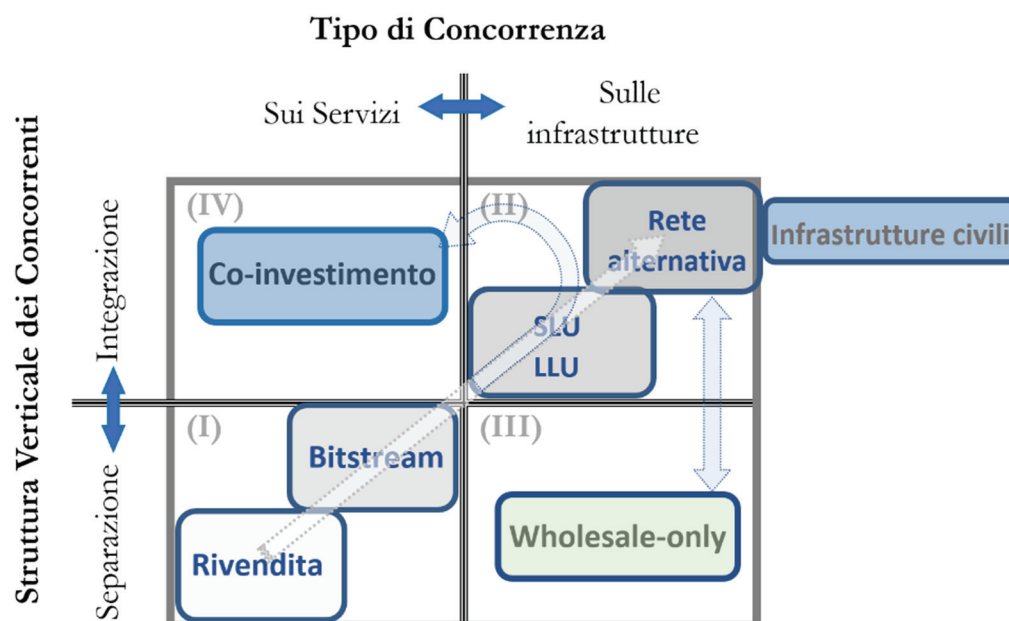
2.2. Il complesso bilanciamento fra obiettivi alla base dei nuovi modelli di mercato e regolatori

In questo contesto di politica industriale per la diffusione generalizzata delle nuove reti ad altissima capacità (VHCN)⁴³, oltre alle dinamiche di mercato e concorrenziali a valle risultanti dall'approccio della scala degli investimenti, hanno acquisito rilevanza le dinamiche di mercato a monte, che estendono le possibilità di bilanciamento fra gli obiettivi di promozione della concorrenza ed incentivazione agli investimenti. Questi nuovi assetti di mercato a monte ampliano le dimensioni rilevanti della tassonomia di cui alla figura 1, rappresentante la scala degli investimenti, che si basava su una corrispondenza biunivoca fra tipo (e intensità) di concorrenza e struttura verticale dei concorrenti.

Le nuove soluzioni di mercato a monte, rappresentati nella figura 4, sono sia di tipo competitivo sia di tipo cooperativo⁴⁴, ovvero:

- la concorrenza infrastrutturale solo a monte di un operatore verticalmente separato, che fornisce accesso a valle – modello *wholesale-only* (quadrante III);
- la cooperazione a monte di società verticalmente integrate impegnate in accordi infrastrutturali e di condivisione di costi e rischi di investimento, che continuano tuttavia a competere a valle sui servizi (e su quelle infrastrutture sviluppate separatamente) – modello del co-investimento (quadrante IV).

Figura 4 – Tassonomia estesa del rapporto fra concorrenza ed investimenti



Sul quadrante IV della tassonomia si trovano le forme di cooperazione a monte e concorrenza a valle tra operatori che non hanno completato il processo di integrazione verticale sulla scala degli investimenti (tipicamente nuovi

⁴³ I target dell'Agenda Digitale per l'Europa (DAE 2010), della Gigabit Society (GS 2016), ed anche la formalizzazione dell'obiettivo di promozione della connettività e dell'accesso alle reti ad altissima capacità (Art 3.2 EECC).

⁴⁴ Cfr A. MANGANELLI-A. NICITA, *The Governance of Telecom Markets*, cit.

entranti che hanno sviluppato la propria infrastruttura fino alla disaggregazione della rete locale, LLU, o alla disaggregazione della rete secondaria, SLU, ma non oltre).

Per questo motivo, considerando gli operatori alternativi, il co-investimento rappresenta evoluzione cooperativa endogena alla scala degli investimenti, ovvero la naturale evoluzione degli investimenti di rete già effettuati, guidati dalla domanda e coerenti con le altre caratteristiche economiche del mercato, che non hanno portato allo sviluppo di infrastrutture alternative end-to-end. La cooperazione fra operatori ha infatti come risultato primario proprio il cambiamento degli *economics* di mercato: «in considerazione dell'attuale incertezza circa il tasso di materializzazione della domanda di servizi a banda larga ad altissima capacità nonché, in generale, per le economie di scala e di densità, gli accordi di coinvestimento offrono vantaggi significativi in termini di condivisione di costi e rischi e consentono così alle imprese di dimensioni minori di investire a condizioni economicamente razionali, promuovendo una concorrenza sostenibile a lungo termine anche in aree in cui la concorrenza basata sulle infrastrutture potrebbe non essere efficiente.»⁴⁵.

Infatti, molti degli operatori che si sono impegnati in una progressiva concorrenza infrastrutturale sono gli stessi che poi si sono impegnati in una cooperazione per la condivisione di infrastrutture e per il co-investimento come ulteriore tappa di un progressivo sviluppo di segmenti di rete per concorrere nel mercato *retail* a valle⁴⁶. Questo aspetto è didascalicamente evidenziato nella figura 4 con la biforcazione del viaggio lungo la scala degli investimenti, verso l'apice del quadrante II e/o verso il quadrante IV. È importante sottolineare come entrambe le soluzioni (II e IV) possono coesistere, in modo geograficamente differenziato, in funzione dei diversi *economics* e della domanda di mercato di ogni area geografica.

Il co-investimento, come modello generale di mercato e di business, si basa sulla cooperazione di operatori, fra cui può o meno essere presente l'operatore incumbent, anch'esso già integrato verticalmente, ma impegnato nella costruzione di nuove reti in fibra a complemento o sostituzione delle vecchie reti in rame. Il co-investimento, quale modello regolatorio (art. 76 CECE), richiede invece necessariamente la partecipazione (pivotal) dell'operatore SPM.

La principale questione di policy del co-investimento è se il nuovo modello offra maggiori incentivi all'introduzione di reti ad altissima capacità rispetto alla regolamentazione dell'accesso, che è il controfattuale di qualsiasi valutazione che coinvolga, direttamente o indirettamente, un operatore con significativo potere di mercato. Risultati di studi empirici⁴⁷ mostrano un effetto positivo sulla copertura totale, sulla concorrenza – in termini di prezzi minori e di decrescita delle quote retail dell'incumbent, ed infine sulla domanda. Il coinvestimento implica una maggiore copertura di rete, espande le aree profittevoli/non a fallimento di mercato (dove le imprese investono autonomamente) e stimola la concorrenza in aree con concorrenza basata sui servizi, portando a prezzi più

⁴⁵ Considerando 198 CECE.

⁴⁶ Ad esempio, Fastweb/TIM in Italia, Orange/Vodafone e Mas Movil/Orange in Spagna, Vodafone/OPTIMUS, DST e PT in Portogallo, Orange/SFR in Francia.

⁴⁷ M. BOURREAU-C. CAMBINI-S. HOERNIG, *Cooperative Investment, Access, and Uncertainty*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2018, vol. 56, n. C, pp. 78-106; ed anche L. AIMENE-M. LEBOURGES-J. LIANG, *Estimating the impact of co-investment on Fiber to the Home adoption and competition*, in *Telecommunications Policy*, Volume 45, Issue 10, 2021.

bassi per i consumatori nelle aree a maggiore densità. Le aree a fallimento di mercato, parziale o totale, si restringono, riducendo così anche l'estensione delle aree che necessitano sussidi pubblici. È inoltre mostrato un effetto positivo del co-investimento sull'incremento della domanda di servizi su reti UBB e sulla concorrenza, in termini di decrescita delle quote di mercato dell'incumbent.

Per quanto riguarda gli impatti concorrenziali del modello di coinvestimento, la cooperazione a monte – sotto forma di condivisione di infrastrutture e coinvestimenti – potrebbe teoricamente mettere la concorrenza a valle a rischio di eventuali esiti anticoncorrenziali. La promozione degli investimenti attraverso dinamiche di cooperazione a monte richiede quindi adeguate garanzie di tutela della concorrenza (*competition safeguards*), quali ad esempio obblighi di (a) dare accesso all'infrastruttura a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie e di (b) consentire il co-investimento anche in fasi successive alla definizione dell'accordo di cooperazione iniziale. Questo, come descritto diffusamente nel prossimo paragrafo, è il disegno regolamentare del co-investimento delineato dall'art. 76 del CECE.

In sintesi il modello del co-investimento: (i) offre vantaggi significativi in termini di condivisione di costi e rischi; (ii) promuove una concorrenza sostenibile a lungo termine anche in aree in cui la concorrenza basata sulle infrastrutture potrebbe non essere efficiente; (iii) fornisce un'opportunità ad imprese di diverse dimensioni e capacità finanziaria di diventare co-investitori infrastrutturali in reti ad altissima capacità attraverso un'offerta fatta a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie⁴⁸. Nel caso in cui un'impresa SPM faccia un'offerta di coinvestimento a tali condizioni, il CECE prevede che l'autorità nazionale di regolazione si debba astenere dall'imporre obblighi ulteriori sulla nuova rete ad altissima capacità.

Passando al quadrante IV della figura 4, con l'ingresso sul mercato di operatori solo all'ingrosso separati verticalmente, un operatore storico sperimenta una concorrenza a monte (basata sulle infrastrutture) per la fornitura di servizi di accesso ai suoi concorrenti a valle. A loro volta, gli operatori alternativi a valle possono godere di una scelta più ampia, in quanto possono scegliere se acquistare dall'incumbent (che è anche un loro concorrente a valle), o acquistare da un operatore alternativo a monte, con loro non in concorrenza. L'ingresso di un operatore *wholesale-only* può avere quindi un notevole impatto pro-concorrenziale, a causa della creazione di (a) mercati all'ingrosso a monte competitivi e (b) maggiori garanzie concorrenziali a valle per gli operatori alternativi, in quanto un fornitore di servizi di accesso non integrato verticalmente non ha (in generale) incentivi a discriminare fra i propri clienti.

La presenza di un operatore *wholesale-only*, tuttavia, non conduce necessariamente a una concorrenza effettiva nei mercati al dettaglio; le imprese operanti solo nei mercati *wholesale* a monte possono infatti essere designate come detentrici di un significativo potere di mercato (con maggiore probabilità, relativamente a specifici mercati geografici). Conseguentemente, quei mercati necessitano di una regolazione pro-concorrenziale che imponga obblighi all'eventuale operatore *wholesale-only* SPM. La regolazione di un operatore *wholesale-only* SPM deve essere tuttavia meno intrusiva, rispetto ad un operatore SMP integrato verticalmente, adattando proporzionalmente gli obblighi imposti al minor rischio concorrenziale. È comunque necessario

⁴⁸ Considerando 198 e 199 del CECE.

mantenere la possibilità di introdurre obblighi di prezzo, in termini di equità e ragionevolezza. Infatti, se è ipotizzabile per un operatore dominante *wholesale-only* una mancanza di interesse verso pratiche discriminatorie escludenti a valle, è comunque necessaria una regolazione dei prezzi per prevenire abusi da sfruttamento, quali prezzi eccessivi verso gli operatori che accedono alla rete, che sarebbero poi in gran parte trasferiti ai consumatori finali. Questo, come vedremo più in dettaglio, è il dettato normativo previsto all'art. 80 del CECE.

Rispetto all'approccio della "scala degli investimenti", il modello *wholesale-only*, a seconda della sua configurazione, può andare a rappresentare (i) un complemento efficiente in aree a fallimento di mercato, e/o (ii) una discontinuità dal lato dell'offerta e degli incentivi all'investimento. Infatti, se il modello *wholesale-only* si estende ad aree in cui sono in corso investimenti infrastrutturali dell'incumbent o, a maggior ragione, dove è attiva una concorrenza infrastrutturale fra quest'ultimo ed altri operatori, più o meno verticalmente integrati, il modello *wholesale-only* avrà un'alta probabilità di ridurre gli incentivi per gli operatori alternativi ad investire e ad avanzare nella scala degli investimenti.

In aggiunta, l'impatto positivo sulla concorrenza di un operatore *wholesale-only* è tanto maggiore quanto la concorrenza a valle sviluppata dagli operatori alternativi è una mera concorrenza di servizi. Quindi, se esiste già una concorrenza basata sulle infrastrutture in ragione degli investimenti di operatori alternativi, alla probabile riduzione degli incentivi all'investimento si associa, per essi, un miglioramento marginale (o addirittura inesistente) del contesto concorrenziale.

In ogni caso, un modello *wholesale-only* ha una maggiore capacità di attrarre potenziali investitori finanziari interessati a investimenti meno volatili e con prospettive a più lungo termine, quali le infrastrutture ad altissima capacità possono spesso garantire. Peraltro, è stato osservato come molte delle esperienze delle reti *wholesale-only* siano caratterizzate dall'assenza di *trade-off* economici, distorsivi degli investimenti, relativi all'incentivo che hanno gli *incumbent* alla continuità di valorizzazione della vecchia rete in rame ⁴⁹.

In termini di modelli regolatori, il Codice europeo prevede un ammorbidimento degli obblighi regolamentari per operatori SPM che adottino uno dei due modelli di co-investimento e *wholesale-only*. Questa "deregolazione" ha tuttavia finalità e modalità attuative diverse nei due diversi ambiti.

La deroga prevista all'art. 76 CECE rappresenta un esplicito incentivo per investimenti in reti VHC, in applicazione operativa del relativo obiettivo generale di cui all'art. 3 CECE. La norma prevede infatti che esclusivamente i "nuovi" investimenti possano beneficiare del trattamento regolatorio di cui all'art. 76, il che mette ulteriore enfasi sul carattere ed il fine incentivante della disposizione. Lo specifico trattamento regolatorio di cui all'art. 76 invece non si applica allo sviluppo di reti VHC annunciato pubblicamente prima dell'entrata in vigore dell'EECC nel dicembre 2018, in quanto «in those cases, the SMP operator had already decided to undertake the investment, without considering the additional regulatory incentives that the EECC provides for» ⁵⁰.

⁴⁹ In questo senso, I. GODLOVITCH-J. KNIPS-C. WERNICK, *Benefits of the wholesale only model for fibre deployment in Italy*, Wik Report, 2020. Disponibile a: <https://www.econstor.eu/handle/10419/251542>.

⁵⁰ Punto 14 delle BEREC Guidelines to foster the consistent application of the conditions and

La più leggera regolazione da imporsi ad un operatore *wholesale-only* ai sensi dell'art. 80 CECE è invece una chiara applicazione e declinazione del principio di proporzionalità della regolazione nel perseguimento dell'obiettivo di promozione della concorrenza. Tale assetto di minore regolazione, infatti, avrebbe ben potuto essere definito autonomamente da una ANR nella regolazione di un caso concreto di operatore *wholesale-only* SPM, senza l'ausilio della nuova norma. Ovviamente la nuova norma della direttiva limita la discrezionalità in capo alle ANR, fornendo un preciso indirizzo regolatorio.

Lo scopo dell'art. 80 non è dunque fornire incentivi all'investimento da parte di un operatore separato verticalmente, ma invece riconoscere il minor rischio concorrenziale che questo comporta. Questo è implicitamente, ma chiaramente, confermato dal fatto che l'art. 80 si applica a tutte le reti *wholesale-only*, quindi (i) non solo alle reti NGA o VHCN, ma anche ad una (ipotetica) rete *wholesale-only* in rame e (ii) non solo alle "nuove" reti ma a qualsiasi rete solo all'ingrosso già esistente, che per forza di cose non è soggetta all'effetto di nuovi incentivi.

Ovviamente, come detto, il CECE ha come obiettivo generale anche quello di incentivare gli investimenti (insieme alla promozione della concorrenza) ma non manifesta alcuna preferenza per gli investimenti di un operatore *wholesale-only* rispetto a quelli di un operatore integrato. Anzi il paradigma regolatorio di base è sempre quello della "scala degli investimenti", ovvero un *favor* per lo sviluppo di una concorrenza fra infrastrutture verticalmente integrate, quando questo è possibile ed efficiente. Infatti, l'obiettivo pro-concorrenziale ultimo che si vuole raggiungere è a livello retail a valle, ovvero una maggiore concorrenza di offerte al consumatore finale⁵¹.

In conclusione, per entrambi i modelli regolatori di cui agli artt. 76 e 80 CECE, l'operatore SPM – sia esso *wholesale-only* o verticalmente integrato che si impegna in un co-investimento aperto – beneficia di una regolazione più leggera – rispetto al controfattuale di base di un operatore SPM verticalmente integrato e che non si impegna in un co-investimento aperto. La deregolazione si sostanzia in un minor numero e nella qualità meno intrusiva di rimedi pro-concorrenziali che il regolatore può imporre a tali soggetti. Essa, tuttavia, si differenzia a seconda del modello regolatorio. In particolare, come mostrato nella figura 5, ai sensi del CECE la mano del regolatore deve essere ancor più leggera per l'operatore SPM che coinveste, rispetto all'operatore *wholesale-only*.

criteria for assessing co-investments in new very high-capacity network elements (Article 76 (1) and Annex IV EECC) – BOR (20) 232. Lo stesso paragrafo delle linee guida BEREC stabilisce che la situazione di "novità" dell'investimento in una nuova VHCN ai sensi dell'art. 76 può verificarsi anche nel caso in cui dopo dicembre 2018 vengano apportate modifiche sostanziali a un progetto annunciato pubblicamente prima di tale data.

⁵¹ Si pensi infatti (per assurdo ed astraendo per un momento da tutti gli *economics* effettivi del settore) a due situazioni estreme: da un lato, un operatore monopolista a monte che fornisce servizi di accesso regolato ad una serie di operatori a valle in concorrenza fra loro; dall'altro lato, una serie di operatori di rete a monte in concorrenza e un solo operatore a valle, monopsonista, che compra accesso da tutte le reti e vende in monopolio servizi a tutti i consumatori. Ovviamente, questa ultima situazione (meramente teorica) sarebbe la peggiore per le dinamiche concorrenziali ed il benessere dei consumatori, nonostante un alto livello di concorrenza a monte.

Tabella 1 – *Obblighi regolatori imponibili ai sensi di CECE*

Obbligo regolamentare previsto dal Codice	Operatore SPM	Operatore SPM Wholesale– Only	Operatore SPM co-investimento VHC
Obblighi di interconnessione (art. 60)	Sì	Sì	Sì
Regolamentazione simmetrica (art. 61.3)	Sì	Sì ma ⁵²	Sì
Trasparenza (art. 69)	Sì	No	No
Non discriminazione (art. 70)	Sì	Sì	No
Separazione Contabile (art. 71)	Sì	No	No
Obblighi di accesso alle infrastrutture civili (art. 72)	Sì	No	No
Obblighi di accesso (art. 73)	Sì	Sì	No
Obblighi di prezzi orientati al costo (art. 74)	Sì	No	No
Prezzi equi e ragionevoli (art. 80.2)	No	Sì	No
Separazione funzionale (art. 77)	Sì ma ⁵³	Non rilevante	No
Separazione volontaria (art. 78)	Sì	Non rilevante	Sì
Preavviso della migrazione (art. 81)	Sì	Sì	No

Questo assetto regolatorio trova ragione nel fatto che, una volta poste e soddisfatte le *competition safeguards* richieste dal codice per integrare il modello di co-investimento di cui all'art. 76, la presenza di una concorrenza infrastrutturale fra operatori verticalmente integrati, che resta il modello di riferimento quando possibile ed efficiente, ha un impatto positivo maggiore sulla promozione di efficienti e sostenibili dinamiche concorrenziali, alla luce del bilanciamento con l'obiettivo di promozione degli investimenti.

3. Il modello di Co-investimento

3.1. Le ragioni economiche, la ratio regolatoria e l'impatto sulle dinamiche concorrenziali

Il co-investimento, come descritto, rappresenta un'evoluzione cooperativa, endogena alla scala degli investimenti, del processo di infrastrutturazione e di integrazione verticale di operatori alternativi, che non hanno consentito uno sviluppo efficiente di infrastrutture alternative end-to-end in alcune (o molte) aree geografiche. Tale dinamica di mercato può includere o meno l'operatore incumbent, ma è previsto un ruolo centrale dell'incumbent nel modello regolatorio incentivante di cui all'art. 76 del CECE.

⁵² La regolamentazione simmetrica per gli operatori solo all'ingrosso è possibile, ma non oltre il primo punto di concentrazione, se (i) gli operatori sono finanziati solo privatamente e (ii) offrono un accesso alternativo efficace su base commerciale a una rete ad altissima capacità, a condizioni eque, non discriminatorie e ragionevoli e condizioni. Non ci sono invece esenzioni regolamentari simmetriche per gli operatori solo all'ingrosso finanziati con fondi pubblici.

⁵³ Il rimedio di separazione funzionale è un rimedio di "ultima istanza" che non è mai stato adottato nella UE (si veda per una più dettagliata descrizione il paragrafo 6.2). Diversamente, la separazione funzionale è stata esplicitamente resa impossibile dal CECE per un operatore SPM impegnato nel co-investimento VHCN. Mentre, infine, impegni vincolanti in un processo di separazione volontaria, ex art. 78, sono ancora possibili. Tutti i rimedi inerenti alla separazione verticale non sono ovviamente rilevanti per gli operatori *wholesale-only* in quanto non integrati verticalmente.

Attraverso il coinvestimento e la condivisione di infrastrutture, gli operatori riescono a modificare gli *economics* di mercato (e.g., economie di scala, varietà e densità), il rischio e la funzione di domanda di impresa, rendendo efficienti e prospetticamente sostenibile un investimento che altrimenti non lo sarebbe stato. La condivisione dei costi riguarda essenzialmente (i) costi fissi derivanti dall'implementazione di un'infrastruttura comune piuttosto che di reti duplicate e (ii) costi operativi (variabili), nella misura in cui le imprese coinvolte vogliano e riescano a spartirsi anche le spese di manutenzione della nuova infrastruttura "comune".

Nell'intento di condividere costi e rischi derivanti dallo sviluppo delle nuove infrastrutture di accesso di nuova generazione, varie forme di cooperazione a monte tra operatori verticalmente integrati sono emerse. Le principali categorie di coinvestimento sono: (i) joint-venture, quando un operatore ed i coinvestitori sono comproprietari di una nuova entità o società responsabile della costruzione di reti di accesso; (ii) accesso reciproco, se un operatore ed i coinvestitori raggiungono un accordo di condivisione del rischio a lungo termine in base al quale ciascuno di essi è responsabile dell'installazione e della gestione delle rispettive reti in aree geograficamente separate, alle quali viene concesso accesso reciproco; e (iii) accesso unidirezionale, quando un operatore costruisce la rete di accesso e concede l'accesso agli altri co-investitori sulla base di accordi di condivisione del rischio a lungo termine attraverso un co-finanziamento (ad es. schemi che prevedono impegni per minimi di acquisto) o contratti di acquisto (es. accesso basato su contratti pluriennali e "diritti d'uso irrevocabili"⁵⁴, cosiddetti IRU – *indefeasible right of use*).

È importante specificare che sotto un profilo economico anche il modello (iii) di accesso unidirezionale rappresenta un'evoluzione cooperativa nella scala degli investimenti, rispetto all'assetto in cui l'operatore alternativo accede (allo stesso livello della rete) senza, tuttavia, condividere il rischio dell'investimento. Ovviamente, attraverso l'accesso unidirezionale, l'operatore alternativo si colloca in un primo gradino della "scala del co-investimento", che può essere tuttavia, anch'essa, risalita nel tempo, esattamente come la scala originaria.

La condivisione delle infrastrutture, in continuità con la scala degli investimenti, può portare contemporaneamente a maggiore concorrenza nel breve periodo (in quanto la concorrenza fra soggetti, più o meno, verticalmente integrati si estende ad aree in cui prima era assente) e ad un incremento degli investimenti nel lungo periodo.

È importante sottolineare come la cooperazione nei mercati a monte possa coesistere con uno sviluppo di infrastrutture di rete indipendente, se differenziata geograficamente, in funzione dei diversi *economics* e della domanda di mercato. La flessibilità del modello di co-investimento, conciliata con una necessaria prevedibilità degli investimenti, è quindi importante per aumentare i possibili guadagni di efficienza.

⁵⁴Un diritto d'uso irrevocabile o inderogabile (IRU) è una situazione giuridica soggettiva derivante da un contratto di uso tra il proprietario di una rete (o segmento di rete) di comunicazione elettronica e un *access-seeker*, in cui quest'ultimo acquista il diritto di utilizzare una certa quantità della capacità della rete, in maniera non restringibile e non revocabile, per un determinato numero di anni che si avvicina alla durata della vita contabile del bene a cui il diritto d'uso si riferisce. Questo ultimo aspetto fa sì che tali diritti siano contabilizzati come immobilizzazioni immateriali, siano oggetto ad ammortamento e rientrino quindi nei capex dell'impresa. Il diritto d'uso è inderogabile, quindi anche la capacità acquistata è irrevocabile ed il canone d'uso è per questo, in genere, esigibile nella sua interezza in via anticipata.

È altrettanto importante evidenziare come il coinvestimento, in continuità con la scala degli investimenti (che non è uno strumento per costruire sull'intero territorio nazionale una nuova rete, in modalità '*supply-driven*'), promuova una concorrenza sostenibile nel lungo periodo, evitando la duplicazione inefficiente di infrastrutture. Al contrario, come vedremo nei prossimi paragrafi, duplicazioni inefficienti possono originarsi in dinamiche concorrenziali (e non cooperative) a monte, soprattutto se gli investimenti sono guidati dall'offerta (*supply-driven*) e non dalla domanda e dagli *economics* del mercato.

Sotto un profilo economico, il coinvestimento ha quindi la capacità di (i) restringere l'estensione delle aree a fallimento di mercato, riducendo così anche le aree che necessitano di sussidi pubblici (che oltre a rappresentare un costo per le finanze pubbliche, portano con sé un ineliminabile rischio di spiazzamento dell'investimento privato), e (ii) minimizzando i rischi che una duplicazione di investimenti si riveli infine inefficiente.

Questi risultati in termini di promozione di investimenti efficienti sono da bilanciare con il perseguimento dell'altro obiettivo di tutela delle dinamiche concorrenziali, attraverso la creazione di garanzie concorrenziali sulle modalità di implementazione del co-investimento. La combinazione dell'incentivo al co-investimento e le *competition safeguards* previste dall'art. 76 CECE (dettagliate nel prossimo paragrafo) forniscono un'opportunità ad imprese di diverse dimensioni e capacità finanziaria di diventare coinvestitori infrastrutturali, promuovendo infine una concorrenza sostenibile a lungo termine anche in aree in cui la concorrenza basata su infrastrutture concorrenti potrebbe non essere efficiente.

Peraltro, le stesse *competition safeguards*, forniscono un quadro ancor più chiaro del modello di co-investimento come evoluzione cooperativa della scala degli investimenti, non solo in una dimensione statica ma in una perdurante dimensione dinamica. Infatti, all'interno delle dinamiche cooperative, i (potenziali) coinvestitori, entro limiti di certezza ed economicità dell'investimento dell'operatore SPM, possono progressivamente aumentare il livello di co-infrastrutturazione nella "scala del co-investimento".

In questo senso, il co-investimento risolve alcune problematiche attuative della scala degli investimenti, evidenziate dalla letteratura e prima descritte, in quanto impiega meccanismi di mercato, e non centralizzati, per l'adattamento evolutivo delle infrastrutture, risolvendo così l'asimmetria informativa esistente fra impresa e regolatore. Peraltro, la differenziazione dei termini dell'offerta di coinvestimento, a seconda del livello di rischio o della quota del rischio totale sostenuto da diversi potenziali coinvestitori, agisce proprio nella direzione di una efficiente differenziazione dei costi in base ai tempi e le modalità di ingresso, necessaria ad uno sviluppo efficiente lungo la scala e quindi risolvendo il problema di coerenza temporale.

Per quanto concerne in maniera specifica l'impatto del coinvestimento sulle dinamiche concorrenziali a valle, in generale, rispetto ad uno scenario di investimenti individuali, può aumentare la concorrenza sui servizi, portando più operatori che, si condividono l'infrastruttura, ma competono fra loro per attirare i consumatori generando una scelta più ampia e prezzi più bassi⁵⁵. I possibili

⁵⁵ M. BOURREAU-S. HOERNIG-W. MAXWELL, *Implementing co-investment and network sharing*, CERRE report, 2020. Prove empiriche di tali effetti favorevoli sono riportate da un recente studio sul mercato francese della fibra nel periodo 2015-2018, che mostra come il coinvestimento per la diffusione delle reti FTTH sia associato ad un maggiore take-up della banda larga ultrave-

impatti concorrenziali negativi del coinvestimento (in generale e non riferiti al modello previsto dal CECE) si basano su generali riflessioni antitrust e possono essere di carattere unilaterale o coordinato⁵⁶. I primi sono relativi in particolare alla riduzione degli incentivi a competere in termini di innovazione tecnologica, dovuta al fatto che questa verrebbe comunque condivisa anche con i *competitor*. Un ulteriore rischio concorrenziale correlato alla condivisione di infrastrutture è relativo alla potenziale riduzione della differenziazione dei servizi tra i partecipanti, sebbene questo sia meno pertinente per le tecnologie innovative (intelligenti) che consentono ad ogni operatore di configurare i propri servizi in modo indipendente. In generale, però, se gli incentivi agli investimenti tra le parti non sono allineati, uno dei partecipanti potrebbe essere in grado di rallentare il ritmo di investimento anche degli altri⁵⁷. L'accordo di condivisione stesso può anche essere progettato in modo tale da limitare la capacità di un partner di differenziarsi o condurre un'innovazione di servizio indipendente. Inoltre, una delle imprese partecipanti potrebbe avere l'incentivo e la capacità di aumentare i propri prezzi, ad esempio stabilendo prezzi di accesso o trasferimento elevati (interni o esterni) per l'utilizzo dell'infrastruttura comune, quindi a detrimento del consumatore finale.

Questi effetti unilaterali sono tuttavia facilmente scongiurabili da una corretta progettazione e definizione concorrenziale dell'accordo, come previsto dall'art. 76 del CECE.

Una seconda tipologia di effetti negativi è relativa agli effetti coordinati, derivanti cioè da accordi tra i partecipanti che, entrati in relazione per la condivisione delle infrastrutture, potrebbero condividere – in modo tacito o esplicito – anche altre tipologie di informazione in un'ottica collusiva. Un altro svantaggio potrebbe consistere nell'incentivo, per le imprese partecipanti alla condivisione, di impedire ai concorrenti esterni (attuali o potenziali) di utilizzare la loro infrastruttura comune, ad esempio innalzando sensibilmente i prezzi di accesso. Il rischio di collusione è stato misurato anche con un approccio sperimentale⁵⁸ per studiare l'effetto della cooperazione nei mercati della banda larga. Conformemente alla teoria, il risultato è che la cooperazione aumenta il rischio di collusione nel mercato retail a valle senza stimolare ulteriori investimenti rispetto al controfattuale.

Anche per quanto concerne gli effetti coordinati, tuttavia, la corretta progettazione dell'accordo di co-investimento, includente impegni unilaterali, può minimizzare il rischio anticoncorrenziale, ad esempio limitando la condivisione delle informazioni e imponendo caratteristiche di accesso aperto (*open access*) al progetto di coinvestimento.

La promozione degli investimenti attraverso dinamiche di cooperazione a monte richiede quindi, oltre alla deregolazione a monte per fornirne un incentivo ulteriore rispetto a quello di mercato, anche adeguate garanzie regolatorie di tutela della concorrenza. Questo è il disegno regolamentare del co-investimento delineato dall'art. 76 del EECC, che fornisce – come visto – un bilanciamento regolatorio fra i due obiettivi di promozione degli investimenti in reti VHC e di promozione e tutela della concorrenza.

loce e ad una maggiore concorrenza nell'area interessata. Cfr. L. AIMENE-M. LEBOURGES-J. LIANG, *op. cit.*

⁵⁶ M. BOURREAU-S. HOERNIG-W. MAXWELL, *op. cit.*

⁵⁷ BEREC (2018) Report on Infrastructure Sharing, BoR (18) 116.

⁵⁸ Cfr. J. KRAMER-I. VOGELSANG, *Co-Investment and Tacit Collusion in Regulated Network Industries: Experimental Evidence*, in *Review of Network Economics*, vol. 15, 2017.

3.2. La disciplina regolamentare del coinvestimento nel CECE e nelle linee Guida BEREC

Il Codice europeo delle Comunicazioni Elettroniche definisce all'art. 76 il trattamento normativo delle nuove reti ad altissima capacità realizzate mediante impegni di co-investimento offerti ai sensi dell'art. 79.

Gli artt. 76 e 79 del CECE, al fine di incentivare le dinamiche di co-investimento in reti VHC definiscono una deregolazione quasi completa, eliminando tutti gli obblighi di accesso per l'operatore SPM che si è impegnato in un'offerta di co-investimento aperta a condizioni FRAND (*Fair Reasonable And Non-Discriminatory*), consentendo l'accesso anche ai non co-investitori.

Solo le imprese designate come detentrici di un SPM possono offrire impegni per aprire al co-investimento lo sviluppo di nuove reti VHC. Secondo l'art. 76 il co-investimento può assumere la forma di comproprietà o condivisione del rischio a lungo termine mediante cofinanziamento o accordi di acquisto che diano origine a diritti specifici di carattere strutturale da parte di altri fornitori di reti e / o servizi di comunicazione elettronica. Se l'ANR accerta che gli impegni di co-investimento offerti sono conformi alle condizioni di cui all'art. 76, paragrafo 1 e al relativo allegato IV, rende vincolanti gli impegni proposti e non impone obblighi aggiuntivi ai sensi dell'art. 68 per quanto riguarda elementi della nuova VHCN oggetto degli impegni.

Le ANR possono derogare a questo ultimo principio imponendo obblighi supplementari, in conformità degli artt. da 68 a 74, solo nel solo caso in cui, viste le caratteristiche specifiche dei mercati coinvolti, notevoli problemi concorrenziali persistano in tali mercati e questi non siano quindi risolvibili attraverso gli impegni associati al coinvestimento⁵⁹. Sembra questa deroga avere caratteri di eccezionalità, anche perché, similamente a quanto avviene nella disciplina di tutela della concorrenza, la formulazione di impegni da parte delle imprese è sempre oggetto di una trattativa informale con le Autorità preposte, che porta ad una risoluzione *ex-ante* di possibili problemi concorrenziali. Peraltro, l'aggiunta di obblighi regolamentari caratterizzata da un certo grado di sostituibilità con il co-investimento, come gli obblighi di accesso, potrebbe promuovere comportamenti opportunistici da parte dei partecipanti, riducendo la partecipazione al coinvestimento stesso. Al contrario, le disposizioni normative che integrano il coinvestimento, come l'accesso alle infrastrutture civili di posa (cavidotti e pali) facilitano il co-investimento e ne migliorano la copertura⁶⁰.

In ragione dei limitati, ma esistenti margini di discrezionalità che residuano alle ANR, una volta resi gli impegni vincolanti, un aspetto essenziale dell'incentivo al co-investimento è dato dalla sua certezza regolatoria ovvero un *long-term regulatory commitment*⁶¹ che le ANR riescono credibilmente ad as-

⁵⁹ Sembra questa una misura di pari eccezionalità, sebbene in diverso contesto, di quella prevista per la separazione funzionale che esamineremo di seguito, di cui all'art. 77.

⁶⁰ M. BOURREAU-S. HOERNIG-W. MAXWELL, cit.

⁶¹ Il *long-term regulatory commitment* costituisce una delle ragioni principali dell'esistenza di una regolazione indipendente, finalizzata a ridurre il rischio di una regolamentazione incoerente nel tempo, quale risultato delle preferenze politiche di breve termine che emergono dai cicli politico-elettorali. La garanzia di un contesto di regole credibili e stabili fornisce il giusto contesto ed i giusti incentivi agli investimenti e altre scelte strategiche a lungo termine delle aziende. Fra i molti contributi in questo senso, con diverso approccio: K.A. SHEPSLE, *Discretion, Institutions, and the*

sumersi nei confronti dell'operatore SPM (e dei potenziali coinvestitori) su un ritorno equo dell'investimento.

Il BEREC ha pubblicato delle linee guida per consentire alle ANR una interpretazione armonizzata e costante nel tempo delle condizioni espresse al comma 1 dell'art. 76 e dei criteri illustrati nell'Allegato IV del CECE⁶². Per quanto concerne l'ambito di applicazione, le linee guida BEREC specificano che l'operatore SPM può aprire al co-investimento la realizzazione di reti VHC che realizzano collegamenti in fibra ottica fino al cliente finale (reti FTTH) e fino alla stazione radio base (per quanto concerne le reti mobili). La definizione data dal BEREC è quindi più restrittiva rispetto alla definizione generale di VHCN⁶³.

Come sottolineato in precedenza, il trattamento regolamentare specifico previsto dall'art. 76 è concesso esclusivamente a “nuove” reti VHC, la cui offerta non sia stata annunciata pubblicamente prima dell'entrata in vigore del CECE, nel dicembre 2018. È lasciata comunque la possibilità alla ANR di considerare progetti di co-investimento precedenti, nel caso in cui siano stati apportati cambiamenti significativi dopo l'entrata in vigore della nuova norma, tali da non creare un ingiustificato guadagno incrementale (in termini di minore pressione regolatoria) rispetto alle decisioni e aspettative razionali che avevano guidato la strategia di co-investimento (*windfall effect*).

La condivisione di costi e rischi di sviluppo delle nuove infrastrutture VHC, in un'ottica di promozione di questi investimenti, trova un bilanciamento con l'altro obiettivo di tutela e promozione delle dinamiche concorrenziali, attraverso la definizione di penetranti *competition safeguards* che il co-investimento deve soddisfare affinché si possa applicare la deregolazione prevista dell'art. 76.

L'offerta di co-investimento deve infatti essere caratterizzata da una pervasiva apertura, “co-investimento aperto”, in termini di:

- (i) apertura del co-investimento ai co-investitori, ovvero “cooperazione concorrenziale”;
- (ii) apertura del co-investimento al mercato (ad altri potenziali coinvestitori) e nel tempo;
- (iii) accesso aperto ai terzi non coinvestitori (*open access*);
- (iv) apertura informativa, ovvero pubblicità e trasparenza.

Per quanto concerne la “cooperazione concorrenziale” (I), l'offerta di co-investimento deve consentire ai co-investitori che sono fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica di competere efficacemente e in modo sostenibile nei mercati a valle in cui l'impresa SPM è attiva. Il co-investimento deve quindi aumentare la concorrenza abbassando le barriere all'ingresso nel mercato a monte e creando maggiore concorrenza tra gli operatori di rete, attraverso:

Problem of Government Commitment, in *Social Theory for a Changing Society*, Routledge, Londra, 1991; B. LEVY-P. SPILLER, *A Framework for Resolving the Regulatory Problem*, in *Regulations, Institutions and Commitment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 1-35; G. MAJONE, *Non-majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2001, vol. 157, pp. 57-78; C. CAMBINI-L. RONDÌ, *Incentive Regulation and Investment: Evidence from European Energy Utilities* in *Journal of Regulatory Economics*, 2010, vol. 38, pp. 1-26.

⁶² BEREC, *Guidelines to foster the consistent application of the conditions and criteria for assessing co-investments in new very high-capacity network elements*, art. 76, comma 1, and Annex IV EECC, 2020, BoR (20) 232.

⁶³ BEREC, *Guidelines on Very High-Capacity Networks*, 2020 – BoR (20) 165.

(a) Condizioni di accesso FRAND – ovvero eque, ragionevoli e non discriminatorie – che consentano l'accesso all'intera capacità della rete nella misura in cui essa sia soggetta al co-investimento. Questa condizione implica che tutti i coinvestitori, compreso l'operatore SPM, dovranno avere simili possibilità di commercializzazione e rischi di investimento, tuttavia proporzionali alle rispettive quote di investimento ed alla rispettiva tempistica di adesione. Ciò significa, quindi, che i termini di offerta possono variare, ma la loro variazione deve essere giustificata e determinata in base a criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e soprattutto prevedibili, in modo da non determinare fenomeni di asimmetria informativa ed opportunismo post-contrattuale (*moral hazard*). Come anticipato, è infatti giustificato ed efficiente differenziare i termini dell'offerta di co-investimento a seconda del rischio sostenuto dai diversi potenziali coinvestitori. Ciò significa che i co-investitori che si impegnano per diversi tipi o livelli di partecipazione o che decidono di coinvestire in momenti diversi, caratterizzati da un diverso rischio, possono ricevere termini di offerta diversi.

(b) Accesso alla “piena capacità della rete”, che significa consentire agli altri coinvestitori (rispetto all'operatore SPM) di avere accesso al pieno potenziale di capacità della nuova rete; limitazioni all'accesso alla piena capacità possono essere consentite solo per motivazioni di carattere tecnico che interessano allo stesso modo tutti i coinvestitori, compreso l'operatore SPM.

(c) Flessibilità in termini del valore e della tempistica della partecipazione per ciascun coinvestitore, ovvero deve essere consentito di partecipare al coinvestimento ad operatori che singolarmente non ne avrebbero la capacità o la volontà, in ragione delle ridotte dimensioni e capacità finanziarie. Tuttavia, è consentito fissare una ragionevole quota minima di partecipazione per garantire l'effettiva gestione e governo del progetto e per dare una minima garanzia al livello di rischio che l'operatore SPM va ad assumere. Peraltro, l'offerta di coinvestimento deve consentire ai co-investitori un certo grado di flessibilità dinamica, rendendo possibile aumentare nel tempo il livello e/o quota di partecipazione.

In termini di apertura ad altri potenziali coinvestitori (II), l'offerta di coinvestimento deve essere «aperta in qualsiasi momento durante il periodo di vita della rete a qualsiasi fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica»⁶⁴. La vita utile della rete è correlata alla «expected life of the commercial co-investment scheme, as set in the co-investment agreement»⁶⁵ che non può essere inferiore alla durata degli impegni, ovvero almeno 7 anni.

Inoltre, l'offerta non deve essere esclusivamente rivolta (sia formalmente sia sostanzialmente) a specifici operatori, dovendosi l'operatore SPM impegnare in modo credibile a fornire a tutti i potenziali entranti un'effettiva adesione all'offerta. Questo requisito è finalizzato ad evitare situazioni in cui solo un piccolo numero di imprese possa partecipare all'offerta di coinvestimento, escludendo alcuni concorrenti, attuali o potenziali. Tuttavia, esiste il rischio che questo requisito possa dar luogo a comportamenti opportunistici di *free riding*. In ragione dell'incertezza sulla domanda e sulla redditività dei co-investimenti, infatti, gli investitori “ritardatari” (*late entrants*) potrebbero giocare opportunisticamente con l'obbligo di mantenere l'offerta di co-investimento aperta in qualsiasi momento della vita della rete. Se i nuovi concorrenti posso-

⁶⁴ Art. 76, comma 1, lett. A) CECE.

⁶⁵ Linee Guida BEREC, BoR (20) 232, cit.

no attendere per co-investire fino a quando la domanda è realizzata, gli incentivi agli investimenti degli operatori storici vengono ridotti e la copertura totale raggiunta dal co-investimento può essere inferiore rispetto a un controfattuale con un coinvestimento chiuso⁶⁶. Questo possibile inconveniente è risolto dall'esistenza di un premio per il rischio (*risk premium*), derivante dal differenziale di costo (maggiore) sostenuto *ex post* dai coinvestitori "ritardatari"⁶⁷.

In base al principio di salvaguardia *open access* (III), gli operatori che non partecipano al coinvestimento debbono essere posti in grado di (continuare ad) accedere all'infrastruttura dell'operatore SPM alle stesse condizioni di prezzo e qualitative disponibili prima della realizzazione del coinvestimento. L'accesso può essere fornito utilizzando i nuovi elementi VHCN o tramite l'infrastruttura *legacy*, se ancora presente. L'obiettivo principale di questa disposizione è mantenere la competitività dei mercati mediante il "tradizionale" accesso a terzi (*third-party access*), non limitato e circoscritto quindi ai soli coinvestitori. Questa condizione, peraltro, limita i potenziali effetti collusivi del coinvestimento, permettendo a coloro che vogliono comprare servizi di accesso, di entrare o permanere nel mercato, continuando ad esercitare un vincolo concorrenziale. D'altra parte, le condizioni di accesso sono accompagnate da un meccanismo di adeguamento nel corso del tempo, che deve essere confermato dalla ANR, al fine di mantenere gli incentivi a partecipare al coinvestimento. Tale meccanismo, declinato in termini di tempi, prezzo e qualità, deve cioè fornire vantaggi maggiori ai coinvestitori rispetto ai richiedenti accesso. Tale meccanismo è basato anch'esso su condizioni trasparenti e non discriminatorie in modo da rispecchiare adeguatamente i gradi di rischio sostenuti dai rispettivi coinvestitori nelle diverse fasi e deve tener conto della situazione concorrenziale nel mercato al dettaglio.

Infine, il principio di apertura informativa (IV), prevede che l'offerta di coinvestimento debba essere resa pubblica dall'impresa SPM in modo tempestivo, ovvero almeno sei mesi prima dell'avvio della realizzazione della nuova rete. Lo scopo di questa disposizione è quello di consentire agli operatori interessati di considerare la partecipazione al progetto sin dalle sue fasi iniziali, avendo a disposizione tempo sufficiente per valutare tutti gli elementi necessari per prendere la decisione per loro migliore.

La combinazione di tutte queste garanzie concorrenziali integra un ulteriore bilanciamento in concreto dell'equilibrio fra gli obiettivi di incentivo all'investimento e promozione della concorrenza. In questo senso, il modello di co-investimento di cui all'art. 76 del CECE fornisce un bilanciamento interno diretto fra gli obiettivi regolatori, restringendo l'ambito di discrezionalità residuale per il regolatore nazionale. Indirettamente, quindi, si restringe anche la funzione complementare della disciplina di tutela della concorrenza, che in questo ambito accentua gli elementi di sostituibilità con la regolazione⁶⁸, ad

⁶⁶ M. BOURREAU-C. CAMBINI-S. HOERNIG-I. VOGELSANG, *Co-investment, uncertainty, and opportunism: ex-ante and ex-post remedies*, in *information Economics and Policy*, vol. 56, 2021.

⁶⁷ Art. 76, comma 1, lett. d), CECE.

⁶⁸ Gli obblighi regolamentari ex-ante, in un'ottica pro-concorrenziale, hanno lo scopo di promuovere la concorrenza anche e soprattutto minimizzando il rischio di comportamenti anticoncorrenziali dei soggetti SPM. L'intensità di tali obblighi, secondo il principio di proporzionalità che anima il codice, è correlata appunto al tale rischio. In questo senso, infatti, esiste in generale rapporto di complementarità fra la regolazione di settore e l'applicazione del diritto della concorrenza. La regolazione, nell'attuazione del principio di proporzionalità, impone restrizioni efficaci che limitino il meno possibile l'insieme dei comportamenti consentiti, aumentando la probabilità di conformità

iniziare dall'uso dell'istituto degli impegni pro-concorrenziali, di cui agli artt. 76 e 79, adottato in maniera similare all'enforcement antitrust⁶⁹. Per questi motivi, come sarà poi dettagliato nelle conclusioni, al fine di evitare duplicazioni, incertezza ed effetti indesiderati sul mercato, è auspicabile un ancor più stretto coordinamento fra le ANR (con il controllo della Commissione – DG CNECT) nell'applicazione dell'art. 76 CECE e le ANC (o la Commissione – DG COMP) nell'applicazione della disciplina antitrust (artt. 101 e 102 TFUE).

4. Il modello *Wholesale-only*

4.1. Le ragioni economiche e di politica industriale del modello *Wholesale-only*

La caratteristica principale di un operatore *wholesale-only* è per definizione il suo essere attivo esclusivamente nei mercati a monte dell'offerta *wholesale* di servizi di accesso (passivo e attivo) alle infrastrutture di rete⁷⁰. Le motivazioni economiche principali per la scelta di un modello “solo all'ingrosso” per lo sviluppo di infrastrutture VHC sono state individuate in: (i) la maggiore efficacia nell'attrarre i necessari investimenti a lungo termine per le nuove infrastrutture; (ii) l'essere svincolati (in genere) da reti *legacy* in rame, sì da consentire una concentrazione finanziaria e gestionale sulle nuove infrastrutture FTTH; (iii) lo sviluppo di una concorrenza a monte con l'*incumbent* in grado di spingere anche quest'ultimo ad effettuare maggiori investimenti in nuove infrastrutture FTTH; (iv) lo sviluppo di una rete di accesso “naturalmente aperta”, che implica che la rete a prova di futuro è messa a disposizione di tutti gli operatori a condizioni eque e non discriminatorie; e la conseguente (v) maggiore diversificazione di offerte nei mercati geografici (o città) caratterizzate da una rete passiva solo all'ingrosso rispetto a quelle caratterizzate dalla concorrenza tra operatori integrati verticalmente⁷¹.

Per quanto riguarda l'attrazione dei capitali di investitori privati, imprese specializzate nella costruzione e vendita di servizi di accesso ad infrastrutture in fibra possono avere flussi di cassa prevedibili e per questo essere molto attrattive. In particolare, la fornitura di servizi di telecomunicazioni fissi e mobili al dettaglio all'utente finale, così come la fornitura di contenuti, è

dell'impresa al diritto della concorrenza. Qualora poi la regolamentazione si rivelasse inefficace – non inducendo l'impresa dominante a rispettare le proprie speciali responsabilità – l'intervento di diritto della concorrenza svolge un ruolo complementare, inibendo e sanzionando i comportamenti aggiuntivi non consentiti. Cfr. A. MANGANELLI, *L'interazione fra regolazione e tutela della concorrenza: il caso delle comunicazioni elettroniche e della tariffazione a '28 giorni'*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2021; A. MANGANELLI-A. NICITA-M.A. ROSSI, *The Institutional Design of European Competition Policy, The Manufacturing of Markets: Legal, Political and Economic Dynamics*, in E. BROUSSEAU-J. M. GLACHANT Eds, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

⁶⁹ Art. 9, Regolamento n. 1/2003/CE.

⁷⁰ Il CECE prevede in realtà che «un'impresa attiva sul mercato all'ingrosso che fornisce servizi al dettaglio unicamente a utenti commerciali più grandi delle piccole e medie imprese dovrebbe essere considerata un'impresa attiva esclusivamente sul mercato all'ingrosso». Considerando 280 del CECE.

⁷¹ I. GODLOVITCH-B. SORRIES-T. GANTUMUR, *A tale of five cities: The implications of broadband business models on choice, price and quality*, Bad Hannof, 2017. Il paper confronta i risultati tra le città che hanno reti solo all'ingrosso rispetto a quelle che non ne hanno.

soggetta ad una domanda abbastanza variabile, in forte concorrenza, con cicli commerciali relativamente brevi, che rende gli investimenti a lungo termine in tecnologia innovativa più impegnativi. L'infrastruttura sottostante ha invece alcune caratteristiche di servizio "essenziale", con un ciclo di vita che abbraccia diversi decenni, attirando quindi investimenti e investitori a lungo termine⁷². Questa differenziazione è una tendenza generale, tanto più vera quanto è ampio il differenziale dell'intensità di concorrenza a monte ed a valle. Ovviamente, si è in presenza di un massimo di differenziazione quando si ha un operatore *wholesale-only* monopolista (anche locale) a monte, che è in grado di generare la relativa rendita (sebbene contenuta dalla regolazione).

Per quanto concerne, l'impatto sugli incentivi ad investire nelle nuove reti, la mancanza di asset infrastrutturali *legacy* (vecchia generazione in rame) che devono essere sostituiti, rappresenta in generale un alleggerimento dall'incentivo, distorsivo, a valorizzare un asset infrastrutturale, che sebbene ampiamente ammortizzato, può continuare ad avere un grande valore di mercato che gli investimenti in nuove tecnologie potrebbero "cannibalizzare"⁷³. Queste considerazioni sono certamente applicabili ai nuovi operatori *wholesale-only*, così come, tuttavia, ad ogni nuovo operatore che costruisca una nuova rete, indipendentemente cioè dalla sua condizione di separazione o integrazione verticale.

Per quanto concerne, infine, gli impatti positivi sulla concorrenza, questi sono (i) diretti a monte, derivanti dagli incentivi all'operatore incumbent ad elaborare una risposta competitiva (in termini di prezzi ed investimenti) ed (ii) indiretti a valle, in ragione dello sviluppo di una scelta alternativa di accesso per gli operatori a valle, maggiormente garantiti sotto un profilo di discriminazione (di prezzo e non di prezzo).

Il primo effetto a monte è rilevante, anche se la concorrenza infrastrutturale fra operatori verticalmente integrati può avere uno stesso effetto, in modo proporzionale al livello di infrastrutturazione dei concorrenti (sebbene nella maggior parte delle circostanze non riesce e concretizzarsi nella sua completezza). Il positivo impatto incrementale sulla concorrenza a valle dell'operatore verticalmente separato è invece evidente⁷⁴. Come accennato, questo impatto positivo è tuttavia tanto maggiore quanto lo sviluppo di un operatore *wholesale-only* avviene in aree in cui non era presente una concorrenza fra operatori (più o meno) verticalmente integrati. Ovvero, in altri termini, meno i concorrenti dell'incumbent hanno risalito la scala degli investimenti, e quindi in misura minore si sono emancipati dall'acquisto a monte di servizi di accesso alla rete dall'incumbent, più l'ingresso di un operatore *wholesale-only* apporta un miglioramento delle dinamiche concorrenziali nel mercato.

L'impatto pro-concorrenziale a valle è alla base dell'art. 80 CECE, che prevede una "mano leggera" del regolatore in termini di obblighi regolamentari imponibili ad un operatore *wholesale-only*, in osservanza del principio generale di proporzionalità della regolazione. Questa disposizione è ovviamente relativa a situazioni in cui l'operatore *wholesale-only* è dotato di significativo potere di mercato (SPM).

⁷²I. GODLOVITCH-J. KNIPS-C.-WERNICK, *op. cit.*

⁷³I. GODLOVITCH-J. KNIPS-C.-WERNICK, *op. cit.*

⁷⁴Considerando 280 CECE.

L'applicazione di questa disposizione, in caso l'operatore SPM *wholesale-only* non sia l'operatore storico⁷⁵, è quindi relativa a situazioni di mercato in cui l'ex monopolista è stato ampiamente ridimensionato nel mercato, non solo perdendo la sua posizione dominante, ma essendo a sua volta sottoposto al potere di mercato del nuovo operatore. È oggettivamente improbabile che tale situazione abbia luogo a livello di mercato geografico nazionale. È tuttavia ragionevole che possa invece crearsi in un contesto di mercato geografico sub-nazionale/locale, oppure regionale rurale, che l'ANR può andare a definire come mercati geografici separati, in ragione proprio degli investimenti del nuovo operatore (e di altri operatori alternativi).

Il modello *wholesale-only* è stato infatti adottato, nella grande maggioranza dei casi in UE, con un perimetro locale o regionale rurale ed è nella maggior parte delle occorrenze derivante da interventi pubblici o misto pubblico-privato. Questa osservazione fattuale è coerente con una concettualizzazione teorica del modello *wholesale-only*, che – come abbiamo sottolineato – trova maggiori ragioni di efficienza, in termini di impatto pro-competitivo e di attrazione di investimenti, dove non sia già in atto un (processo di) concorrenza infrastrutturale fra operatori (più o meno) verticalmente integrati e, ancor più, dove via sia un fallimento di mercato, nel senso che nessun operatore, neanche l'incumbent, trova profittevole sviluppare reti di nuova generazione.

Quest'ultima situazione ovviamente richiama la necessità di un intervento pubblico, che spesso si associa al modello *wholesale-only*, in quanto l'intervento privato da solo non può garantire, nonostante una regolazione incentivante, entrambi gli obiettivi di connettività stabiliti progressivamente dalla DAE-GS-DC, ovvero lo sviluppo di reti VHC ed una loro diffusione generalizzata, simile a quella del servizio universale⁷⁶.

4.2. Le diverse implementazioni del modello ed il loro diverso impatto

Un modello *wholesale-only* limitato ad aree geografiche circoscritte (locali o regionali rurali) può risultare un efficiente complemento alla scala degli investimenti, andando a “riempire i vuoti ed il divario digitale” risultanti dalle dinamiche di mercato, dove gli operatori integrati e, soprattutto, l'operatore incumbent, non hanno trovato profittevole investire. Per questo motivo, nella maggior parte dei casi, lo sviluppo di una rete *wholesale-only* è finanziato da denaro pubblico, al fine di sviluppare una politica di investimenti ‘*supply-driven*’, non guidata (o solo parzialmente guidata) da considerazioni di profittabilità e quindi dal livello di domanda in relazione ai costi di sviluppo. La ratio di tali investimenti è infatti un più ampio interesse pubblico tendente a valorizzare le esternalità di sistema di una nuova rete, che non si riflettono nell'attuale domanda, al fine di aumentare l'equità nella distribuzione di servizi ritenuti “essenziali”.

A questo riguardo è interessante osservare che un approccio non guidato dalla domanda trova naturale sfogo in un modello *wholesale-only* anche in ra-

⁷⁵Potrebbe infatti verificarsi la situazione di un operatore incumbent SPM, verticalmente integrato, che vada verso una separazione verticale volontaria e proprietaria (ai sensi dell'art. 78 CECE), integrando quindi la fattispecie di operatore *wholesale-only* ai sensi dell'art. 80 CECE.

⁷⁶Il costo medio per unità di installazione di una rete FTTH aumenta, infatti, in maniera non lineare rispetto alla copertura e quasi esponenzialmente per livelli elevati di copertura FTTH, ancor più, ovviamente, nelle aree rurali.

gione della sua separazione verticale e quindi della cesura con la domanda finale. Tuttavia, paradossalmente, questo può rappresentare un grande problema operativo nelle aree a fallimento di mercato in quanto la separazione verticale crea maggiori costi di transizione per lo sviluppo della nuova domanda, che non è appunto quella che ha guidato gli investimenti, o la sua migrazione dai servizi basati sulla rete legacy.

Un modello *wholesale-only* si può, tuttavia, ben sviluppare anche in ragione di strategie di ingresso e investimento selettivo (*cherry picking*) guidate da considerazioni di redditività residua del mercato derivante da una domanda sofisticata e avanzata e da una disponibilità a pagare non soddisfatta dall'offerta esistente.

In entrambi i casi, l'infrastrutturazione dell'operatore *wholesale-only* non si basa sull'*essential facility* dell'incumbent ma al contrario mira proprio a sviluppare investimenti complementari a quella infrastruttura. Questo processo ha luogo attraverso investimenti complementari, sia (i) ove esista una redditività residua ed una domanda non soddisfatta dall'offerta esistente, sia (ii) nel caso di investimenti "pubblici" nelle aree a fallimento di mercato (nonostante esista un possibile rischio di spiazzamento del co-investimento privato, che, come visto, può restringere l'ampiezza di tali aree).

Al contrario, se il modello *wholesale-only* si estende ad aree in cui la domanda esistente è soddisfatta dalle infrastrutture verticalmente integrate, o dell'incumbent o di operatori alternativi impegnati in una progressiva concorrenza infrastrutturale, esso si pone in chiara discontinuità con l'esistente approccio regolatorio. Un'estensione del modello *wholesale-only* su scala nazionale ha infatti un'alta probabilità di ridurre gli incentivi per gli operatori alternativi ad investire e ad avanzare nella scala degli investimenti, perché l'operatore *wholesale-only* nazionale: (i) esercita una concorrenza (effettiva o potenziale) su tutti i soggetti verticalmente integrati (anche prospetticamente); (ii) altera la scelta "*make or buy*" per il nuovo entrante, che non è più soggetta ai possibili incentivi regolatori attraverso la modulazione del prezzo di accesso alla rete dell'incumbent.

Un modello *wholesale-only* nazionale è tanto più sostenibile nel lungo periodo quanto più è possibile per un tale operatore marginalizzare il ruolo dell'incumbent e di tutti gli altri operatori verticalmente integrati. La dinamica concorrenziale di un nuovo operatore *wholesale-only* nazionale tende infatti ad assumere inevitabilmente connotati di una 'concorrenza per il mercato'. Questo processo rischia di creare delle inefficienze, basate sulla duplicazione non selettiva, ma strategica, degli investimenti ed un eccesso di offerta che risulta nettamente superiore a quella prodotta da una concorrenza infrastrutturale nel modello della scala degli investimenti⁷⁷. Quest'ultimo, così come a livello geografico lo "scacchiere degli investimenti", rispondono, infatti, alla geografia della domanda e della redditività di mercato (*demand-driven*). Ciò consente al mercato di modulare gli investimenti e la duplicazione delle infrastrutture, minimizzando le inefficienze, come peraltro richiesto dal quadro regolamentare europeo. A questo riguardo, è importante ricordare che nel per-

⁷⁷ Peraltro, in questo modello si possono presentare dei conflitti sulla priorità da attribuire fra gli investimenti in aree in concorrenza e quelli in aree a fallimento di mercato. Sotto un profilo di mercato gli ultimi sono quelli più sacrificabili, in ragione sia dell'assenza di concorrenza sia del finanziamento pubblico, ovviamente scontando sistemi di penali e revoca di concessioni in caso di ritardi eccessivi.

seguire gli obiettivi del quadro regolatorio le ANR «promuovono investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate»⁷⁸, e non qualsiasi investimento. Infine, come evidenziato nella sezione precedente, la scala degli investimenti può trovare una evoluzione cooperativa nel co-investimento che, ovviamente, elimina alla base i problemi di duplicazione inefficiente. Questo è invece precluso in un modello *wholesale-only*, che al contrario disincentivando gli investimenti alternativi, inibisce in generale l'adozione di efficienti processi di co-investimento.

Peraltro, anche nel suo obiettivo dichiarato e primario di promozione della concorrenza, un modello *wholesale-only* generalizzato, ovvero esteso a tutte le aree di mercato, crea rilevanti problematiche regolatorie. Infatti, il modello *wholesale-only* generalizzato potrebbe creare, almeno nel breve periodo, un *trade-off* proprio fra l'intensità della concorrenza a monte e di quella a valle. Semplificando: ad un dato livello di sviluppo di infrastrutture e di concorrenza, prezzi *wholesale* di accesso bassi dell'operatore storico intensificano la concorrenza a valle; tuttavia, allo stesso tempo, tali prezzi scoraggiano la concorrenza a monte dell'operatore esclusivamente all'ingrosso. I concorrenti a valle dell'operatore storico preferiranno, infatti, continuare ad acquistare accesso da quest'ultimo, nella misura in cui il rischio (percepito) di discriminazione (scontando la presenza della regolazione *ex ante*⁷⁹) è compensato da un prezzo inferiore. L'obiettivo di sviluppo generalizzato di un operatore *wholesale-only*, che porti ad aumentare la concorrenza a monte, potrebbe quindi richiedere un approccio regolatorio che progressivamente moduli al rialzo i prezzi di accesso dell'incumbent, non per incentivare gli investimenti degli operatori alternativi, ma per facilitarne il passaggio nel mercato *wholesale* verso l'operatore *wholesale-only*. Questo, oltre a creare un disincentivo per gli operatori alternativi ad investire (essendo aumentato il loro costo opportunità), può portare ad una sospensione (regolatoria ed antitrust), temporanea, della risposta competitiva dell'incumbent, in termini di prezzo *wholesale* a monte, e quindi un attenuarsi della concorrenza a valle.

Nel medio-lungo periodo, una volta che il modello si è consolidato ed esteso sul mercato, la concorrenza a valle sarà invece estremamente incentivata sotto un profilo qualitativo, in ragione della mancanza di discriminazioni verticali, ma probabilmente anche sotto un profilo quantitativo. L'operatore *wholesale-only* ha infatti un incontrastato e netto interesse a vendere servizi di accesso per riempire la sua rete⁸⁰. Questo è tanto vero che è stato persino paventato il rischio di un eccesso di concorrenza (di prezzo) derivante dagli incentivi per l'operatore *wholesale-only* ad offrire servizi di accesso che eliminino ogni costo di entrata ed uscita per gli operatori a valle, consentendo così l'entrata competitiva, anche di breve periodo, da parte di nuovi operatori attivi in mercati adiacenti⁸¹ – prospetticamente anche piattaforme digitali OTT in una estensione delle loro strategie di *envelopment* degli utenti⁸².

⁷⁸ Art. 3, comma 4, lett. d, CECE.

⁷⁹ In questo senso, è fondamentale ricordare che l'operatore SPM verticalmente integrato è soggetto ad una regolazione pro-concorrenziale, che controbilancia il suo potere di mercato e minimizza i rischi di abuso della sua posizione dominante.

⁸⁰ Al contrario di un operatore verticalmente integrato che, dando accesso alla sua rete, incrementa i suoi ricavi *wholesale*, ma, allo stesso tempo, fronteggia una maggiore concorrenza a valle che riduce i suoi ricavi retail.

⁸¹ A questo proposito, il riferimento teorico principale è quello dei "mercati (perfettamente) contendibili", sviluppata primariamente da W.J. BAUMOL, *Contestable markets: An uprising in the*

I vantaggi teorici del modello *wholesale-only* in termini di concorrenza si devono quindi pesare alla luce dei *trade-off* di mercato e regolatori, che trovano causa prima nell'estensione a livello nazionale di un modello concepito per uno sviluppo efficiente di reti locali/regionali rurali in maniera complementare rispetto al percorso di mercato e regolatorio esistente.

5. Il contesto di mercato e regolatorio italiano

5.1. Il ritardo infrastrutturale, il piano “BUL aree bianche” e l'operatore *Wholesale-only*

Gli indicatori DESI 2022 (relativi al 2021) collocano l'Italia al 24° posto nell'Unione europea per quanto concerne la categoria “connettività fissa”⁸³. Con specifico riguardo allo sviluppo infrastrutturale di reti fisse ad alta capacità, ovvero quelle reti su cui sono costruiti gli obiettivi di politica industriale posti dalla Unione Europea, l'Italia scende ancora, fino al 25° posto, avendo una copertura VHCN del 44,2% delle unità abitative, contro il 70,2% della media UE (dati 2021). Di seguito, nelle figure 5 e 6, sono rispettivamente riportati il benchmark UE al 2021 ed il confronto dell'andamento della media UE con l'Italia (in cui si evidenzia il diverso andamento ed i periodi di maggiore incremento del ritardo).

theory of industry structure: Reply, in *American Economic Review*, vol. 73, n. 3, 1983, pp. 491-96. Tale teoria si basa sull'effetto disciplinante della concorrenza potenziale ed effettiva in una situazione di assenza di costi di entrata. La realtà delle Telecom è tuttavia fatta di “mercati contendibili, ma non perfettamente”, ovvero di situazioni di mercato in cui ci sono ed è efficiente che ci siano costi di entrata economicamente sostenibili. Infatti, il costo di entrata (quando sostenibile) rappresenta anche un costo (opportunità) di uscita ed è alla base dello sviluppo di una concorrenza sostenibile di lungo periodo, che può essere incentivata dalla regolazione verso una progressiva infrastrutturazione. In caso contrario, ci troveremmo di fronte ad una concorrenza mordi e fuggi (*hit and run*) basata su una mera concorrenza di prezzo: una *comoditization* dei servizi ed una erosione improduttiva dei margini, che – inibendo ogni incentivo agli investimenti ed all'innovazione – danneggia nel medio-lungo periodo il mercato nel suo insieme ed anche i consumatori.

⁸² Le Big Tech possono godere di drastici ritorni crescenti di scala e significative economie di scopo, che spingono ad ampliare sempre più la scala e anche la varietà delle loro attività. Una strategia di mercato denominata *platform envelopment* che viene attuata attraverso una continua espansione dei servizi, forniti in distinti mercati, resi interoperabili per la stessa base di utenti e combinando funzionalità dei mercati di origine e di destinazione. In questa situazione, offrendo prodotti in bundle, le piattaforme possono fare leva e sfruttare le relazioni condivise della loro base utenti, così come le esternalità di rete, ed il potere di mercato. Inoltre, le strategie di *platform envelopment* mirano anche ad ampliare le informazioni e i dati raccolti dalle piattaforme e aumentarne qualità dei servizi ed efficienza produttiva attraverso il controllo incrociato delle informazioni relative a diversi contesti di mercato. Cfr. A. MANGANELLI-A. NICITA, *Regulating digital markets. The European approach*, Palgrave Macmillan, London, 2022.

⁸³ Il Digital Economy and Society Index (DESI) è un indicatore complessivo della performance digitale dei singoli paesi dell'UE. La Commissione europea monitora in questo modo i progressi digitali degli Stati membri dal 2014.

Figura 5 – Copertura reti VHC nel 2021 (% unità abitative)⁸⁴

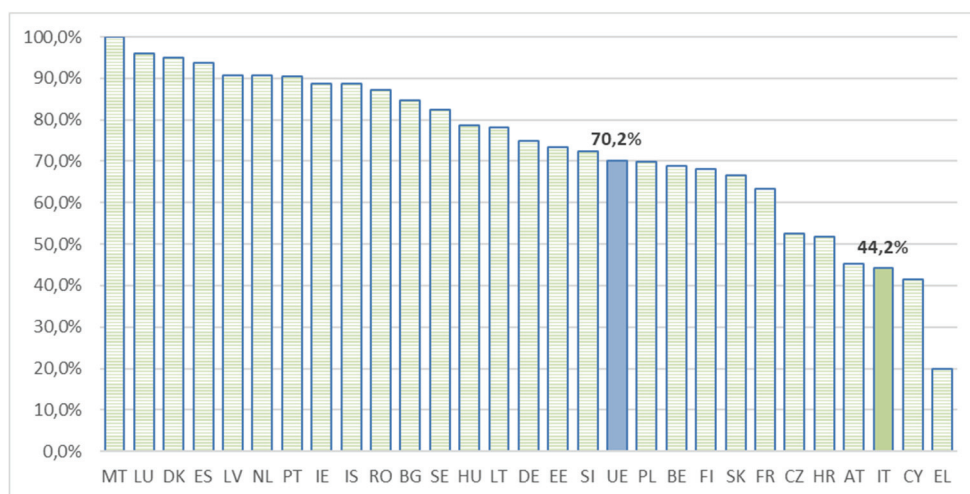
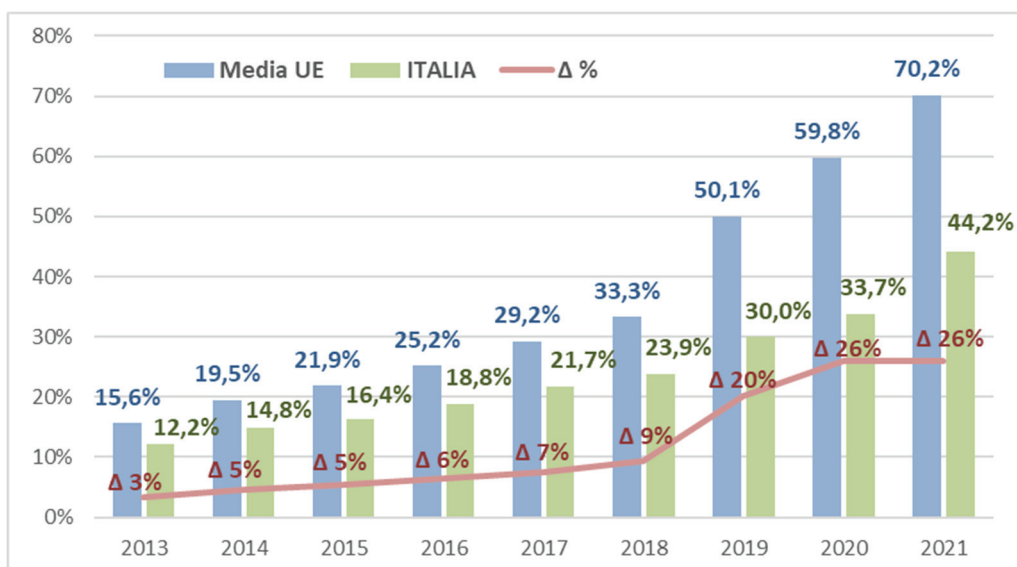


Figura 6 – Evoluzione copertura reti VHC in UE e Italia (% unità abitative)⁸⁵



Molto migliore è invece la situazione se si considera la connettività broadband NGA (ovvero tutte le connessioni fisse superiori a 30 Mbps): in questo ambito la copertura nazionale al 2021 è del 97% delle unità abitative, sopra la media UE, che è pari al 90% circa⁸⁶.

Per quanto concerne la domanda, varie analisi economiche hanno dimostrato che la disponibilità a pagare per servizi innovativi è relativamente bassa, in particolare per i servizi a banda larga ad altissima velocità⁸⁷, e questo è ancor più vero nel mercato italiano. Questa conclusione teorica è in linea con i

⁸⁴ Elaborazione su dati Indice DESI, 2022 e Digital Scoreboard, 2022.

⁸⁵ Elaborazione su dati Indice DESI, 2022 e Digital Scoreboard, 2022. Nella definizione del DESI, dal 2019 VHCN comprende FTTP + DOCSIS 3.1.

⁸⁶ EU Commission, *Digital scoreboard*, 2021.

⁸⁷ Si veda ad esempio W. BRIGLAUER-C. CAMBINI, *Determinants of fast and ultra-fast broadband adoption, the future of broadband policy: public target and private investments*, in FSR-Eui, *The future of broadband policy: public targets and private investment*, (2016).

dati: nel 2021 la domanda di servizi BB veloci si sono rivelati relativamente bassi rispetto alla copertura delle infrastrutture NGA esistenti. Questo è vero a livello di media UE, dove il 57,5% delle famiglie ha una connessione maggiore o uguale a 30 Mbps e soprattutto in Italia, dove la domanda e le percentuali di take-up sono ancor più basse, 48%, inferiori alla media UE nonostante la maggiore copertura⁸⁸.

Il ritardo nella copertura per le reti a banda ultra-larga in Italia deriva da una ben nota eredità strutturale specifica, ovvero la tradizionale assenza di collegamenti via cavo, che invece caratterizza altri paesi europei. Per questo motivo, in Italia l'intera copertura VHCN è basata su reti FTTH (*fiber to the home*). A questo dato, si associa il fatto che buona parte dell'elevata copertura NGA in Italia è basata invece su reti FTTC (*fiber to the cabinet*), che in Italia sono in grado di soddisfare gran parte della attuale domanda di larghezza di banda, fornendo quindi minori incentivi a migrare verso servizi su reti FTTH. Infatti, in ragione di una peculiare architettura di rete per cui gli armadi di strada (*cabinet*) sono molto vicini agli edifici, in Italia le reti FTTC hanno in media prestazioni più elevate rispetto agli altri paesi europei.

Sotto un profilo regolamentare, TIM è operatore SPM e la sua rete è regolata come infrastruttura essenziale a livello nazionale – con l'unica eccezione del comune di Milano che dal 2018 costituisce un mercato rilevante geografico separato⁸⁹. TIM, come ogni altro operatore verticalmente integrato o integrante (i.e., Fastweb), tende ad espandere (o aggiornare) gradualmente la propria rete in fibra in funzione delle dinamiche osservate dal lato della domanda (investimenti *demand driven*).

L'Italia ha, infatti, adottato pienamente il modello della scala degli investimenti, con alcuni operatori come Fastweb che sono avanzati lungo la scala, sebbene non producendo una duplicazione generalizzata della propria infrastruttura, ma solo in specifiche aree geografiche, ed arrivando in gran parte delle locazioni all'armadio di strada (SLU).

Il mercato italiano è quindi caratterizzato da un'elevata frammentazione geografica e disomogeneità per quanto riguarda l'accesso alla banda ultra-larga e le dinamiche concorrenziali sul territorio⁹⁰, che variano in un ampio spettro da (i) aree molto densamente popolate, come la città di Milano, dove lo sviluppo di reti VHC è profittevole per più operatori, ad (ii) aree a "fallimento di mercato", dove sono necessari iniziativa e sostegno economico pubblico per sviluppare una rete VHC o anche semplicemente UBB.

La strategia nazionale per la banda ultra-larga varata dal Governo nel 2015, avente l'obiettivo di sviluppare una rete con connettività di almeno 100 Mbps, ha suddiviso il territorio nazionale in 4 cluster (A, B, C, D): aree "neri" (cluster A), con almeno due reti alternative NGA nel 2016-2020; aree "grigie" (cluster B) con una rete NGA nel 2016-2020; e aree "bianche" (cluster C e D) a "fallimenti del mercato", con una rete in rame legacy e nessun aggiornamento dichiarato per il periodo 2016-2020⁹¹. In particolare, la costruzione di nuove

⁸⁸ EU Commission, *Digital Scoreboard*, 2021.

⁸⁹ Delibera AGCOM 348/19/CONS, Analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell'art. 50-ter del Codice.

⁹⁰ AGCOM 348/19/CONS.

⁹¹ L'approccio dell'aree colorate, elaborate dalla Commissione europea nei suoi "*Orientamenti comunitari per l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato in relazione alla rapida diffusione delle reti a banda larga*" (elaborati nel 2009 ed aggiornati nel 2013), comprende (1) Aree

reti nelle aree C e D (ancora in pieno corso, a giugno 2022, nonostante la conclusione dei lavori nel piano fosse prevista per il 2020), che coprono circa il 25% della popolazione italiana, ha ricevuto il supporto di finanziamenti pubblici attraverso una procedura pubblica di appalto, in ragione di insufficienti incentivi di mercato⁹². Il bando di gara prevedeva un *favor* verso soggetti verticalmente non integrati, garantendo un sensibile incremento di punteggio tecnico per gli operatori *wholesale-only*⁹³.

L'intervento pubblico di sussidio nelle aree "bianche" è avvenuto secondo il modello "a concessione", ovvero l'infrastruttura di rete co-finanziata dai contributi pubblici è di proprietà pubblica ma è data in concessione ventennale al soggetto aggiudicatario della gara d'appalto, con l'obbligo di dare accesso agli altri operatori di mercato che lo richiedano (indipendentemente dal fatto che il concessionario sia un operatore con SPM) in ottemperanza alle norme del trattato sugli aiuti di stato ed i relativi orientamenti di settore.

In questo contesto, si è avuto l'ingresso dell'operatore di Open Fiber che si è aggiudicato tutte le gare per le aree bianche ed il finanziamento pubblico per la costruzione e la gestione ventennale delle reti a banda ultra-larga nelle zone C e D. Tuttavia, l'ingresso nel mercato di Open Fiber si è esteso anche alle aree profittevoli (zone A e B) in cui ha effettuato ingenti investimenti privati senza sussidio pubblico⁹⁴.

Open Fiber investe ed opera secondo il modello dell'operatore infrastrutturale *wholesale-only*, con l'intento di sviluppare una rete FTTH a livello nazionale, in gran parte quindi in maniera indipendentemente dall'esistenza di una domanda effettiva, coprendo 271 grandi e medie città, comprendenti circa 9,5 milioni di unità abitative, che insieme a quelle nelle aree bianche assommano a circa 19 milioni (2/3 del Paese). Come ricordato, un modello *wholesale-only* esteso a livello nazionale – peculiarità principalmente italiana⁹⁵ – è in chiara discontinuità al modello della scala degli investimenti, fin qui adottato, ed agli

bianche, in cui non opera nessun operatore di rete BB, né ci sono piani di investimento per i successivi tre anni. Nelle zone bianche, è probabile che i sussidi per i servizi BB e NGA siano compatibili con le regole sugli aiuti di stato, in quanto l'aiuto promuove la coesione territoriale e lo sviluppo economico. (2) Aree grigie in cui una sola impresa è operativa con servizi BB e nessun altro provider è in grado di operare nei prossimi tre anni. Nelle aree grigie gli aiuti superflui devono essere oggetto di una valutazione di compatibilità completa e dettagliata. (3) Aree nere dove ci sono o saranno nei prossimi tre anni due o più operatori che forniscono la banda larga di base (copertura e concorrenza infrastrutturale). Nelle zone nere generalmente non sono ammessi aiuti. Gli orientamenti sono in fase di revisione, in considerazione dello sviluppo tecnologico e la diversa percezione (politica e sociale) di quale sia un servizio internet essenziale da fornire come "servizio universale".

⁹² Per quanto riguarda la differenza fra i cluster C e D, il Piano BUL 2015 definisce cluster C «[...] aree marginali attualmente a fallimento di mercato, incluse aree rurali, per le quali si stima che gli operatori possano maturare l'interesse a investire in reti con più di 100 Mbps soltanto grazie a un sostegno statale [...]» e cluster D «[...] aree tipicamente a fallimento di mercato per le quali solo l'intervento pubblico può garantire alla popolazione residente un servizio di connettività a più di 30 Mbps [...]».

⁹³ Da notare che anche TIM ha partecipato ad una delle tre gare, acquisendo il punteggio addizionale per i soggetti solo all'ingrosso, in ragione di una configurazione *ad hoc* del suo assetto specificamente disegnato per il piano bando BUL.

⁹⁴ Se non per il fatto che Open Fiber è nata nel 2016 da una fusione fra Metroweb (società di fibra dell'area metropolitana milanese) acquisita da CDP, e la neonata Enel Open Fiber ed investe quindi con risorse proprie, in parte conferite dagli azionisti a controllo pubblico, Enel e CDP, in parte prestate da un consorzio di 14 banche italiane e straniere.

⁹⁵ L'unico caso assimilabile in termini di copertura, sebbene non attuale ma in termini prospettici, è quello spagnolo di Onvia.

incentivi di mercato e regolatori che la promuovono – che non avevano portato alla copertura generalizzata di reti VHC.

Al di fuori delle aree bianche, oltre al modello *wholesale-only* di Open Fiber, ha preso corpo nel 2015 un primo progetto di co-investimento (non aperto⁹⁶), fra TIM e Fastweb attraverso la joint venture FlashFiber (TIM 80% e Fastweb 20%), che aveva l'obiettivo (completato nel 2020) di fornire una copertura FTTH a 3 milioni di famiglie in 29 grandi città italiane. L'accordo di joint-venture è stato esaminato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) come una possibile intesa anticoncorrenziale (ai sensi dell'art. 101 TFEU)⁹⁷, chiudendo poi l'istruttoria senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, a seguito dell'accettazione di impegni presentati dalle parti.

In ragione delle dinamiche competitive che hanno portato nuovi operatori a scegliere selettivamente dove competere e/o dove investire, creando una differenziazione geografica dei livelli di concorrenza e di investimento nel mercato, AGCOM ha iniziato ad adottare una differenziazione geografica dei rimedi, come adattamento geografico della regolazione incentivante adottata per la scala degli investimenti ("scacchiera degli investimenti"). Una regolazione efficiente ed incentivante implica infatti una differenziazione dei prezzi di accesso in base ai livelli locali di concorrenza infrastrutturale nell'unità geografica di riferimento⁹⁸. «Tenendo conto degli obiettivi di favorire la diffusione dei servizi di accesso NGA e VHC tra la popolazione e al tempo stesso favorire – attraverso la concorrenza – il miglioramento della qualità e l'innovazione, l'Autorità ha individuato nel Comune l'unità geografica di riferimento.»⁹⁹.

Conseguentemente, alla luce della situazione competitiva esistente, Agcom ha definito per i mercati dei servizi di accesso¹⁰⁰: (a) un mercato geografico separato, (i.e., differenziazione geografica dei mercati rilevanti), con riferimento al comune di Milano, in cui TIM non è operatore SPM e quindi non è sottoponibile a rimedi regolatori; (b) altre aree competitive, cosiddetti "Comuni contendibili", che – sebbene non costituiscono un mercato geografico separato – presentano un livello di concorrenza maggiore, in cui effettuare una differenziazione geografica dei rimedi attraverso una gradualità del controllo dei prezzi di alcuni servizi di accesso.

La declinazione geografica dei rimedi è valutata con un approccio dinamico-adattivo più accentuato, ed orientato al medio-lungo periodo, rispetto alla definizione di mercati geografici separati e quindi alle periodiche analisi di mercato previste dal Codice. Infatti, in questa ottica dinamica, AGCOM ha previsto (a) una definizione in concreto della lista dei comuni contendibili con cadenza annuale¹⁰¹; e (b) la possibilità di rivedere i criteri teorici sulla cui base

⁹⁶ Non rientrante, nemmeno astrattamente ed *ante litteram*, nel modello di co-investimento definito dal CECE.

⁹⁷ Procedimento AGCM I799 – Flash Fiber.

⁹⁸ M. BOURREAU-C. CAMBINI-S. HOERNIG, *Geographical Access Markets and Investments in Next Generation Networks*, cit.

⁹⁹ Punto 87 delibera AGCOM 348/19/CONS.

¹⁰⁰ In particolare, il mercato dei servizi di accesso locale all'ingrosso in postazione fissa (mercato 3a) ed il mercato dei servizi di accesso centrale all'ingrosso in postazione fissa per i prodotti di largo consumo (mercato 3b).

¹⁰¹ Art. 17, comma 2, della delibera 348.

è definita la lista dei comuni contendibili, in un processo di ulteriore e più sostanziale adattamento alle dinamiche di mercato ¹⁰².

5.2. Il piano “Italia a 1 Giga” ed il progetto di Co-investimento aperto

L'avanzamento progressivo della copertura VHCN, come evidenziato dalla figura 5, è nel complesso ancora lontano dagli obiettivi della “Gigabit Society” ¹⁰³, e ben al di sotto della media europea. Inoltre, l'incremento registrato nella copertura FTTH è stato accompagnato da un basso livello di migrazione e quindi di adozione di servizi.

Per rimediare i “fallimenti” dal lato della domanda, si sono avviati piani a suo sostegno (voucher connettività) sia per le famiglie sia, più recentemente, specificamente per le imprese. Per quanto concerne l'offerta, il 25 maggio 2021, è stata approvata dal Comitato interministeriale per la transizione digitale (CITD) la nuova strategia italiana per la banda ultralarga – verso la gigabit society, che si pone in continuità con la Strategia nazionale per la banda ultralarga del 2015. La nuova strategia si compone di sette interventi, fra questi il piano “Italia a 1 Giga” (con dotazione finanziaria 3,7Mld€) che intende fornire connettività ad almeno 1 Gbps in download e 200 Mbps in upload entro giugno 2026 alle unità immobiliari a “nuovo fallimento di mercato”. Considerando l'evoluzione tecnologica e l'evoluzione delle nuove esigenze di servizio universale, il finanziamento pubblico avverrà aree in cui non è presente, né lo sarà entro i prossimi cinque anni, alcuna rete idonea a fornire velocità di almeno 300 Mbit/s in download nell'ora di picco del traffico. A seguito della mappatura delle infrastrutture presenti o pianificate al 2026 dagli operatori di mercato, sono risultate “a nuovo fallimento di mercato” aree molto frammentate rientranti nelle aree cosiddette grigie e nere della precedente strategia, contenenti complessivamente circa 7 milioni di unità abitative. Il 15 gennaio 2022 è stato pubblicato il bando Italia a 1 Giga, suddiviso in 15 aree geografiche (lotti), con un tetto di aggiudicazione di massimo 8 lotti, senza alcun punteggio aggiuntivo per operatori *wholesale-only*. Il piano ha adottato il modello cosiddetto “a incentivo” (o *gap funding*), ovvero un co-finanziamento pubblico dell'investimento, fino al 70% delle spese sostenute per la costruzione delle infrastrutture, che rimangono poi di proprietà dell'impresa aggiudicataria. L'aggiudicatario avrà tuttavia stringenti obblighi di accesso all'ingrosso alle infrastrutture finanziate, cui tutti a tutti gli operatori potranno accedere sulla base degli indirizzi stabiliti da AGCOM. Il metodo a incentivo è stato ritenuto giustificato e maggiormente adatto al contesto di mercato frammentato in cui si andranno costruite le nuove reti ed in cui sono già presenti altri segmenti di rete. Diviene quindi essenziale costruire i nuovi segmenti di rete in modo complementare a quelli esistenti.

Contestualmente nel 2021, per la prima volta, è stato elaborato e presenta-

¹⁰² Punto 69 documento III della delibera 348.

¹⁰³ Il DAE ha chiesto agli Stati membri e alle imprese di raggiungere, entro il 2020, una disponibilità universale di almeno 30 Mbps per tutte le famiglie dell'UE e 100 Mbps per il 50% delle famiglie dell'UE. L'obiettivo generale di GS è garantire, entro il 2025, una connettività Gigabit (ovvero 1 Gbps = 1000 Mbps) per tutti i principali driver socioeconomici (ad esempio, istruzione, servizi governativi, hub di trasporto, imprese ad alta intensità digitale) e un accesso universale di almeno 100 Mbps, estendibili a 1 Gbps, per tutte le famiglie europee, anche nelle zone rurali e remote.

to ad una ANR un progetto di co-investimento aperto ai sensi dell'art. 76 CECE. Nel gennaio 2021, TIM, Fastweb e KKR Infrastructure hanno annunciato la creazione della *joint venture* FiberCop, fondata come veicolo per il co-investimento aperto in 2549 comuni delle aree "nere" e "grigie", escludendo Milano (in cui TIM non ha SPM).

TIM ha proposto un'offerta per un accordo di condivisione del rischio a lungo termine, tramite co-finanziamento o accordi strutturali di acquisto, sul modello di co-investimento con accesso unidirezionale, ma prevede anche la possibilità di partecipare al co-investimento attraverso l'acquisito di una partecipazione nel capitale sociale di FiberCop o di eventuali veicoli locali.

In base al piano di co-investimento FiberCop realizzerà entro il 2026 collegamenti FTTH dagli armadi stradali di TIM (rete di accesso secondaria¹⁰⁴), passando da FTTC a FTTH, e dando accesso alla nuova rete a qualsiasi altro co-investitore, e, successivamente, anche a terzi. I coinvestitori avranno accesso fisico alle connessioni della rete ottica passiva (PON) FTTH acquistando diritti d'uso irrevocabili (IRU) o dando un impegno minimo di acquisto¹⁰⁵.

In termini di apertura e condivisione del rischio, l'offerta di co-investimento (i) è aperta a qualsiasi fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica per un periodo di 10 anni dal 2021 al 2030; (ii) concede a tutti i soggetti interessati la possibilità di partecipare alla realizzazione del piano FiberCop assumendo una quota di rischio commisurata alla propria dimensione, livello di infrastrutturazione e di scelte strategico-aziendali di servizi in cui co-investire; (iii) fornisce condizioni di accesso eque, ragionevoli e non discriminatorie (FRAND), che riflettono il diverso grado di rischio assunto dai diversi co-investitori, ovvero prezzi progressivamente crescenti negli anni per chi aderisce successivamente.

In termini di apertura alle terze parti, è previsto: (i) dal 2021 l'accesso ai medesimi servizi e condizioni (qualità, velocità, raggiungibilità degli utenti finali) disponibili prima della realizzazione della nuova rete; (ii) dal 2026 l'accesso a semi-GPON e collegamenti P2P, a prezzi tuttavia maggiori di quelli praticati ai coinvestitori.

Con la delibera 1/22/CONS del gennaio 2022, AGCOM ha valutato l'offerta di co-investimento di TIM come conforme all'art. 76 CECE, avviando contestualmente, ai sensi dell'art. 79(2) CECE, una consultazione pubblica (test di

¹⁰⁴ La rete di accesso, che è il segmento più capillare e costoso della rete, sulla quale permangono in certe aree elementi di monopolio naturale e di fallimento di mercato, è la parte di rete che va dalla centrale locale all'utente finale. La rete di accesso si suddivide a sua volta in due segmenti, progressivamente più capillari: la rete di accesso primaria, che va dalla centrale locale all'armadio di strada, e la rete di accesso secondaria, che va dall'armadio di strada all'abitazione dell'utente.

¹⁰⁵ In dettaglio: i coinvestitori possono partecipare al co-investimento unidirezionale, attraverso (i) acquisto di diritti d'uso irrevocabili (IRU) per 20 anni, di accesso ai cabinet (splitter degli armadi ottici), abilitando l'acquisto di accessi semi-GPON in modalità "pay per use", senza tuttavia impegnarsi per volumi di acquisto minimi anticipati; (ii) accessi semi-GPON in "pay-per-use" acquistati previo impegno per un «minimo garantito» per un periodo di 10 anni a partire dall'anno di adesione (iia) per almeno un comune completo; (iib) con impegno sul numero complessivo di accessi, da acquistare in 10 anni dall'anno di adesione, pari ad almeno l'8% delle unità abitative coperte da FiberCop nei comuni selezionati dal co-investitore; (iic) impegno sul numero annuo di accessi che concorrono a raggiungere l'impegno complessivo sui 10 anni; (iii) fornitura di un collegamento in fibra P2P tra la sede del cliente finale e il Punto di Consegnatore Operatore (Pco) (iiia) per almeno un intero comune e (iiib) con "minimo garantito" di collegamenti P2P pari ad almeno lo 0,2% delle unità abitative coperte nei comuni selezionati da raggiungere in un periodo di 10 anni.

mercato) sul conseguente trattamento regolamentare della nuova rete in fibra oggetto dell'offerta. A valle della consultazione, il 7 aprile 2022 AGCOM ha notificato alla Commissione Europea la proposta di misura, ai sensi del procedimento di consolidamento del mercato europeo (art. 32 e 33 CECE). In mancanza di "seri dubbi" da parte della Commissione sulla compatibilità della misura con il mercato interno, questa verrà approvata da AGCOM rendendo gli impegni vincolanti e poi valutando la necessaria deregolazione che questi debbano comportare per l'operatore SPM, TIM.

Separatamente, nel dicembre 2020, AGCM ha avviato un procedimento per valutare se gli accordi esistenti per la costituzione di FiberCop, alla base del co-investimento, costituiscano un'intesa restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'art. 101 TFUE ¹⁰⁶. Nel febbraio 2022, AGCM ha chiuso il procedimento, senza accertare l'infrazione, accettando e rendendo vincolanti una serie di impegni, ulteriori ed indipendenti rispetto a quelli sottoposti ad AGCOM ¹⁰⁷.

5.3. La sovrapposizione di vari modelli di mercato e di intervento pubblico

Il contesto di mercato ed industriale nazionale, come emerge dalla sintetica descrizione che precede, è caratterizzato dalla sovrapposizione ed intersezione di vari modelli commerciali, regolatori e di politica industriale.

Per quanto concerne gli incentivi pubblici agli investimenti, in Italia così come nel resto d'Europa, questi sono attuati contestualmente attraverso:

(a) la regolazione, con incentivi indiretti che passano attraverso i nuovi strumenti del CECE, *in primis* il co-investimento; e

(b) l'intervento pubblico diretto, con contributi finanziari, nelle diverse modalità:

(b_i) "a concessione", ovvero di co-finanziamento di reti di proprietà pubblica, in concessione pluriennale (20 anni) all'aggiudicatario – come nei bandi BUL aree bianche;

(b_{ii}) "ad incentivo" o *gap funding*, ovvero di co-finanziamento alle imprese per la costruzione di reti di proprietà privata – come nel bando PNRR.

È necessario che questi interventi, seppur diversi e separati, siano coordinati negli obiettivi, nella tempistica e nella considerazione reciproca dei diversi incentivi che vengono forniti al mercato. Il coordinamento è complicato dal fatto che questi diversi incentivi sono forniti da soggetti diversi. Ovvia-

¹⁰⁶ Procedimento AGCM I850 – Accordi FiberCop.

¹⁰⁷ I principali impegni assunti sono: (i) assicurare tempi certi di realizzazione della rete FiberCop ed effettiva disponibilità per commercializzazione; (ii) agevolare la costruzione della rete primaria dei co-investitori nei comuni privi di fibra Flash Fiber (*lease and buy*); (iii) offrire uno sconto a co-investitori su fibre aggiuntive per la realizzazione della fibra in rete primaria nei 29 Comuni Flash Fiber; (iv) consentire accesso a non co-investitori al servizio passivo semi-GPON in *pay per use* dal 2026; (v) offrire ai co-investitori di IRU a 20 anni un profilo *entry level*; (vi) aumentare la flessibilità in eccesso per l'applicazione del prezzo previsto per il minimo garantito; (vii) concedere ai co-investitori la facoltà di installare terminazioni di rete ottica presso la sede del cliente finale; (viii) chiarire nelle comunicazioni commerciali che i consumatori sono liberi di installare modem non forniti da TIM; (ix) restringere il perimetro dell'offerta di co-investimento ai soli servizi passivi; (x) consentire ai co-investitori una gestione autonoma dell'attivazione del cliente finale (*provisioning*) e la sua assistenza tecnica (*assurance*); (xi) costituire un Comitato Tecnico dei co-investitori; (xii) impedire a FiberCop il trasferimento delle info commerciali sensibili tra azionisti.

mente, gli incentivi regolatori sono di competenza di AGCOM e l'intervento diretto di competenza governativa. Tuttavia, anche all'interno dello stesso Governo, è stata amplificata, senza un motivo sostanziale, la frammentazione attuativa¹⁰⁸.

Per quanto concerne i modelli di mercato, come descritto, si ha nelle stesse aree geografiche una sovrapposizione di:

(a) la scala (o scacchiere) degli investimenti, in cui gli operatori verticalmente integrati decidono in che misura realizzare la propria infrastruttura o acquistare servizi di accesso dall'operatore storico TIM (scelta *make or buy*), con la sua evoluzione cooperativa di coinvestimento (FlashFiber, prima ed il nuovo progetto FiberCop ai sensi dell'art. 76 CECE);

(b) il modello di operatore solo all'ingrosso esteso a livello nazionale, Open Fiber, che si sviluppa in modalità *supply-driven* ed in cui gli operatori richiedenti accesso non investono in reti proprie ed operano in concorrenza esclusivamente sui mercati al dettaglio a valle.

Guardando ai comportamenti passati, nelle 29 città coperte da FlashFiber, la coesistenza di due modelli – di coinvestimento (FlashFiber) e di operatore unico all'ingrosso (Open Fiber) – ha generato una strategia di mercato secondo la quale gli operatori si imitano reciprocamente a livello territoriale¹⁰⁹. Nel complesso, i consumatori italiani mantengono oggi opportunità molto diverse e si assiste quindi a (i) una attività duplicazione strategica selettiva di infrastrutture in alcune aree, e contestualmente a (ii) un diffuso e persistente ritardo negli investimenti FTTH nelle altre aree. Parimenti, nell'attuale scenario di mercato, ci si potrebbe attendere che entrambe le società (FiberCop e Open Fiber) trovino razionale rispondere agli investimenti del concorrente, nelle stesse aree, seguendo una strategia reciproca di *leader-follower*.

Le inefficienze di mercato conseguenti una giustapposizione di modelli infrastrutturali e di business, consistono principalmente in:

(i) duplicazione strategica ma inefficiente (ovvero non derivante dalla domanda e dalle caratteristiche del mercato) di segmenti di rete di accesso,

(b) cui viene data priorità rispetto alla copertura (co-finanziata dall'intervento pubblico) nelle zone a fallimento di mercato – se questo non comporta investimenti complementari agli esistenti (come potrebbe avvenire nelle aree “grigie” del piano Italia 1 Giga),

(c) che produce una generazione eccessiva di capacità nelle aree di concorrenza a monte, in quanto sia il modello di co-investimento sia il modello

¹⁰⁸ I contributi a “concessione” sono gestiti dal Ministero per lo Sviluppo economico (MISE), mentre i contributi “ad incentivo” dal Dipartimento per la Trasformazione Digitale alla Presidenza del Consiglio.

¹⁰⁹ In questo senso, è interessante anche il procedimento AGCM A514 – Condotte Fibra Telecom Italia, al termine del quale TIM è stata sanzionata per 116 milioni di euro per abuso di posizione dominante, per aver posto in essere una strategia finalizzata ad ostacolare lo sviluppo in senso concorrenziale degli investimenti in infrastrutture di rete a banda ultra-larga nelle aree bianche, principalmente attuando una modifica non profittevole (rispetto alla mappatura effettuata) dei piani di copertura di tali aree (“Piano Aggiuntivo Cassiopea”) e quindi seguendo i piani di investimento della concessionaria Open Fiber. Inoltre, TIM ha operato un abbassamento dei prezzi della propria offerta di servizi di accesso alla rete in fibra su tutto il territorio nazionale, teso ad un lock-in preventivo del bacino di domanda contendibile dagli altri operatori *wholesale*, i.e. Open Fiber.

wholesale-only devono progettare un'infrastruttura in grado di soddisfare l'intera domanda potenziale,

(d) compromettendo quindi il ritorno degli investimenti e generando ulteriori ritardi nelle aree a fallimento di mercato (sebbene co-finanziati).

In questo già complesso scenario si instaura il piano Italia a 1 GIGA, che – a seguito dell'assegnazione dei 15 lotti in gara (con un *cap* di 8 lotti) – potrebbe o (i) indirettamente compartimentare il mercato a monte, indirizzando gli investimenti incrementali di ogni concorrente nelle aree di aggiudicazione dei bandi; oppure (ii) rendere ancor più estese le sovrapposizioni e profonde le interdipendenze, sì da creare una ancor maggiore spinta alle duplicazioni strategiche.

6. “Rete unica”: modello per l'evoluzione dello scenario nazionale?

6.1. Un approccio di politica industriale

La composita evoluzione degli scenari regolatori, di mercato e di politica industriale, così come le dinamiche societarie e di *management* dei due principali operatori di rete nazionali, sono stati al centro del dibattito pubblico e politico degli ultimi anni. In questo contesto, con alterne vicende, la fusione dei due operatori di rete, TIM e Open Fiber, è stata individuata come un possibile scenario, al fine di creare la così detta “rete unica”.

Sintetizzando e sistematizzando gli elementi di riflessione teorica che hanno accompagnato (invero in modo spesso disordinato) il dibattito di policy, questa soluzione dovrebbe portare a:

(a) un coordinamento territoriale degli investimenti all'ingrosso, che eviti duplicazioni inefficienti in alcune aree e sotto-investimenti in altre;

(b) l'accelerazione e ottimizzazione dei piani di investimento, concentrando in modo efficiente le risorse, private e pubbliche, in modo da accelerare in modo significativo il dispiegamento di una rete FTTH e lo switch-off della rete in rame a livello nazionale;

(c) l'amplificazione delle effettive complementarità tecniche tra le infrastrutture di TIM e OF, in modo da aumentare economie di scala, varietà e densità associate alla condivisione di reti, asset, capitale umano, capitale finanziario, servizi di attivazione e assistenza al cliente finale;

(d) la realizzazione di un sistema integrato per la definizione e per il monitoraggio dei protocolli relativi alle comunicazioni e alla sicurezza della rete in generale.

A questo proposito si deve innanzi tutto chiarire che, a differenza degli altri modelli descritti, la “rete unica” non è un modello regolatorio. Questa possibile soluzione è infatti in chiara controtendenza con l'approccio regolatorio degli ultimi decenni, confermato con modifiche dal CECE, che ha fra i suoi obiettivi lo sviluppo della concorrenza: «le autorità nazionali di regolamentazione e le altre autorità competenti, nonché il BEREC, la Commissione e gli Stati membri perseguono ciascuno dei seguenti obiettivi generali ... promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate, compresa un'efficace concorrenza basata sulle infrastrutture, e nella

fornitura dei servizi di comunicazione elettronica e dei servizi correlati» (art. 3, comma 2, lettera b) CECE).

Questo possibile cambio di rotta radicale non può quindi che trovare ragioni, tecnico-economiche ma anche politiche, nella trasformazione degli elementi che avevano guidato i processi di liberalizzazione, anch'essi di natura tecnico-economica ma anche politica. Ovvero, da un lato, una ridefinizione e nuova espansione dell'ambito di monopolio naturale per quanto concerne le nuove reti (rispetto al restringimento propulsivo delle liberalizzazioni) e, dall'altro lato, una ridefinizione ed aggiornamento espansivo del perimetro dei servizi che devono avere carattere di universalità (servizio universale), andando a coprire pienamente la connettività a banda-ultra larga ¹¹⁰.

La combinazione dei due elementi (monopolio naturale e servizio universale) porta "istintivamente" il ragionamento di policy a tenere in prima considerazione (analogamente a quanto avvenuto nei contesti pre-liberalizzazione) la funzione "pubblicistica" di tale assetto di mercato, e conseguentemente la proprietà o controllo pubblico della "rete unica". Ciò è ovviamente agevolato dall'attuale ruolo ricoperto dallo "Stato investitore" ¹¹¹, attraverso Cassa Depositi e Prestiti (CDP), nei due principali operatori di rete fissa in Italia ¹¹².

Peraltro, considerazioni ulteriori di "interesse nazionale" contribuiscono alla nuova costruzione di una visione pubblicistica della rete. Innanzi tutto, il ruolo sempre maggiore che ha acquisito la sicurezza fisica e logica delle reti, dei servizi e dei dati su esse veicolati (cybersicurezza) ¹¹³. L'altro elemento cruciale è rappresentato dagli ingenti finanziamenti pubblici che sono stati erogati e sono in corso di erogazione per la costruzione delle reti, soprattutto con il modello "ad incentivo" dove la proprietà della rete resta al soggetto aggiudicatario dei finanziamenti ¹¹⁴.

Per questi motivi, la creazione di una "rete unica" non può che essere il risultato di un'azione di politica industriale. Infatti, la rete unica, oltre a non essere un modello regolatorio, non è un modello che il mercato, regolato in maniera pro-concorrenziale, potrebbe autonomamente ed efficacemente perseguire. In altri termini, se il policy maker nazionale vede la creazione di una rete unica (ed il suo controllo pubblico) come risultati desiderabili, nonostante i

¹¹⁰ Il servizio universale riguarda tradizionalmente i servizi di voce fissa e, dal 2010, l'accesso a Internet con funzionalità base. In seguito alla definizione degli obiettivi di policy sulla infrastrutturazione – DAE (2010) e GS (2016), il CECE ha affermato in modo esplicito che «il concetto di servizio universale dovrebbe evolvere al fine di rispecchiare il progresso tecnologico, l'evoluzione del mercato e della domanda degli utenti» (considerando 210), «affinché tutti i consumatori nei loro territori abbiano accesso a un prezzo abbordabile, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, a un adeguato servizio di accesso a internet a banda larga» (art. 84, comma 1, CECE). Non ha tuttavia specificato quale sia la velocità minima adeguata, lasciando alle politiche nazionali la definizione concreta di quali servizi, livelli di qualità e obiettivi di fornitura siano da includere nel servizio universale.

¹¹¹ Cfr. F. BASSANINI-G., NAPOLITANO-L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2021.

¹¹² In particolare, CDP è azionista di controllo di Open Fiber, con il 60% delle azioni, e di minoranza di Tim, con il 9,8%.

¹¹³ Cfr. Direttiva 2016/1148/UE sulla sicurezza delle reti e l'informazione (Direttiva NIS) e Regolamento n. 2019/881 istitutivo di ENISA (*European Union Agency for Cybersecurity*). A livello nazionale, il d.l. n. 82/2021 ha ridefinito l'architettura nazionale della cybersicurezza e istituito l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN).

¹¹⁴ Come descritto nel paragrafo precedente, in alcuni ambiti di mercato, come quello che caratterizza il piano "Italia ad 1 giga", esistono comunque solide motivazioni economiche ed industriali sull'utilizzo del modello ad incentivo.

possibili rischi di mercato e regolatori ad esso associati (che di seguito verranno esaminati), deve costruire una politica industriale in tal senso. Una politica industriale che, compatibilmente con i vincoli europei – *in primis* l'indipendenza del regolatore¹¹⁵, faciliti dinamiche di mercato e regolatorie che vadano in una direzione di consolidamento. Questo è viepiù vero se si considera che le evoluzioni di mercato di cui si sta considerando una revisione (o inversione), ovvero la privatizzazione dell'operatore di rete storico (TIM) e la spinta verso la creazione di una infrastruttura di rete (Open Fiber) completamente alternativa alla rete esistente, sono entrambe state chiare azioni di politica industriale nazionale¹¹⁶.

Essendo il diritto europeo agnostico sulla proprietà pubblica o privata delle imprese¹¹⁷, nulla osta in linea di principio alla riacquisizione della proprietà o controllo pubblico degli operatori di rete di comunicazione elettroniche. Tuttavia, se nessun ostacolo giuridico avrebbe ostacolato un'azione tesa a riacquisire il controllo pubblico di TIM in assenza di un concorrente a monte, esiste oggi l'evidente e non triviale problema che la sola acquisizione del controllo di CDP di entrambi gli operatori configurerebbe di per sé una concentrazione che va a costituire (mercato di Milano) o rafforzare (mercato del resto d'Italia) una posizione (super) dominante nei mercati dei servizi di accesso.

L'inversione delle dinamiche che hanno portato due operatori di rete in concorrenza nel mercato trova, infatti, chiari ostacoli (a prescindere della proprietà pubblica o privata) nella normativa europea (e nazionale) relativa al controllo delle concentrazioni tra imprese, tesa a difendere una effettiva concorrenza nei mercati, limitando le dinamiche di concentrazione che non avvengano attraverso la fisiologia del mercato stesso¹¹⁸.

Infine, per completezza del ragionamento, sembra importante ricordare che le regole europee di liberalizzazione formale e sostanziale del settore¹¹⁹, così come le regole orizzontali sugli aiuti di stato, difendono con ancor maggior forza il mantenimento di una potenziale ed effettiva nuova entrata nel mercato delle reti di comunicazione elettronica, anche attraverso la progressiva infrastrutturazione di soggetti operanti a valle. In altri termini, la politica che sicuramente non può trovare una revisione, ed ancor meno una inversione, è

¹¹⁵ L'Unione europea ha progressivamente imposto agli Stati membri requisiti sempre più rigorosi di indipendenza delle Autorità di regolazione, che devono essere indipendenti da a) operatori del mercato, essendo le ANR «giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisca reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica»; e b) qualsiasi altro ente pubblico, compreso il governo nazionale, in quanto le ANR «non sollecitano né accettano istruzioni da alcun altro organismo nell'esercizio dei compiti loro affidati ai sensi del diritto nazionale che recepisce il diritto dell'Unione» (Art. 6, comma 1, e Art. 8, comma 2, CECE).

¹¹⁶ In questo senso si veda, in questa rivista, E. BRUTI LIBERATI, *Scelte di politica industriale e sociale, regolazione e mercato. Il caso della unificazione delle reti fisse di comunicazione elettronica*, in questa *Rivista*, 1/2020.

¹¹⁷ Le istituzioni dell'Unione Europea non hanno mai incoraggiato o imposto la privatizzazione di imprese statali che competono nei mercati liberalizzati. Tale approccio agnostico da parte dell'Unione Europea, garantito dall'art. 345 TFUE, è dovuto al fatto che i diritti di proprietà sono sempre stati considerati dalle istituzioni dell'UE un ambito politico molto sensibile da trattare a livello nazionale.

¹¹⁸ Art. 2 Regolamento UE n. 139/2004.

¹¹⁹ Sistematizzate adesso nel CECE che disciplina la regolazione dell'entrata, tramite autorizzazione generale (art. 12 e ss.), e la regolazione dell'accesso, anche alle sole infrastrutture passive di ingegneria civile (art 59 e ss. e art 72 e 73).

quella che ha portato alla eliminazione di diritti speciali ed esclusivi nel settore, *in primis*, il superamento del monopolio legale (pubblico) ¹²⁰.

6.2. La separazione verticale come rimedio regolatorio, strategia aziendale o rimedio antitrust?

Il consolidamento dei due operatori TIM/FiberCop ed OpenFiber, alla luce della legislazione pro-concorrenziale, è ritenuto astrattamente possibile solamente preservando una concorrenza effettiva nel mercato a valle, *in primis*, attraverso una separazione verticale di TIM.

Infatti, come descritto in precedenza con riferimento agli operatori *wholesale-only*, la separazione verticale ha un impatto positivo sulla concorrenza a valle in quanto “rimuove *ab origine* gli incentivi ad attuare condotte discriminatorie sotto il profilo economico e tecnico da parte del gestore della rete”. Infatti, come si afferma nell’indagine conoscitiva congiunta AGCM-AGCOM, sebbene non in riferimento ad una concentrazione, “tale configurazione di mercato è idonea a garantire lo sviluppo di un assetto altamente competitivo nel mercato della fornitura retail di servizi broadband” ¹²¹.

Nel dibattito di policy sul progetto politico-industriale di “rete unica” si è quindi discusso, a largo raggio, di quale fossero i percorsi e gli strumenti più idonei per portare a compimento una separazione verticale dell’operatore incumbente: come rimedio regolatorio, strategia aziendale o rimedio antitrust?

Come descritto in precedenza, la separazione funzionale è uno dei rimedi pro-concorrenziali previsti dal CECE, che tuttavia una ANR può imporre all’impresa SPM verticalmente integrata solo “in casi eccezionali ... ove non si sia riusciti a conseguire un’effettiva non discriminazione in alcuni dei mercati interessati e ove siano scarse o assenti le prospettive di concorrenza a livello delle infrastrutture in un lasso di tempo ragionevole, anche dopo aver fatto ricorso ad una o più misure correttive precedentemente ritenute appropriate” ¹²².

Si considera quindi la separazione verticale come rimedio di ultima istanza perché (a) è un rimedio strutturale molto invasivo, la cui applicazione deve essere ben delimitata e ristretta secondo il principio di proporzionalità, e per questo l’art. 77 prevede un’approvazione preventiva da parte della Commissione sulla base di una dettagliata richiesta presentata dalla ANR ¹²³; (b) impli-

¹²⁰ Vero è che il combinato disposto dell’art 106, par. 1 e 106 par. 2 TFUE prevede la possibilità di riconoscere diritti speciali ed esclusivi e di limitare l’applicazione delle regole di concorrenza per le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale, se questo è strettamente necessario per l’adempimento della missione di interesse pubblico a loro affidata. Tuttavia, da anni, questa valutazione è operata direttamente dal legislatore europeo, settore per settore, definendo gli ambiti in cui limitazioni della libertà di entrata sono consentite. Come descritto nell’introduzione, nel settore delle comunicazioni elettroniche il CECE, basato sull’art 114 per l’armonizzazione delle discipline europee, definisce un massimo livello di liberalizzazione. Peraltro, le prime direttive trovavano invece base giuridica nell’art 106, par. 3 TFUE ed erano state emanate dalla Commissione per la contrarietà con l’art 106 dell’assetto di monopolio legale nei vari mercati delle comunicazioni elettroniche.

¹²¹ Delibera AGCOM n. 1/14/CONS; procedimento AGCM Ic48: “Indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga”.

¹²² Considerando 202 CECE.

¹²³ In particolare, la ANR deve fornire alla Commissione per la sua decisione: a) prove che gli altri obblighi imposti si siano rivelati inefficaci per conseguire un’effettiva concorrenza; b) una valutazione motivata dell’impossibilità che si crei una concorrenza effettiva e sostenibile

ca una deviazione dal principio base del quadro regolatorio tendente a promuovere, quando efficiente, una concorrenza infrastrutturale e, conseguentemente, è difficile da sostenere la sua necessità una volta che la concorrenza infrastrutturale si è sviluppata; e (c) comporta trade-off economici e di efficienza compositi e complessi.

Per quanto concerne i trade-off, da un lato, la separazione verticale garantisce la fornitura di prodotti di accesso pienamente equivalenti a tutti gli operatori a valle, comprese le divisioni a valle dello stesso operatore verticalmente integrato¹²⁴. Tuttavia, dall'altro lato, può avere un impatto negativo sull'efficienza produttiva dell'incumbent integrato verticalmente in quanto può causare: (a) una riduzione delle economie di scala e di varietà, creando peraltro duplicazioni di costi fissi, soprattutto in ragione della sempre maggiore interdipendenza nelle telecomunicazioni fra reti e servizi e dell'avvicinamento a questi ultimi delle componenti intelligenti della rete; (b) un aumento dei costi di transazione, (b_i) *ex ante* – coinvolti nell'acquisto di servizi di accesso sul mercato¹²⁵, e (b_{ii}) *ex post* – relativi alla gestione di contratti incompleti in presenza di investimenti specifici (*hold-up*)¹²⁶. Inoltre, (c) la separazione verticale potrebbe alterare gli incentivi per l'impresa ad investire e aggiornare la sua rete, così come evidenziato anche dal CECE, che sottolinea come sia «molto importante assicurare che la sua imposizione [separazione funzionale] non dissuada l'impresa interessata dall'investire nella sua rete e non comporti effetti potenzialmente negativi sui vantaggi per i consumatori.»¹²⁷. Quest'ultimo aspetto problematico è ridotto se e quando un operatore separato verticalmente fronteggia una concorrenza a monte, mentre aumenta in caso di SPM e ancor più in caso di monopolio¹²⁸, come nello scenario di “rete unica”. Diviene quindi necessaria una regolazione del monopolio *wholesale* a monte che, oltre imporre prezzi equi e ragionevoli, stabilisca obiettivi di efficienza, di qualità di servizio e di investimento¹²⁹.

basata sulle infrastrutture; c) un'analisi dell'impatto a largo raggio sull'impresa, in particolare sulla forza lavoro dell'impresa separata, sull'impatto sui suoi incentivi ad investire e sui consumatori.

¹²⁴ La separazione verticale implica guadagni di efficienza allocativa proporzionali anche all'incapacità dell'attuale regolazione pro-concorrenziale a produrre tali effetti: non si deve infatti dimenticare che la separazione verticale avverrebbe in un contesto di mercato regolato.

¹²⁵ La fondamentale scelta “*make or buy*”, che abbiamo visto essere considerata come oggetto della regolazione per perseguire una concorrenza infrastrutturale, è innanzi tutto una scelta aziendale di efficienza produttiva che definisce i confini fra integrazione e separazione verticale. Sia consentito a riguardo il riferimento al classico R. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, vol. 4, n. 16, pp.386-405.

¹²⁶ Cfr. O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press, New York, 1985; ed anche A. NICITA-U. PAGANO, *Incomplete Contracts and Institutions*, in J. BACKHAUS (ed.), *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2nd ed., Cheltenham, 2005, pp. 145-161.

¹²⁷ Considerando 202 CECE.

¹²⁸ Si veda in questo senso M. CAVE-C. DOYLE, *Network separation and investment incentives in telecommunications*, disponibile su *ResearchGate*, 2007. Si veda anche M. BOURREAU-S. HOERNIG-W. MAXWELL, *Cooperation between firms to deploy very high-capacity networks*, CERRE report, 2020. In particular, «*there are clear risks associated with such operators [Wholesale-Only operators] concerning investment co-ordination and investment holdout and delay.*”.

¹²⁹ Il contesto nazionale attuale, come sottolineato, si allontana dallo scenario teorico, almeno per il breve-medio termine, in considerazione degli incentivi ad investire derivanti dai finanziamenti pubblici. Inoltre, TIM è impegnata con FiberCop nel progetto di co-investimento aperto, che – sia di per sé, dato l'oggetto e l'effetto del co-investimento, sia per gli impegni specifici as-

Questi sono i motivi per cui il rimedio regolatorio di separazione verticale fino ad adesso non è mai stato applicato da alcuna ANR in Europa. Il CECE ha mantenuto la possibilità di imporre tale rimedio, tuttavia, in considerazione del nuovo contesto di policy incentrato sugli investimenti, l'imposizione di un obbligo di separazione verticale sembra ancora più improbabile, soprattutto in un contesto di mercato dove la concorrenza infrastrutturale si è progressivamente rafforzata. In questo senso si deve inoltre ricordare che l'imposizione di tale rimedio regolatorio non può derivare da un indirizzo di politica industriale, in quanto competenza esclusiva di AGCOM, che decide sulla base della situazione di mercato, secondo i criteri stabiliti dalla legge ed in seguito ad approvazione da parte della Commissione.

Peraltro, come descritto precedentemente, la separazione funzionale *ex art. 77*, da un lato, è stata esplicitamente esclusa dal CECE per un operatore SPM impegnato in un co-investimento VHCN e, dall'altro lato, non potrebbe comunque spingersi fino ad una separazione proprietaria.

Come è ben noto, esistono infatti diversi possibili "gradi di separazione"¹³⁰, e.g., contabile, funzionale, legale o societaria, proprietaria: ciascuno dei quali ha un impatto molto diverso sulla situazione aziendale e di mercato¹³¹. Il dibattito di policy sulla "rete unica" e quindi sulla creazione di una nuova super dominanza a monte sembra far riferimento ad una contropartita pro-concorrenziale di separazione verticale del monopolista storico, di carattere societario o proprietario, non contemplata dall'art. 77.

Possono invece spingersi fino ad una separazione proprietaria gli impegni vincolanti in un processo di separazione volontaria, *ex art. 78* CECE, che sono peraltro attuabili anche in caso di co-investimento. Ci sono stati diversi casi europei di impegni di separazione volontaria *ex art. 78* (o come similare impegno davanti alle autorità di concorrenza), ma nessuno di questi è arrivato, sebbene fosse possibile, ad una separazione proprietaria¹³².

È quindi rilevante in questo senso la proposta di separazione verticale legale volontaria della rete fissa di accesso secondaria presentata da TIM, a settembre 2020, ai sensi dell'*ex art. 50-ter* del CCE (adesso art. 89 CCE e art. 78 del CECE) per la costituzione di FiberCop. Su questa proposta, AGCOM, con delibera 637/20/CONS, ha avviato un procedimento istruttorio di analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa e la consultazione pubblica concernente il progetto di separazione. AGCOM ha prorogato varie volte i termini del procedimento, da ultimo a dicembre 2021, al fine di considerare

sunti con AGCOM e AGCM – mantiene alta l'efficienza dinamica verso gli investimenti nell'infrastruttura.

¹³⁰ M. CAVE, *Six Degrees of Separation: Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation, Communications & Strategies*, 2006, n. 64, p. 89.

¹³¹ Tutti gli operatori SPM in Europa sono soggetti ad una separazione contabile, che rappresenta un rimedio "ordinario" del CECE (art 71) finalizzato alla verifica degli obblighi di non-discriminazione.

¹³² Finora, in Europa si sono verificati 8 casi di separazione volontaria (6 nell'UE), vale a dire in Repubblica Ceca, Danimarca, Irlanda, Islanda, Italia, Polonia, Portogallo e Regno Unito. Il loro grado di separazione va dalla separazione funzionale inizialmente perseguita da BT nel Regno Unito, TIM in Italia, e gli incumbent polacco e irlandese; fino alla separazione legale perseguita da operatori come CETIN/O2 nella Repubblica Ceca, TDC in Danimarca, e poi BT nel 2017 con la separazione legale di Openreach, PT con la separazione di FastFiber nel 2020, ed anche il procedimento iniziato da TIM nel 2021 con la creazione di FiberCop. L'unico caso di separazione strutturale nei paesi OCSE è extra-UE ed in particolare in Nuova Zelanda (insieme all'incompiuto e controverso progetto australiano). Cfr. CULLEN INTERNATIONAL, *Models of separation, equivalence of treatment and the role of the supervisory committee*, 2019.

gli esiti del progetto di co-investimento che, ovviamente, avrà significativi impatti sull'analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso.

La separazione verticale volontaria di un operatore SPM verticalmente integrato non può essere effettuata come una semplice operazione aziendale, ma rappresenta per tale operatore un procedimento regolatorio, su iniziativa della parte interessata. Infatti, «le imprese che siano state designate come aventi un significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti ai sensi dell'art. 78 informano l'Autorità almeno con un preavviso di novanta giorni prima di qualsiasi trasferimento delle loro attività nelle reti di accesso locale, o una parte significativa di queste, a un soggetto giuridico separato sotto controllo di terzi, o istituzione di un'entità commerciale separata per fornire a tutti i fornitori al dettaglio, comprese le proprie divisioni al dettaglio, prodotti di accesso pienamente equivalenti.» ... «L'Autorità valuta l'effetto della transazione prevista, se del caso insieme agli impegni offerti, sugli obblighi normativi esistenti in base al presente decreto.» «A tal fine l'Autorità consulta soggetti terzi e ... sulla base della propria analisi, l'Autorità, acquisendo ove opportuno il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, impone, mantiene, modifica o revoca gli obblighi conformemente alle procedure di cui agli artt. 23 e 33, applicando, se del caso, l'art. 91 (i.e., imprese attive esclusivamente sul mercato all'ingrosso).».

Tuttavia, in una prospettiva di fusione, una separazione verticale volontaria di TIM, prima della possibile concentrazione, potrebbe non facilitare l'approvazione dell'operazione da parte della Commissione europea (DG Comp) ai sensi del regolamento n. 139/2004. Questo è vero sia nel caso in cui TIM porti avanti la proposta di separazione già notificata, sia nel caso in cui ne progetti e notifichi una nuova, anche con un "grado di separazione" più profondo (come quella prospettata e recentemente approvata dal CdA di TIM a marzo 2022).

Infatti, sotto un profilo antitrust di analisi delle concentrazioni non rileva soltanto l'assetto di mercato cui si giunge al termine di una concentrazione, ma anche e soprattutto l'impatto negativo sulla concorrenza, e quindi quale è il "differenziale concorrenziale" rispetto all'assetto di partenza. La concentrazione, una volta notificata alla Commissione, per aumentare la probabilità di essere approvata con condizioni, deve aver luogo in una situazione in cui si possa creare un *trade-off* concorrenziale, ovvero una situazione in cui ad una perdita di concorrenza a monte – per la creazione del quasi-monopolio – possa corrispondere un guadagno di concorrenza a valle – in ragione della creazione di un operatore *wholesale-only* che non abbia incentivi ad effettuare discriminazioni di prezzo. Se la separazione viene invece effettuata in anticipo rispetto alla concentrazione, la prima non può rappresentare un'attenuazione all'ostacolo significativo alla concorrenza che quella concentrazione, puramente orizzontale fra due soggetti attivi solo a monte, va a provocare nei termini dell'art. 2(2) del regolamento n. 139.

È evidente, inoltre, come la natura regolatoria della separazione verticale volontaria porrebbe il processo di creazione della "rete unica" come oggetto di due distinti e non coordinati procedimenti: (a) antitrust, per la concentrazione e (b) regolatorio, per la separazione verticale volontaria, con evidenti possibili problemi di interdipendenza fra l'azione delle due Autorità (sovrapposizione, esternalità e potenzialmente anche di *regulatory competition*¹³³).

¹³³ Cfr. A. MANGANELLI, *L'interazione fra regolazione e tutela della concorrenza*, cit. In questa stessa direzione, autorevole dottrina giuridica ha da tempo segnalato una tensione nel si-

Nella dialettica europea-nazionale, si pone anche uno scenario potenzialmente molto diverso, nel caso in cui la concentrazione dovesse risultare non avere dimensione euro-unitaria, nel senso dell'art. 1(1) del regolamento n. 139, ma rientrasse nell'art. 5 e 6 della legge nazionale a tutela della concorrenza (ovviamente di esclusiva competenza di AGCM). In questo caso, esercitando i poteri di cui all'art. 25 della legge n. 287/1990, il governo potrebbe dare peso giuridico ed attuazione alla sua politica industriale, determinando «in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'art. 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti». La plausibilità di questo scenario, che è funzione delle soglie di fatturato e geografiche previste all'art. 1(2) e 1(3) del regolamento n. 139, dipenderà anche e soprattutto dalla configurazione della concentrazione e dal ruolo dei fondi di investimento (attori globali) che fanno parte dell'azionariato di Open Fiber e Fibercop.

In ogni caso, a prescindere dal plesso normativo che andrà a regolare la concentrazione, la politica industriale che ragiona sulla “rete unica” per risolvere inefficienti duplicazioni e perseguire gli altri interessi pubblici prima evidenziati, deve considerare la contropartita concorrenziale necessaria, anche in termini di separazione verticale, per rendere compatibile la concentrazione orizzontale con le norme antitrust; tuttavia, allo stesso tempo, deve anche considerare i trade-off insiti nella separazione verticale, ovvero i potenziali effetti negativi in termini di efficienza produttiva e dinamica.

6.3. Un modello alternativo “convergente”: fra politica industriale e regolazione, fra *wholesale-only* e co-investimento

La tassonomia descritta alla figura 4, dove i nuovi modelli di mercato e regolatori “a monte” si innestano, più o meno in continuità, sul classico approccio della “scala degli investimenti”, considera come variabile la struttura verticale dei soli concorrenti agli operatori storici. L'integrazione verticale di questi ultimi è, invece, considerata una costante.

Tuttavia, alla luce delle riflessioni prima elaborate, la struttura verticale dell'incumbent si potrebbe ben configurare come valore limite della variabile quantitativa del rapporto di cooperazione a monte. In altri termini, uno degli assunti alla base della politica delle “rete unica” è che la cooperazione necessaria a monte per intensificare gli investimenti innovativi potrebbe essere così intensa da rendere più efficace, o per alcuni aspetti efficiente, rispetto ad un co-investimento, la sua internalizzazione in un'unica impresa, mediante una concentrazione. In questo caso, le garanzie concorrenziali fornite da un operatore *wholesale-only* separato verticalmente diventano estremamente rilevanti sia per la regolazione sia per il diritto della concorrenza, anche se forse non sarebbero completamente dirimenti.

Possono, infatti, residuare rilevanti problematiche antitrust anche nello sce-

stema delle Autorità indipendenti derivante proprio «dalla competizione che si è sviluppata tra le autorità, per la difesa di competenze o per l'acquisizione di competenze nelle zone di confine, oppure per la spartizione di risorse». S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel “sistema” delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2011.

nario in cui la concentrazione è accompagnata da una separazione strutturale come rimedio e, a maggior ragione, se la concentrazione ha carattere meramente orizzontale fra due soggetti attivi solo nel mercato a monte. La classica analisi delle concentrazioni, soprattutto in ambito esclusivamente orizzontale, tende infatti a focalizzarsi sugli ambiti di concorrenza diretta e quindi le sovrapposizioni geografiche (oltre ovviamente a quelle di prodotto). La Commissione probabilmente selezionerebbe le aree più profittevoli in cui la duplicazione delle infrastrutture è già avvenuta, come quelle dove applicare un possibile rimedio strutturale geografico: in quelle aree, infatti, la duplicazione e la concorrenza infrastrutturale è desiderabile (se e per quanto avvenuta seguendo la domanda ed il mercato) e una sua eliminazione creerebbe una sostanziale riduzione della concorrenza diretta¹³⁴.

La possibile contropartita concorrenziale incrementale, a cui condizionare l'autorizzazione della concentrazione, sarebbe dunque rappresentata dal mantenimento di un certo livello di concorrenza a monte differenziato geograficamente, attraverso la cessione di parti di rete di accesso ad uno o più *remedy-taker* locali. Si creerebbe così una serie di reti locali alternative che potrebbero esercitare una efficace pressione concorrenziale sull'operatore di rete derivante dalla concentrazione; tuttavia, se la politica industriale nazionale è tesa a creare una "rete unica," questo esito rimediare andrebbe in una direzione ben diversa.

Ovviamente, nella valutazione della Commissione, la definizione dei rimedi pro-concorrenziali sarebbe effettuata tenendo in considerazione eventuali guadagni di efficienza (ad esempio, in termini di prezzo e/o disponibilità di servizi innovativi). Tuttavia, deve essere dimostrato che questi eventuali efficienze vadano principalmente a beneficio dei consumatori e, soprattutto, che non siano conseguibili con altri strumenti con un impatto anticoncorrenziale minore, come ad esempio specifici MoU di cooperazione¹³⁵ e accordi di co-investimento aperto. Infatti, le efficienze derivanti da una eventuale fusione fra TIM ed OpenFiber, tranne alcuni aspetti di condivisione di costi generali, sembrano soprattutto relative agli investimenti in corso di realizzazione, e non – ad una prima analisi – agli investimenti già effettuati che hanno portato ad una duplicazione concorrenziale delle infrastrutture.

In questo senso, la domanda che, insieme alle Autorità di concorrenza, il policy maker ed il mercato dovrebbero porsi è se i risultati che si intendono perseguire non siano conseguibili senza arrivare ad una concentrazione, ma declinando la variabile di cooperazione per rimanere, per quanto possibile, in un ambito di co-investimento, nella sua accezione strutturale, attraverso ad esempio una joint-venture (come prevista anche dall'art 76 CECE).

¹³⁴ Può, a scopo esemplificativo, essere presa in considerazione l'analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa effettuata da AGCOM nella delibera 348/19/CONS che ha definito per i servizi di accesso *wholesale*: (a) un mercato geografico separato, con riferimento al comune di Milano, in cui TIM non è operatore SPM in ragione dell'alto livello di vincoli concorrenziale cui è sottoposta; (b) un numero (ridefinito ogni anno) di "Comuni contendibili", che – sebbene non costituiscano mercati geografici separati – presentano un livello di concorrenza maggiore rispetto al più ampio mercato nazionale.

¹³⁵ In questa direzione, il MoU fra TIM e OpenFiber concluso a maggio 2022, in cui TIM garantisce condizioni migliorative, rispetto a quanto già previsto dalle delibere Agcom, per l'accesso alle infrastrutture di posa aerea, e.g., (a) possibilità di installare 4 fibre e non 2 sulle palificate; (b) utilizzo delle tratte di adduzione aeree; (c) attività di preparazione e ripristino infrastrutture in carico ad OF. Inoltre, TIM si è impegnata ad attivare nelle aree bianche i suoi "primi" 500 mila clienti su rete Open Fiber.

Sarebbe questo un approccio essenzialmente guidato dalle considerazioni di politica industriale, ma basato su una convergenza dei modelli regolatori e di mercato esistenti, il *wholesale-only* ed il co-investimento. Una estesa e chiara cooperazione fra TIM e Open Fiber, ampliando e rafforzando il co-investimento aperto di FiberCop, su cui potrebbe facilmente convergere una separazione funzionale di TIM (anche in termini di accentuata “equivalenza degli inputs”¹³⁶), ma che non debba necessariamente arrivare ad una separazione strutturale.

Questo scenario tenderebbe a risolvere i problemi di coordinamento degli investimenti ed eliminare le inefficienze di duplicazione. Peraltro, può rappresentare una possibile soluzione ai problemi di mercato e regolatori derivanti dalla discontinuità e *trade-off*, descritti nel paragrafo 4.2, tra l'approccio esistente della scala degli investimenti, nella sua evoluzione cooperativa del co-investimento, ed una concorrenza a monte non selettiva ma generalizzata da parte dell'operatore *wholesale-only*.

Si delineerebbe un percorso evolutivo di adattamento della struttura dell'*incumbent* al mercato, attraverso un nuovo “modello convergente”, in grado di sviluppare una maggiore cooperazione a monte, per intensificare e coordinare gli investimenti, non solo dei due operatori di rete principali ma di tutti i partecipanti attuali e potenziali al co-investimento aperto, che deve rafforzarsi, consentendo tutte le tipologie progressivamente più intense di co-investimento (portando ad una internalizzazione nel co-investimento della scala degli investimenti). Allo stesso tempo, amplifica le garanzie concorrenziali che accompagnano il co-investimento, adottando un efficace modello di separazione verticale funzionale, che – in assenza di concentrazione – può essere più liberamente disegnata e attuata come strategia aziendale.

Ne consegue che il modello convergente condurrebbe ad un'infrastruttura *end-to-end* che, diversamente dal modello solo all'ingrosso puro, è associata a una “pluralità di reti”, più o meno concorrenti a valle. Un modello dove la decisione “*make or buy*” da parte degli operatori che richiedono l'accesso sarebbe ulteriormente ampliata, garantendo la piena flessibilità di scelta sul grado di accesso disaggregato e sul tempo in cui effettuarlo, non disincentivando così la potenziale infrastrutturazione selettiva e coordinata di operatori alternativi che volessero investire. Un modello, peraltro, che, in ragione dell'estensione del co-investimento, come descritto al paragrafo 2.2., potrebbe beneficiare di un grado di alleggerimento degli obblighi regolatori ancor più ampio di quello destinato ad un operatore *wholesale-only*.

Sarebbe questo forse un risultato di *second best* in relazione al “piano” di “rete unica”, ma sicuramente una soluzione più facilmente perseguibile sotto un profilo antitrust, che creerebbe una minore discontinuità con i modelli regolatori esistenti e minori rischi distorsivi delle dinamiche di mercato, ma che, alla fine, può comunque portare al perseguimento degli interessi pubblici individuati.

Per chiudere il cerchio, oltre alla convergenza fra politica industriale e rego-

¹³⁶ Gli obblighi di non discriminazione possono essere basati sull'equivalenza degli input (EoI) o sull'equivalenza degli output (EoO). Il modello di “*equivalence of outputs*” implica una comparabilità, in termini di funzionalità e prezzo, dei prodotti che l'operatore SMP offre agli operatori alternativi e alla propria attività di vendita al dettaglio. Possono essere tuttavia utilizzati processi diversi. Il modello di equivalenza degli input è più rigoroso e richiede l'applicazione degli stessi prezzi e processi ai prodotti all'ingrosso a monte per i concorrenti e per le attività di vendita al dettaglio dello stesso incumbent.

lazione, da un lato, e fra i diversi modelli regolatori (co-investimento e *whole-sale-only*) dall'altro, è necessario il rafforzamento di un ultimo aspetto di convergenza. Una più intensa convergenza fra regolazione e tutela della concorrenza, dalla quale siamo partiti in quanto principio cardine del quadro regolatorio del 2002, non può non essere pietra angolare anche di questa nuova possibile evoluzione. Alla base dell'approccio descritto, esiste infatti una profonda interdipendenza fra regolazione e tutela della concorrenza. Peraltro, le azioni dell'autorità di concorrenza e del regolatore di settore – istituite su una complementarità – nei nuovi modelli di mercato e regolatori sembrano essere caratterizzate da crescenti elementi di sostituibilità¹³⁷.

Sembra quindi necessario facilitare e perseguire un coordinamento rafforzato fra regolatore di settore e autorità della concorrenza, che può esplicitarsi ad esempio attraverso l'elaborazione di protocolli di intesa specifici. Questi andrebbero ad affiancare quello generale esistente¹³⁸, al fine di elaborare linee guida comuni per le operazioni di co-investimento e separazione verticale, anche in continuità ed ampliamento dell'indagine conoscitiva congiunta del 2014 sulla concorrenza nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle nuove reti¹³⁹. In questo modo, le Autorità andrebbero a creare un superstrato di *soft law*, che – in modo simile a ciò che avviene a livello europeo – vincolerebbe i soggetti emananti, avendo un impatto non marginale sull'interpretazione ed attuazione del diritto esistente. Oltre ad adattare ulteriormente ed in modo esplicito il diritto di derivazione europea alle specifiche circostanze nazionali, una nuova analisi conoscitiva e linee guida comuni specifiche accrescerebbero enormemente la certezza del diritto in un contesto molto composito e complesso, facilitando infine l'efficacia e l'efficienza sia delle dinamiche di mercato sia della definizione ed attuazione delle politiche pubbliche.

¹³⁷ Cfr. A. MANGANELLI, *L'interazione fra regolazione e tutela della concorrenza*, cit.

¹³⁸ Protocollo d'intesa AGCM – AGCOM, 22 maggio 2013.

¹³⁹ Delibera AGCOM n. 1/14/CONS e procedimento AGCM Ic48, cit.



SAGGI

I consumi degli utenti finali del servizio idrico tra regolazione tariffaria e scienze comportamentali *

Domestic consumption of the water service between economic regulation and behavioral sciences

di **Gianluca Cavalieri** **

ABSTRACT

Il contributo esamina la tematica ambientale e sociale del consumo di acqua per usi idropotabili in chiave comportamentale, mettendo in evidenza, anche grazie al confronto con esperienze paradigmatiche entro cui hanno assunto particolare rilevanza tecniche di nudge e una rigorosa misurazione degli utilizzi, i limiti di un modello tariffario che spesso non riesce a stimolare comportamenti virtuosi e rischia anche di penalizzare nuclei famigliari numerosi.

This study covers the environmental and social impact of potable water use, highlighting the limitation of water and wastewater tariffs that are unable to drive positive behaviours but are often detrimental to large families. The analysis draws a comparison with existing empirical models where the use of nudge techniques together with a rigorous measurement of water consumption, have proved particularly successful.

SOMMARIO: 1. Scopo del lavoro e premesse metodologiche. – 2. Il quadro della tutela giuridica delle acque sul piano quantitativo: sintesi dello stato dell'arte ed evidenze dei limiti di un approccio esclusivamente normativo al problema dei consumi ad uso civile. – 3. Una prima risposta: il ricorso alla doppia leva del "prezzo" e della "misurazione" dei consumi e i limiti di tali strumenti. – 4. La possibile implementazione dei consumi idrici anche attraverso strumenti di economia comportamentale: ricognizione e analisi di alcuni esperimenti. – 5. Conclusioni.

* Il presente lavoro è una versione lievemente rivista della relazione intitolata *Scienze comportamentali e impiego di risorse esauribili: le politiche idriche sul consumo domestico di acqua* presentata nell'ambito ciclo di seminari che si è svolto presso l'Università dell'Insubria nell'a.a. 2020/2021. La relazione verrà pubblicata nel volume M. CAFAGNO-E. BOSCOLO-C. LEONE-M. FAZIO-M. BARBERA-G. CAVALIERI (a cura di), *Dalle regole ai comportamenti. Conversazioni in tema di amministrazione e persuasione*, Mimesis, Milano, 2022.

** Dottore di ricerca e docente a contratto di diritto pubblico dell'economia sostenibile, Università degli Studi dell'Insubria.

1. Scopo del lavoro e premesse metodologiche

Oggetto dello studio sono le politiche idriche sul consumo domestico di acqua. Nella consapevolezza dell'ampiezza e complessità della questione, si è scelto di prendere in considerazione in questa sede uno specifico segmento problematico, costituito dalle scelte di consumo degli utenti finali del servizio idrico¹. Ci si concentrerà, dunque, sulla tutela della risorsa idrica dal punto di vista quantitativo, mentre non verranno esaminati, in questa sede, gli aspetti connessi alla qualità dell'acqua.

L'angolo visuale prescelto offre due vantaggi. In primo luogo, i comportamenti degli utenti finali del servizio idrico sono espressione di scelte che si collocano a cavallo tra sistema 1 e sistema 2, secondo la nota definizione di Kahneman²: sono, cioè, scelte tendenzialmente semplici, immediate, che non comportano particolari sforzi di elaborazione e dunque si prestano particolarmente per una riflessione come quella qui proposta³; in secondo luogo, la dimensione del fenomeno è tale che il conseguimento di un miglioramento anche minimo in termini percentuali sul comportamento degli utenti, considerati singolarmente, assume nel suo complesso un rilievo assai significativo in termini quantitativi.

Sul piano metodologico, muovendo dalla convinzione – fondata, come si vedrà, su dati oggettivi – che un approccio squisitamente normativo al problema in esame abbia prodotto e sia inevitabilmente destinato a produrre risul-

¹ La prospettiva adottata non consente di trattare in questa sede, ad esempio, il tema delle inefficienze della rete di distribuzione, che concorre in misura significativa a determinare i problemi di sovra-estrazione di acqua nel nostro Paese; così come non è qui possibile affrontare il problema connesso alla strutturazione dei canoni per l'impiego di risorse idriche a fini – non potabili, ma – industriali e agricoli: canoni che, spesso, non riflettono o non riflettono pienamente i costi connessi all'impiego della risorsa idrica (v. al riguardo il d.m. 24 febbraio 2015, n. 39 del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, *Regolamento recante i criteri per la definizione del costo ambientale e del costo della risorsa per i vari settori d'impiego dell'acqua*).

² D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2018, p. 25 ss. che distingue le modalità di pensiero dell'essere umano in due tipologie: la prima, veloce e automatica, non richiederebbe uno sforzo volontario o richiederebbe uno sforzo minimo (sistema 1); la seconda, invece, indirizzerebbe l'attenzione verso attività mentali impegnative, come calcoli complessi (sistema 2). A Kahneman va senz'altro il merito di aver sviluppato e divulgato riflessioni originariamente appannaggio di una ristretta cerchia di studiosi di psicologia, pur tenendo presente che, come sottolinea lo stesso Autore, i termini "sistema 1" e "sistema 2" furono originariamente conati dagli psicologi Keith Stanovich e Richard West.

Dello stesso Autore sono opere risalenti, ma dai contenuti ancora attuali, quelle sui meccanismi decisionali elaborate a cavallo degli anni '80 del secolo scorso, con cui ha messo fortemente in discussione il modello della razionalità perfetta delle scelte: v. in particolare D. KAHNEMAN-A. TVERSKY, *Teoria del prospetto: un'analisi della decisione sotto rischio, econometrica*, 1979, vol. 47 e D. KAHNEMAN-A. TVERSKY, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, 211, p. 453 ss.

Le implicazioni di tali studi sono estremamente interessanti ai fini che qui rilevano ed anche, più in generale, per la comprensione di fenomeni attuali, come le risposte comportamentali in epoca pandemica. Per un esempio v. il recente contributo di C. LEONE, *Riflessioni sull'utilizzo delle scienze comportamentali nella gestione dell'emergenza sanitaria e nella politica vaccinale*, in *Federalismi*, 2022, f. 6, p. 430 ss. (anch'esso nato dalla riflessione condotta presso l'Università dell'Insubria e destinato alla pubblicazione nel volume in corso di stampa con Mimesis, come segnalato dall'A. nella prima nota).

³ Va riconosciuto che, al contempo, ne definiscono anche la portata, perché certamente non è scontato che le considerazioni che verranno svolte con specifico riferimento al tema esaminato, secondo l'approccio metodologico prescelto, risultino valide anche in relazione a contesti diversi, caratterizzati da scelte complesse e/o procedimentalizzate.

tati insufficienti o, comunque, non pienamente appaganti, si cercherà di dimostrare che l'implementazione di politiche idriche efficaci ed efficienti richiede anche una adeguata considerazione e valorizzazione delle dinamiche comportamentali degli utenti, secondo l'approccio proposto dalle *behavioral sciences*⁴.

Come dimostra una letteratura ormai ampia, l'attitudine delle norme giuridiche a modificare i comportamenti non è affatto scontata, ma dipende in larga misura dall'interazione tra le norme e l'insieme delle variabili che concorrono a definire il contesto in cui le stesse sono destinate ad operare, condizionando la percezione e, dunque, la risposta comportamentale dei destinatari⁵.

⁴ Oltre al già citato D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e pensieri veloci*, si v. nella letteratura internazionale, senza pretesa di completezza, D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C. SUNSTEIN, *Rumore*, Utet, Torino, 2021; C.R. Sunstein-R.H. Thaler, *Nudge* (trad. it.), Feltrinelli, Milano, 2014; R.H. THALER, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale* (trad. it.), Einaudi, Torino, 2018; E. ANGNER, *Economia comportamentale*, Hoepli, Milano, 2016; R. SUTHERLAND, *Alchemy: The Surprising Power of Ideas that Don't Make Sense*, HarperCollins, 2019; OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, 2017; C.R. SUNSTEIN, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, London, 2017; L. M. FRIEDMAN, *Impact. How Law Affects Behavior*, Harvard University Press, 2016; H.A. SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, Il Mulino, Bologna, 2019; ID., *Razionalità, causalità, organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1985; R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, 2014; D. GOLEMAN, *Intelligenza emotiva* (trad. it.), Rizzoli, Milano, 2011; nella letteratura nazionale, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; R. VIALE, *Oltre il nudge*, Il Mulino, Bologna, 2018; C. BONA-R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013; L. COMINELLI, *Cognizione del diritto. Per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico*, Franco Angeli, Milano, 2015; N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, f. 1, p. 1 ss.; M. DE BENEDETTO-N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 2019, f. 3, p. 748 ss.; F. DI PORTO-N. RANGONE, *Behavioural Science in practice: lessons for EU Rulemakers*, in A. ALEMANNO-A.-L. SIBONY (a cura di), *Nudge and the law. A European perspective*, Hart Publishing, 2015, pp. 29 ss.

⁵ In termini particolarmente efficaci, R. VIALE, *Che cos'è l'analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, in R. VIALE-L. MACCHI (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2021, a pp. 22-23 osserva che «dovrebbe essere razionale per il cittadino decidere secondo le finalità della policy. Sembrerebbe auspicabile che per raggiungere questo obiettivo i policy-makers si siano dotati di modelli psicologici realistici sui processi di ragionamento, giudizio e decisione umana. Giuristi ed economisti purtroppo ne sono completamente privi. I nostri legislatori e giuristi adottano un modello di *Homo juridicus* che assomiglia al piccione di Skinner [Viale 2018a]: tutto comportamento, niente mente. Il comportamento del cittadino si indirizza attraverso i rinforzi e le punizioni. Le leggi o gli altri strumenti del policy-maker non devono essere interessati a incorporare una rappresentazione dell'attività mentale, della sua dimensione emozionale e cognitiva e di come le informazioni esterne vengono rappresentate, interpretate e diventano premesse dell'azione. Se il legislatore vuole raggiungere un obiettivo, deve concentrarsi sulla struttura delle punizioni (ad esempio le sanzioni pecuniarie e penali) e dei rinforzi (ad esempio gli incentivi economici). Il modello di *Homo oeconomicus* (o *Econ* secondo Richard Thaler) non è migliore a questo riguardo: la mente è un insieme empiricamente vuoto, ma formalmente pieno degli algoritmi di massimizzazione. In base a essi il policy-maker dovrebbe prevedere gli effetti delle policy sul comportamento razionale del cittadino. La componente cognitiva, emozionale e corporea non interessa in quanto è trattata solo come effetto trascurabile di disturbo.» L'Autore osserva poi, a p. 33 ss., che il ruolo dell'analisi comportamentale non è circoscritto alla mera individuazione di politiche pubbliche «comportamentali», ma è più ampio, perché l'obiettivo di fondo è «individuare attraverso una opportuna attività di *behavioral insights* (BI) a monte quali strumenti di policy possono essere più efficaci per raggiungere l'obiettivo del policy-maker», suggerendo dunque un approccio sperimentale in cui assume un rilievo decisivo la verifica degli effetti degli strumenti implementati e l'aggiornamento costante degli stessi alla luce dei risultati riscontrati (richiama, a tal fine, i vari passaggi in cui si articola la realizzazione di un *behavioral insights*, secondo la griglia proposta da M. HALLSWORTH-E. KIRKMAN, *Behavioral Insights*, 2020, MIT press; una schematizzazione molto simile è ripresa anche nel *position paper* n. 174 del Laboratorio REF RICERCHE, *La 'spinta gentile': riforma a costo zero*, marzo 2021, p. 10 ss. <https://laboratorioref.it/category/pubblicazioni/>).

A tal fine, verranno dapprima messi in luce i limiti dell'approccio normativo – vale a dire, i limiti insiti nella pretesa di modificare i comportamenti degli utenti del servizio idrico esclusivamente mediante l'introduzione di norme di legge che prevedano vincoli, obblighi e divieti, a cui sono associate sanzioni, secondo l'impostazione tipica del “comando e controllo”⁶ – e, in seguito, verranno esaminati alcuni interessanti studi ed esperimenti che dimostrano le potenzialità degli strumenti tipici delle scienze comportamentali.

2. Il quadro della tutela giuridica delle acque sul piano quantitativo: sintesi dello stato dell'arte ed evidenze dei limiti di un approccio esclusivamente normativo al problema dei consumi ad uso civile

Ormai da tempo è maturata la consapevolezza che l'acqua non può essere considerata un bene principalmente produttivo, da cui trarre la massima utilità economica, ma è invece una risorsa esauribile, scarsa e vulnerabile; il che ha comportato un significativo mutamento dell'impostazione di fondo del diritto delle acque, specialmente negli ultimi decenni.

Sono due, in particolare, le direttrici su cui è stato costruito e si è progressivamente affinato il “nuovo” diritto delle risorse idriche: sul piano sociale, è stato affermato il diritto all'acqua⁷, che si declina quale diritto di ognuno di ricevere una quantità minima necessaria per la propria esistenza, a cui corrisponde il dovere dello Stato di rendere disponibile tale quantità a tutti i cittadini a condizioni economiche abbordabili; sul piano amministrativo, l'acqua è stata qualificata come bene comune⁸ ed è stata affermata la funzione “custodiale”

⁶ Su cui si veda, senza pretesa di esaustività, P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Cedam, Padova, 2021, *passim*; F. FONDERICO, *Ambiente (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XVI, 2008; A. CROSETTI-F. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma, 2018; S. GRASSI, *La tutela dell'ambiente dopo il nuovo Titolo V*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2002, p. 362 ss.; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, t. II, Giuffrè, Milano, 1996, p. 1121 ss.

Sul fatto che la complessità del sistema socioeconomico, così come di quello ambientale, vanifichi la pretesa di governare i comportamenti con il ricorso a rigidi strumenti di comando e controllo, tra i numerosi lavori si segnalano T.F.H. ALLEN-J.A. TAINTER-T.W. HOEKSTRA, *Supply – Side Sustainability*, Columbia University Press, New York, 2003; C.S. HOLLING-G.K. MEFFE, *Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management*, in *Conservation Biology*, 1996, vol. 10, n. 2, p. 328 ss.; W.J. BAUMOL-W. E. OATES, *The Theory of Environmental Policy*, II ed., Cambridge University Press, 1988.

⁷ R. LOUVIN, *Aqua Aequa. Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l'elemento idrico*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 173 ss.; F.M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua. Una prospettiva internazionale*, Le Monnier, Firenze, 2017; F. NICOTRA, *Un “diritto nuovo”: il diritto all'acqua*, in *Federalismi.it*, 2016, f. 14, p. 1 ss.; S. SILEONI, *L'acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?*, in *Rivista AIC*, 2016, f. 3, p. 1 ss.; U. MATTEI-A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, Ediesse, Roma, 2014, p. 19 ss.; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013, p. 25 ss.; S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *Federalismi.it*, 2011, f. 5, p. 1 ss.; T.E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *An. giur. econ.*, 2010, f. 1, p. 29 ss.; *Id.*, *Il diritto costituzionale all'acqua*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2010, f. 3, p. 861 ss.; D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Dir. pubb.*, 2005, f. 1, p. 125 ss.

⁸ Sulla qualificazione dell'acqua come “bene comune” si v., ad esempio, L. VIOLINI, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello*, in S. STAIANO (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Jovene, Napoli, 2017, p. 199 ss.; G. BUCCI, *L'ac-*

dello Stato su di essa, mettendo in rilievo la transizione da un sistema di amministrazione fondato sullo strumento concessorio ad un modello di governo informato al principio di pianificazione⁹.

Il legislatore europeo, per quanto in particolare attiene al servizio idrico integrato, ha parzialmente intercettato tale profondo mutamento di prospettiva: la Dir. 2000/60/CE, allo scopo tra l'altro di stimolare «*un utilizzo idrico sostenibile fondato sulla protezione a lungo termine delle risorse idriche disponibili*» già prevedeva, all'art. 9, che gli Stati membri avrebbero dovuto provvedere «*a che le politiche dei prezzi dell'acqua incentivino adeguatamente gli utenti a usare le risorse idriche in modo efficiente e contribuiscano in tal modo agli obiettivi ambientali della presente direttiva*».

Previsioni di analogo contenuto, volte cioè a perseguire un utilizzo sostenibile ed efficiente della risorsa idrica, eliminando gli sprechi e diminuendo i consumi anche ad uso civile, sono state introdotte all'interno del quadro normativo nazionale nel corso del tempo. In questa prospettiva, ad esempio, l'art. 42 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, come modificato dall'art. 8 del d.lgs. 12 luglio 1993, n. 275, gravava i concessionari di acqua pubblica dell'obbligo di installare e mantenere in regolare stato di funzionamento idonei dispositivi per la misurazione delle portate e dei volumi in corrispondenza dei punti di prelievo e, ove presente, di restituzione; così come la legge 5 gennaio 1994, n. 36 ("L. Galli", art. 1, ed in particolare l'art. 5, comma 1, lett. c), attribuiva alle Regioni il compito di «*promuovere l'informazione e la diffusione di metodi e tecniche di risparmio*

qua-bene comune» e la gestione dei servizi integrati tra pubblico, privato e democrazia, in Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo, cit., p. 167ss.; F. PALAZZOTTO, Lo statuto giuridico dell'acqua tra beni demaniali e beni comuni, ivi, 207 ss.

In una prospettiva più ampia, sui beni comuni si vedano, tra molti, S. FUJII, *Prescription for Social Dilemmas. Psychology for Urban, Transportation, and Environmental Problems*, Springer Japan, 2017.; E. OSTROM-B. VOLLAN, *La cooperazione e i beni comuni* (trad. it.), in AA.VV., *Commons e comunità*, goWare, 2012; Id., *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, Princeton, 2005; T. DIETZ-E. OSTROM-P.C. STERN, *The Struggle to Govern the Commons*, in *Science*, 12 dicembre 2003, vol. 302, p. 1907 ss.; A.R. POTEETE-M. JANSSEN-E. OSTROM, *Working Together, Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, Princeton University Press, 2010; S. OTTONE-L. SACCONI, *Beni comuni, economia comportamentale ed istituzioni*, in AA.VV., *Beni comuni e cooperazione*, a cura di S. OTTONE-L. SACCONI, il Mulino, Bologna, 2015; G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 162, p. 1243 ss.; S. KOPELMAN-J.M. WEBER-D.M. MESSICK, *Factors influencing cooperation in commons dilemmas: A review of experimental psychological research*, in AA.VV., *The drama of the Commons*, cit., 113 ss.; D.A. DE CARO-E.F. BOAMAH-A.S. GARMESTANI, *Understanding and applying principles of social cognition and decision making in adaptive environmental governance*, in *Ecology and Society*, 2017, p. 33 ss.; P. LANGE-D.P. BALLIET-C.D. PARKS-M. VAN VUGT, *Social Dilemmas. Understanding Human Cooperation*, Oxford University Press, 2014.; L. STEG-A.E. VEN DER BERG-J.I.M. DE GROOT, *Manuale di psicologia ambientale e dei comportamenti ecologici*, Ferrari Sinibaldi edizioni, Milano, 2013; C. MICCICHÉ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; M. CAFAGNO-G. BOTTINO-F. MINAZZI (a cura di), *Contributi e riflessioni sui beni comuni*, Mimesis, Milano, 2018; G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Edizioni ETS, Pisa, 2017; si v. anche i contributi pubblicati in *Dir. soc.*, n. 3, 2016, di M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, p. 375 ss.; F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, p. 381 ss.; E. VITALE, *Distinguendo. Un'applicazione alla dottrina dei beni comuni*, p. 399 ss.; S. STAIANO, «*Beni comuni*» categoria ideologicamente estenuata, p. 415 ss.; L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, p. 433 ss.; I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, p. 457 ss.; A. LUCARELLI, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, p. 483 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Beni comuni e diritti collettivi*, p. 529 ss.

⁹ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Giuffrè, Milano, 2012, specialmente p. 341 ss.; più di recente, Id., *Water Resources Management in Italy: Institutions, Laws and Approaches*, in AA.VV., *Water Law, Policy and Economics in Italy*, Springer, 2021, p. 105 ss.

idrico domestico e nei settori industriale, terziario ed agricolo».

Attualmente, il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'Ambiente) prevede, all'art. 98, un obbligo puntuale per chiunque gestisca o utilizzi la risorsa idrica di adottare ogni misura necessaria all'eliminazione degli sprechi, alla riduzione dei consumi e a incrementare il riciclo e il riutilizzo, impiegando a tal fine le migliori tecniche disponibili. L'art. 144, sul presupposto che *«le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale»* (comma 2), dispone che *«la disciplina degli usi delle acque è finalizzata alla loro razionalizzazione, allo scopo di evitare gli sprechi e di favorire il rinnovo delle risorse, di non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la piscicoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici»* (comma 3).

Il successivo art. 146 demanda alle Regioni il compito di adottare norme e misure volte a razionalizzare i consumi e eliminare gli sprechi, tra l'altro, promuovendo *«l'informazione e la diffusione di metodi e tecniche di risparmio idrico domestico e nei settori industriale, terziario ed agricolo»*¹⁰ e l'installazione di *«contatori per il consumo dell'acqua in ogni singola unità abitativa nonché contatori differenziati per le attività produttive e del settore terziario esercitate nel contesto urbano»*¹¹.

Eppure, nonostante nel quadro normativo di riferimento siano scolpiti in termini obiettivamente inequivocabili gli obiettivi di protezione quantitativa della risorsa idrica, gli stessi sono stati, almeno in parte, disattesi.

Si osservi che, mentre alcune Regioni hanno implementato alcune regole volte all'installazione dei misuratori dell'acqua consumata presso ciascuna utenza pubblica¹², viceversa non risultano attivate iniziative di particolare rilievo a livello nazionale o regionale volte a garantire la concreta attuazione delle disposizioni contenute nel Codice dell'Ambiente precedentemente richiamate, né che le Regioni abbiano promosso in modo sistematico la diffusione di tecniche di risparmio idrico domestico.

La mancanza di politiche idriche efficaci riguardo al contenimento dei consumi di acqua pubblica emerge chiaramente dall'osservazione dei dati relativi al fenomeno: è sufficiente, al riguardo, riferirsi alle ultime analisi pubblicate da ISTAT, secondo cui l'Italia detiene ad oggi – cioè a quindici anni dall'entrata in vigore del Codice dell'Ambiente – il primato europeo del volume di acqua dolce complessivamente prelevata per uso potabile da corpi idrici superficiali e sotterranei, pari a 9,2 miliardi di metri cubi. Mentre la maggioranza degli stati membri (20 su 27) preleva tra 45 e 90 metri cubi di acqua all'anno per ciascun abitante, in Italia il prelievo annuo *pro capite* ammonta a 153 mc¹³ e il consumo giornaliero *pro capite* è pari a 220 l.

¹⁰ V. art. 146, comma 1, lett. d), del Codice dell'Ambiente.

¹¹ V. art. 146, comma 1, lett. f), del Codice dell'Ambiente.

¹² Si v., ad esempio, il Regolamento della Regione Lombardia 24 marzo 2006, n. 2, che all'art. 6, comma 1, lett. d), prevedeva, per gli edifici di nuova costruzione, l'installazione di «appositi misuratori di volumi o portate erogate, omologati a norma di legge». Le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici, come è noto, sono state in seguito trasferite all'ARERA, per effetto dell'art. 21, commi 13 e 19 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. in legge 22 dicembre 2011, n. 214, la quale ha poi disciplinato compiutamente il servizio di misurazione dei consumi, con delibera 218/2016/R/idr.

¹³ Fonte: Report ISTAT «Giornata Mondiale dell'Acqua», pubblicato il 22 marzo 2021 e consultabile al seguente link: <https://www.istat.it/it/files/2021/03/Report-Giornata-mondiale-acqua>.

E questo dato appare ancora più preoccupante se si considera che, ai fini regolatori, il consumo minimo vitale di acqua per persona, necessario per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali e sufficiente ad assicurare una vita dignitosa, è stato calcolato in 18,25 metri cubi all'anno, pari a circa 50 litri al giorno, cioè poco più di un quinto del consumo effettivamente registrato¹⁴.

È dunque evidente lo scollamento tra gli obiettivi sanciti nel quadro normativo di riferimento, sopra richiamato nei suoi tratti (davvero) essenziali, e la realtà oggettiva che emerge dalle analisi empiriche relative al monitoraggio dei consumi da parte degli utenti domestici del servizio idrico integrato¹⁵.

Tale evidente discrasia, del resto, non stupisce particolarmente se si considera che la Commissione Europea, già nel 2012, ha affermato al riguardo che i problemi di gestione delle risorse idriche attengono, tra l'altro, «*all'uso insufficiente degli strumenti economici*» e «*al mancato sostegno di misure specifiche*», mentre «*solo una quantità limitata delle lacune riscontrate richiederebbe un'integrazione del quadro attuale con una nuova azione di natura legislativa/giuridica*»¹⁶.

pdf. Il dato in esame risente in parte sia delle rilevanti perdite di rete, sia dei prelievi effettuati sulla rete acquedottistica ad uso agricolo ed industriale; è però indubbio che, anche al netto di queste variabili, comunque presenti anche negli altri Paesi europei, in Italia il consumo di acqua ad uso domestico possa e debba essere drasticamente ridimensionato rispetto ai livelli attuali.

I dati da ultimo pubblicati da ISTAT sono del resto coerenti con altri studi effettuati da importanti centri specializzati: ad esempio, il report “*Le risorse idriche nell'ambito della circular economy*” curato nel 2017 da SRM – Studi e Ricerche Mezzogiorno e Intesa Sanpaolo, presentato nell'ambito del IV Festival dell'acqua organizzato da Utilitalia (Federazione delle utilities acqua ambiente ed energia), consultabile al seguente link: <https://www.google.com/search?q=Le+risorse+idriche+nell%E2%80%99ambito+della+circular+economy&oq=Le+risorse+idriche+nell%E2%80%99ambito+della+circular+economy&aqs=chrome..69i57j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>, evidenzia il netto divario tra il consumo giornaliero pro capite italiano, pari a 241 litri di acqua al giorno, e la media nordeuropea, che si attesta attorno ai 180-190 litri.

¹⁴ Il dato relativo al quantitativo minimo emerge sia dalla disciplina sulla morosità, sia da quella relativa al bonus idrico. Entrambi i meccanismi sono stati originariamente previsti nella legge 28 dicembre 2015, n. 221. In particolare, l'art. 61 ha assegnato all'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente – ARERA il compito di adottare direttive per il contenimento della morosità degli utenti del servizio idrico integrato, assicurando che sia salvaguardata la «*copertura dei costi efficienti di esercizio e investimento e garantendo il quantitativo minimo vitale di acqua necessario al soddisfacimento dei bisogni fondamentali di fornitura per gli utenti morosi*», pur nel rispetto dell'equilibrio economico e finanziario dei gestori. Allo stesso modo, l'art. 60 della citata L. n. 221 del 2015 ha demandato all'Autorità il compito assicurare agli utenti domestici del servizio idrico integrato in condizioni economico-sociali disagiate l'accesso, a condizioni agevolate, alla fornitura della quantità di acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali. A tal fine, era previsto che l'Autorità emanasse tali direttive conformemente ai principi e criteri individuati con un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. L'art. 1 del d.P.C.M. 13 ottobre 2016 ha in effetti individuato il quantitativo minimo in 50 litri per abitante, e tale valore è stato applicato dall'Autorità sia nella disciplina sulla morosità, delineata nella delibera 311/2019/R/IDR, sia in quella sul bonus idrico, contenuta nella delibera 63/2021/R/com.

Si osservi che, come viene ricordato anche nelle premesse del d.P.C.M. 13 ottobre 2016, il documento dell'Organizzazione Mondiale della Sanità intitolato “*Rio 2012 issue briefs-water*”, individuava un valore lievemente inferiore per il quantitativo minimo vitale di acqua necessario a garantire una vita umana dignitosa, pari a 40 litri a persona al giorno.

¹⁵ Il quadro è peraltro ulteriormente aggravato dalla circostanza, anch'essa dimostrata da studi accreditati, che gli italiani sono primi in europa per consumo di acqua minerale in bottiglia, pari a 222 l all'anno *pro capite*.

¹⁶ Comunicazione COM(2012) 673 del 14 novembre 2012, *Piano per la salvaguardia delle risorse idriche europee*, p. 4.

3. Una prima risposta: il ricorso alla doppia leva del “prezzo” e della “misurazione” dei consumi e i limiti di tali strumenti

Nella consapevolezza dei limiti sistematici di un approccio esclusivamente normativo al problema in esame, nelle ultime due decadi a livello europeo è emersa e si è progressivamente affermata l'idea che le politiche idriche debbano necessariamente essere integrate con l'impiego di strumenti incentivanti idonei a incidere sui comportamenti degli utenti finali¹⁷.

In particolare, a partire dai primi anni 2000, la Commissione Europea ha insistito per l'introduzione di misure volte a stimolare il consumo consapevole di acqua, non solo mediante le politiche relative ai prezzi¹⁸, ma anche attraverso l'introduzione ed implementazione di strumenti di misurazione dei consumi. La logica di fondo adottata dalla Commissione è che l'aumento del prezzo dell'acqua, unitamente alla misurazione dei consumi¹⁹, stimolerebbe un utilizzo più efficiente della risorsa da parte degli utenti finali, gravando gli stessi delle conseguenze economiche negative connesse allo spreco.

In effetti, alcuni segnali timidamente incoraggianti sembrerebbero emergere nelle analisi più recenti, che hanno evidenziato il parziale successo delle politiche adottate in otto Paesi membri dell'UE – tra cui anche l'Italia – fondate sulla combinazione di approcci tariffari e non, dove il riferimento ad approcci “non tariffari” consiste essenzialmente nell'implementazione di strumenti di misurazione²⁰.

¹⁷ V. al riguardo le comunicazioni COM(2000) 477 del 27 luglio 2000, *Politiche di tariffazione per una gestione più efficiente delle riserve idriche*; COM(2007) 414 del 18 luglio 2007, *Affrontare il problema della carenza idrica e della siccità nell'Unione europea*, in cui, tra l'altro, si fa riferimento al principio “l'utente paga”, sebbene riferito non tanto all'impiego di acqua ad uso civile, quanto piuttosto ad altri usi, industriali e agricoli (p. 3). In questa comunicazione viene definita “fondamentale” la stretta interdipendenza tra politiche tariffarie e programmi di misurazione dei consumi; le tre comunicazioni del 14 novembre 2012: COM(2012) 670, ove si legge che «la trasparenza rappresentata da adeguate informazioni sulle tariffe idriche è la base per lo sviluppo di politiche sulle tariffe idriche tese a incentivare opportunamente gli utenti affinché facciano un uso più efficiente dell'acqua in linea con la direttiva quadro sulle acque. Si registrano, tuttavia, scarsi progressi nell'attuazione di politiche tariffarie trasparenti. Un uso efficiente delle risorse idriche prevede che venga misurato il volume dell'acqua utilizzata. I regimi forfettari, le tariffe basate sulla superficie irrigata o la condivisione di bollette tra utenti difficilmente offrono incentivi a utilizzare l'acqua in modo sostenibile» (p. 12); COM (2012) 672 *Relazione sul riesame della politica europea in materia di carenza idrica e di siccità* e COM(2012) 673, *Piano per la salvaguardia delle risorse idriche europee*; in particolare, quest'ultima afferma con nettezza che “la misurazione è una precondizione per una distribuzione e una formazione del prezzo dell'acqua efficienti” (p. 4); il passaggio riportato è inserito in una sezione del documento dedicata all'uso agricolo, ma è evidente la portata generale di tale considerazione; COM(2014) 177 dell'11 marzo 2014 *relativa all'iniziativa dei cittadini europei “Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!”* in cui la Commissione afferma che «la direttiva quadro sulle acque, imponendo agli Stati membri di garantire che il prezzo applicato ai consumatori rifletta i costi reali dell'utilizzo delle risorse idriche, incoraggia l'uso sostenibile di queste limitate risorse e segna la quanto il principio dell'accessibilità economica dei servizi idrici sia fondamentale per l'UE, principio su cui quest'ultima basa la propria politica in materia di acque».

¹⁸ Sulle tariffe e, più in generale, le politiche di prezzo concepite come strumento per garantire un uso più sostenibile delle risorse idriche, incentivando il risparmio idrico, oltre all'art. 9 della Direttiva 2000/60/CE, v. la citata comunicazione della Commissione Europea COM(2000) 477, di poco antecedente all'adozione della Direttiva, *passim* e, in particolare, p. 17-19.

¹⁹ In Italia l'ARERA ha introdotto delibere tariffarie coerenti con gli stimoli provenienti dall'UE per quanto attiene alla misurazione: v. in particolare la n. 218/2016/R/IDR, con cui è stato disciplinato in modo organico il servizio di misurazione del servizio idrico integrato per gli utenti domestici.

²⁰ V. il report della European Environment Agency intitolato *Water management in Europe*:

Tuttavia, nel settore idrico l'approccio fondato su prezzo e misurazione dei consumi non è pienamente efficace e, in particolare, sconta due ordini di limiti.

Il primo limite è rappresentato dalla necessità che l'accesso all'acqua sia garantito universalmente a "prezzi abbordabili"²¹.

In proposito, a livello nazionale la tensione tra la rilevanza sociale delle tariffe per il servizio idrico, che imporrebbe appunto il contenimento dei prezzi per non incidere sui bilanci delle famiglie, da un lato, e l'impiego della leva tariffaria per stimolare comportamenti virtuosi da parte degli utenti, dall'altro, è espressione di contraddizioni strutturali²². Infatti, come è stato osservato, tali tensioni erano emerse ben prima del referendum del 2011 e – fermo restando quanto si dirà più avanti circa i poteri tariffari nel modello della regolazione indipendente – condizionano anche l'attuale quadro regolatorio²³.

La questione di fondo non è però circoscritta ai confini nazionali, ma emerge, pur con le diverse declinazioni che riflettono le specificità territoriali, in diverse ricerche condotte in Europa e USA: nella letteratura economica è stato stimato che, per ottenere risultati paragonabili a quelli conseguiti mediante l'applicazione di strumenti di *behavioural economics*, sarebbe stato necessario incrementare le tariffe in misura molto significativa, pari almeno al 12-15%²⁴. Il dato percentuale è riferito agli Stati Uniti, e sarebbe verosimilmente ancora più alto se considerassimo il caso italiano, dove le tariffe per il servizio idrico sono notoriamente molto contenute²⁵ e, pertanto, richiederebbero incrementi ancora più significativi per ottenere risposte comportamentali apprezzabili.

Anche i contributi maggiormente inclini al ricorso alla leva tariffaria per contenere i consumi segnalano che la determinazione in via amministrativa dei prezzi dell'acqua è inevitabilmente destinata a produrre tariffe inefficienti, perché raramente il prezzo così determinato tiene pienamente conto del relativo valore economico ed è in grado di rispondere alle variazioni di disponibilità della risorsa²⁶.

prince and non-price approaches to water conservation, consultabile al seguente link: <https://www.eea.europa.eu/publications/water-management-in-europe-price/water-management-in-europe>, ove si legge, in particolare, che «*metering infrastructure, a non-price measure, enables utilities to use pricing to encourage water conservation and efficiency. Charging customers by volume sends a price signal to customers to use the resource more efficiently*».

²¹ V. la comunicazione della Commissione Europea COM(2014) 177, cit., p. 3, 7, 12 e 14. Il principio di abbordabilità delle condizioni economiche è costantemente richiamato nelle premesse delle delibere tariffarie adottate da ARERA (v., da ultimo, la delibera 580/2019/R/idr, con cui è stato approvato il metodo tariffario per il terzo periodo regolatorio, p. 6; in precedenza, v. la delibera 664/2015/R/idr, di approvazione del metodo tariffario per il secondo periodo regolatorio, p. 6).

V. anche la dichiarazione dell'Alto Rappresentante dell'Unione Europea in occasione della Giornata mondiale dell'acqua, 22 marzo 2010, doc. 7810/10: «*on World Water Day, the European Union reaffirms that all States bear human rights obligations regarding access to safe drinking water, which must be available, physically accessible, affordable and acceptable*».

²² A. TRAVI, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in questa Rivista, 2014, f. 1, p. 126 ss. e, in particolare, pp. 129-130. L'A. osserva, infatti, che le tensioni che caratterizzano il sistema tariffario del servizio idrico erano emerse ben prima del referendum di giugno 2011 e non possono dunque considerarsi meramente contingenti.

²³ E. BOSCOLO, *La funzione tariffaria nel settore idrico tra recupero di efficienza, istanze ambientali e sociali*, in SPISA, *Diritto Amministrativo e società civile*, III, *Problemi e prospettive*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 447 ss.

²⁴ P. FERRARO-M.K. PRICE, *Using Non-Pecuniary Strategies to Influence Behavior: Evidence from a Large Scale Field Experiment*, in *Review of economics and statistics*, 2011, p. 4.

²⁵ Come dimostra l'analisi comparata condotta su scala mondiale dall'International Water Association, consultabile al seguente link: <http://waterstatistics.iwa-network.org/graph/6>.

²⁶ In questi termini, S.M. OLMSTEAD-R.N. STAVINS, *Managing Water Demand: Price vs. Non-Price Conservation Programs*, *Pioneer institute for public policy research*, 2006, p. 7.

Il secondo limite è rappresentato dalla non trasversalità della risposta alle modifiche tariffarie. È interessante, in questo senso, il caso inglese, dove (almeno fino a qualche anno fa) la misurazione dell'acqua era in gran parte facultativa e alle utenze senza contatore veniva applicata una tariffa commisurata al valore imponibile dell'immobile. In tale contesto, è stato rilevato che al maggior valore della proprietà corrispondeva la maggiore probabilità che il nucleo familiare optasse per la contabilizzazione; e che, tuttavia, maggiore è il valore della proprietà, minore è l'effetto "DEM", cioè la diminuzione del consumo derivante dall'introduzione dell'apparecchio di misurazione. Questo perché, in linea di principio, gli utenti proprietari di immobili di maggior valore, essendo economicamente agiati, non forniscono risposte particolarmente significative alla misurazione dei consumi²⁷.

Nella stessa prospettiva, è stato osservato che la stima delle funzioni di domanda idrica è condizionata anche dalla presenza di eterogeneità nelle risposte alle variazioni di prezzo.

Si è soliti ragionare di tariffe – e in particolar modo di tariffe idriche – come se una funzione di domanda comune rappresentasse il comportamento di tutti gli utenti, ma in tempi recenti questo assunto è stato messo fortemente in discussione. Merita di essere menzionato, in particolare, uno studio condotto in Spagna, relativo alla città di Granada, che ha classificato quattro gruppi di utenti in base alle loro preferenze, distinguendo dunque quattro diversi modelli di risposta ai cambiamenti nelle tariffe connesse all'uso dell'acqua²⁸. Dall'analisi svolta è emerso che due classi, pari al 33% del totale degli utenti, presentano una risposta totalmente inelastica alle variazioni dei prezzi²⁹.

Secondo gli autori, nell'ipotesi in cui il mercato dell'acqua fosse pienamente libero, l'introduzione di una tariffa efficiente indurrebbe gli utenti finali a ragionare in una prospettiva sociale: in quest'ottica, il consumo di un'unità di acqua avverrebbe solo laddove il beneficio ottenibile dal privato superasse il costo sociale connesso al consumo della risorsa (p. 11).

La tesi proposta non convince pienamente, perché il ragionamento si basa sul paradigma dell'homo oeconomicus, mentre sappiamo oggi che le scelte – in generale e, nello specifico, quelle relative ai consumi – sono tutt'altro che improntate a una logica di rigorosa razionalità economica. Il contributo è tuttavia interessante nella parte in cui afferma, in sostanza, l'incompatibilità tra tariffe pienamente efficienti e determinazione politico-amministrativa delle stesse.

Segnalano l'inefficienza delle tariffe determinate in via amministrativa anche E.T. MANSUR-S. M. OLMSTEAD, *The value of scarce water: measuring the inefficiency of municipal regulations*, in *Journal of urban economics*, 2012, p. 332 ss.

²⁷ T. UEDA-P.G. MOFFATT, *A Socially Efficient Water Tariff Under the English Optional Metering Scheme*, in *Environmental and social economics*, 2013, p. 495 ss. Per ovviare al problema riscontrato, gli autori propongono, per gli utenti dotati di contatore, una tariffa articolata in due componenti: un canone variabile, proporzionale al consumo di acqua, a un prezzo uniforme; e canone permanente progressivo volto ad imporre un onere più pesante agli utenti più abbienti. Ad avviso degli autori, questa seconda componente avrebbe un ruolo potenzialmente incisivo nel raggiungimento dell'efficienza sociale della misurazione, incoraggiando le famiglie più povere a installare contatori e scoraggiando, invece, quelle più ricche. Si osservi che, nelle conclusioni, gli autori riconoscono la permanenza di problemi aperti, tra cui in particolare il non avere considerato nel ragionamento i limiti derivanti dall'applicazione del principio di abbordabilità dell'acqua.

²⁸ M. PÉREZ-URDIALES, M.A. GARCÍA-VALIÑAS-R. MARTÍNEZ-ESPIÑEIRA, *Responses to Changes in Domestic Water Tariff Structures: A Latent Class Analysis on Household-Level Data from Granada, Spain*, in *Environmental and resource economics*, 2016, p. 167 ss.

²⁹ M. PÉREZ-URDIALES-M.A. GARCÍA-VALIÑAS-R. MARTÍNEZ-ESPIÑEIRA, *Responses to Changes in Domestic Water Tariff Structures*, cit., p. 185. È interessante il rilievo secondo cui, delle due classi in questione, una era quella che faceva registrare il più basso livello di consumi. Ad avviso degli autori, la circostanza è coerente con la tesi che suggerisce l'esistenza di una quota di acqua insensibile alle modifiche tariffarie, mentre i consumi eccedenti tale quota sarebbero discrezionali e perciò, viceversa, suscettibili di essere modificati tramite la leva tariffaria.

Pertanto, il ricorso alla leva del prezzo, nella sua concreta applicazione, può rischiare non solo di produrre risultati insufficienti o, comunque, poco ap-paganti, ma anche di risultare socialmente iniquo, penalizzando in particolare gli utenti meno abbienti e più sensibili alle modifiche tariffarie³⁰.

4. La possibile implementazione dei consumi idrici anche attra-verso strumenti di economia comportamentale: ricognizione e analisi di alcuni esperimenti

Occorre dunque chiedersi se le politiche idriche non possano e non debba-no essere integrate con il ricorso a strumenti di persuasione anche diversi ed ulteriori rispetto a quelli fondati sul binomio prezzo-misurazione. Si tratta, es-senzialmente, di tecniche basate sull'analisi del comportamento degli utenti che modificano il contesto (l'architettura) delle scelte, spingendo verso un uti-lizzo più consapevole della risorsa idrica senza ricorrere a incentivi economici o interventi autoritativi, come il contingentamento della risorsa³¹.

La circostanza che gli strumenti di *behavioural sciences*, se opportunamen-te calibrati, siano efficaci nell'indurre modifiche nei comportamenti dei destinatari delle misure (in generale, ed anche) nel settore idrico è, del resto, dimostrata in diversi studi, di cui si riportano di seguito alcuni esempi particolarmente si-gnificativi³².

In un esperimento condotto negli Stati Uniti è stato dimostrato che aumen-tare la frequenza della fatturazione comporta un incremento dei consumi. Il test è stato condotto in una cittadina di 220.000 abitanti (un campione dunque significativo), spesso afflitta da problemi di siccità. Il gestore locale ha aumen-

³⁰ Peraltro, è ragionevole ipotizzare che gli utenti meno abbienti siano anche quelli che si collocano più a ridosso della fascia "incomprimibile" dei consumi: il che verosimilmente compor-terebbe anche un'efficacia piuttosto modesta dell'introduzione di una maggiorazione tariffaria, perché una volta eliminata la quota discrezionale dei consumi (verosimilmente modesta, se è corretta la premessa del ragionamento) non sarebbe conseguibile un ulteriore risparmio idrico. Si osservi, però, che il ricorso alla leva del prezzo può risultare poco efficace anche perché non percepito dagli utenti, a causa della complessità del meccanismo tariffario: v. al riguardo D.A. BRENT-M.B. WARD, *Price perceptions in water demand*, in *Journal of environmental economics and management*, 2019.

³¹ R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., *passim*. Il *position paper* n. 174 del Laboratorio REF Ricerche, *La 'spinta gentile': riforma a costo zero*, marzo 2021, 10 ss. <https://laboratorioref.it/category/pubblicazioni/> ha descritto, con una sintesi efficace, lo schema di base per la costruzione di un *nudge*, che si basa su sei passaggi: 1. definire l'obiettivo perse-guito; 2. conoscere il contesto sociale e materiale di riferimento; 3. disegnare il *nudge*; 4. speri-mentarlo; 5. misurarne l'efficacia; 6. valutarne conclusivamente gli esiti.

Vi sono, peraltro, diversi tipi di *nudge*; una prima, fondamentale classificazione distingue quelli che intendono sfruttare i pregiudizi automatici del sistema 1, riprogrammandoli ("*re-biasing*") in modo da indirizzare le scelte – per così dire, "istintive" – nella direzione auspicata, da quelli che, viceversa, mirano a innescare l'intervento del sistema 2, e dunque del pensiero "riflessivo", per correggere *bias* e distorsioni innescati dal sistema 1 ("*de-biasing*"). V. al riguardo AA.VV., *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., *passim*; v. in particolare per al-cuni esempi D. PIETRONI-G. DE ROSA, *Nudge per la mobilità sostenibile*, *ivi*, p. 161 ss.

³² Più ampiamente, sui *nudge* in materia ambientale, v. la recente ricognizione effettuata da E. VAZQUEZ-CASAUBON-A. KANAY-D. HILTON, *Nudge efficaci a favore dell'ambiente*, in AA.VV., *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, a cura di R. VIALE-L. MACCHI, cit., p. 123 ss.; v. anche il successivo contributo di N. BONINI, *Il comportamento proambientale: un'analisi psico-logica*, *ivi*, p. 135 ss.

tato la frequenza di trasmissione delle bollette, modificando la fatturazione da bimestrale a mensile. È stato osservato che i consumi sono aumentati stabilmente del 3-5%: il che dimostra come un fattore non tariffario, quale è la semplice alterazione del set informativo, possa condizionare i comportamenti in misura significativa³³.

Un secondo esperimento che merita di essere menzionato è stato condotto a Capetown nel 2018. In un periodo di forte siccità, il Comune ha sviluppato una mappa interattiva liberamente consultabile online³⁴ nella quale veniva riportato il livello di consumo idrico di ciascuna abitazione, tramite un codice colore. Ciascun utente poteva così confrontare i propri consumi con quelli dei vicini, e ciò al fine di incentivare la riduzione dei consumi facendo leva sul desiderio di essere riconosciuti come soggetti virtuosi nel quartiere di appartenenza. I risultati registrati sono stati fortemente positivi, specialmente se si considera l'ampiezza del campione di riferimento: Capetown conta quasi quattro milioni di abitanti³⁵.

Un terzo esperimento è stato condotto a Belen, una cittadina della Costa Rica di circa 20 mila abitanti. Sulla bolletta è stato applicato un adesivo che rappresentava la collocazione del livello di consumo dell'utenza rispetto ad un gruppo di riferimento: i consumatori virtuosi ricevevano un adesivo verde di "congratulazioni", mentre quelli che registravano consumi superiori alla media ricevevano un adesivo rosso, con un messaggio di "richiamo" che segnalava un consumo elevato.

È interessante notare la composizione dei gruppi di riferimento: uno, più ristretto, riguardava le sole utenze più prossime a livello geografico (vicinato); il secondo, invece, coincideva con l'insieme delle utenze del distretto. Dei due gruppi di riferimento, solo quello del vicinato si è dimostrato efficace nel ridurre sensibilmente i consumi delle singole utenze, con una riduzione compresa tra il 3,7% e il 5,6%. Ed è significativo che la riduzione dei consumi abbia riguardato gli utenti meno virtuosi (con riduzioni in media del 7,6%) ma anche, seppure in misura minore, quelli più virtuosi (con contrazioni in media pari all'1,4%).

Nel medesimo studio è stato testato anche un ulteriore meccanismo, basato sullo stimolo al raggiungimento di un obiettivo. Le utenze, una volta informate riguardo al loro livello di consumo, hanno dovuto scegliere una strategia di riduzione dei consumi tra le sei proposte: mediante questo intervento è stata conseguita una riduzione dei consumi fra il 3,4% e il 5,6%, con effetti sia fra gli utenti più virtuosi sia fra quelli meno attenti ai consumi³⁶.

³³ C.J. WICHMAN, *Information provision and consumer behavior: A natural experiment in billing frequency*, in *Journal of Public Economics*, 2017, p. 13 ss. Lo studio, come specifica l'autrice, non dimostra direttamente l'efficacia di tecniche di persuasione, ma pone le basi per la definizione di tali tecniche, evidenziando l'importanza di tenere adeguatamente in considerazione le risposte comportamentali nel perseguire gli obiettivi – in questo caso, di contenimento del consumo idrico – fissati dal legislatore.

³⁴ Oggi è rimasta traccia dell'esperimento sul sito del Comune, ma la mappa non è più consultabile.

³⁵ AA.VV., *City of Cape Town's Water Map*, American Water Works Association, 2018. L'esperimento è stato in seguito sospeso per problemi relativi alla privacy e a fenomeni di c.d. "naming and shaming", consistenti nell'identificazione dei soggetti meno virtuosi e di conseguenti frizioni sociali. Nondimeno, il tentativo ha generato appunto risultati molto positivi e meriterebbe di essere sviluppato, con gli opportuni accorgimenti.

³⁶ AA.VV., *A behavioural approach to water conservation. Evidence from Costa Rica*, World Bank Group, 2015; O. CALVO-GONZALEZ-L. ZORATTO, *Behavioural insights for development. Cases from Central America*, World Bank Group, 2017.

Quelli riportati sono solo alcuni dei diversi studi che sono stati condotti sul tema nella letteratura economica, che hanno confermato – in linea di principio – l'efficacia di strumenti di persuasione, e in particolare il ricorso alla comparazione sociale³⁷, nell'incentivare l'adozione di comportamenti virtuosi da parte degli utenti³⁸, con risultati, peraltro, spesso sovrapponibili a quelli osservati rispetto all'impiego domestico di energia elettrica³⁹.

Alcuni esperimenti hanno riprodotto un contesto di scelte di consumo rispetto a beni comuni e, applicando diversi tipi d'intervento, economici e non, sono stati in grado di registrare il grado di risposta dei partecipanti ed anche il livello di persistenza nel tempo delle modifiche comportamentali indotte. Da tali studi emergerebbe che gli incentivi economici, pur essendo in taluni casi molto efficaci, detengono il peggior livello di persistenza delle modifiche comportamentali, una volta rimossi; viceversa, alcuni stimoli non economici, e in particolare l'introduzione di norme sociali all'interno del gruppo, hanno fatto

³⁷ Tra i contributi più citati al riguardo v. P.J FERRARO-M.K. PRICE, *Using nonpecuniar strategies to influence behaviour: evidence from a large-scale field experiment*, in *The review of economics and statistics*, 2013, p. 64 ss., che ha fornito due importanti spunti: innanzitutto, ha dimostrato, sulla base di evidenze empiriche, che forme d'intervento fondate sulla comparazione sociale risultano significativamente più efficaci rispetto all'impiego di semplici messaggi prosociali o informazioni tecniche; in seguito, ha anche evidenziato che la comparazione sociale influenza maggiormente il comportamento degli utenti con consumi più elevati e meno sensibili alla leva del prezzo.

³⁸ V. al riguardo, oltre a quelli menzionati: L. GOETTE-C. LEONG-N. QLAN, *Motivating household water conservation: a field experiment in singapore*, Plos One, 2019; S. RUSSELL-K. FIELDING, *Water demand management research: a psychological perspective*, Water Resources Research, 2009, f. 46; K. JESSOE-G.E. LADE-F. LOGE-E. SPANG, *Residential water conservation during drought: experimental evidence from three behavioural interventions*, *Journal of environmental economics and management*, 2021; S.Z. ATTARI, *Perceptions of water use*, PNAS, 2014; D. BRENT-J. COOK-J. OLSEN, *Social comparisons, household water use, and participation in utility conservation programs: evidence from three randomized trials*, in *Journal of environmental economics and management*, 2015, p. 597 ss.; M.M.J. TORRES-F. CARLSSON, *Direct and spillover effects of a social information campaign on residential water-savings*, in *Journal of environmental economics and management*, 2018, p. 222 ss.; M. BERNED-P. FERRARI-M. PRICE, *The persistent impact of norm-based messaging and their implications for water conservation*, in *Journal of consumers policy*, 2014, p. 437 ss.; S.P. BHANOT, *Rank and response: a field experiment on peer information and water use behaviour*, in *Journal of economic psychology*, 2017, p. 155 ss.; A. KAZUKAUSKAS-T. BROBERG-J. JARAITĖ, *Social comparison in real time: a field experiment of residential electricity and water use*, in *The scandinavian journal of economics*, 2021.

³⁹ Su cui v., tra molti, H. ALCOTT, *Social norms and energy conservation*, in *Journal of public economics*, 2011, p. 1082 ss.; ID., con J.B. KESSLER, *The welfare effects of nudges: a case study of energy use social comparisons*, in *American economic journal: applied economics*, 2019, p. 236 ss.; ID. con T. ROGERS, *The short-run and long-run effects of behavioural interventions: experimental evidence from energy conservation*, in *American economic review*, 2014, p. 3003 ss.; A. BRANDON-J.A. LIST-R.D. METCALFE-M.K. PRICE-F. RUNDHAMMER, *Testing for crowd out in social nudges: evidence from a natural field experiment in the market of electricity*, in PNAS, 2019, p. 5293 ss.; E. MYERS-M. SOUZA, *Social comparison nudges without monetary incentives: evidence from home energy reports*, in *Journal of environmental economics and management*, 2020 (i quali però evidenziano come, rispetto agli studenti dei campus universitari, gli strumenti di *behavioural economics* potrebbero non essere particolarmente efficaci in assenza di incentivi economici, contrariamente a quanto registrato in esperimenti analoghi condotti rispetto agli utenti residenziali); K. JESSOE-D. RAPSON, *Knowledge is (less) power: experimental evidence from residential energy use*, in *American economic review*, 2014, p. 1417 ss.; D.L. COSTA-M.E. KAHN, *Energy conservation "nudges" and environmentalist ideology: evidence from a randomized electricity field experiment*, *Journal of european economic association*, 2013, p. 680 ss. (che rilevano il diverso grado di efficacia degli strumenti di *behavioural economics* a seconda dei destinatari e segnalano l'opportunità che questi siano opportunamente targettizzati); K. ITO-T. IDA-M. TANAKA, *Moral suasion and economic incentives: field experimental evidence from energy demand*, in *American Economic Journal: Economic Policy*, 2018, p. 240 ss.

registrare un ottimo grado di efficacia e un'elevata persistenza nel tempo⁴⁰. I risultati senza dubbio interessanti, anche se questo genere di esperimenti, che consistono nella riproduzione in laboratorio di meccanismi decisionali, devono essere valutati con cautela⁴¹.

Un'ulteriore conferma dell'efficacia del ricorso agli strumenti di economia comportamentale emerge da un recente studio che ha indagato l'interazione di tali meccanismi con incentivi di natura economica. È emerso che gli utenti con un elevato incentivo economico a risparmiare acqua (perché soggetti a tariffe elevate) rispondono alla comparazione sociale in modo non dissimile da quelli con un incentivo economico minore. Questo implica che il beneficio economico privato derivante dal minor consumo non condiziona, o condiziona marginalmente, l'efficacia del meccanismo di persuasione. Ad avviso degli autori, l'assenza di eterogeneità nelle risposte ai meccanismi di comparazione sociale da parte di utenti soggetti a differenti condizioni di prezzo conferma che questi rispondono – non tanto al beneficio privato derivante dal risparmio, quanto piuttosto – al costo morale connesso al consumo di acqua⁴².

5. Conclusioni

Le considerazioni svolte mirano a far emergere fondamentalmente un dato, vale a dire che il punto di partenza per una riflessione sull'implementazione di politiche idriche integrate con strumenti di economia comportamentale è che tali strumenti possono produrre risultati buoni, se non ottimi, a costi relativamente modesti⁴³.

⁴⁰ J. DELANEY-S. JACOBSON, *Payment or persuasion: common pool resource management with price and non-price measures*, in *Environmental & resource economics*, 2015, p. 747 ss.

⁴¹ Per stessa ammissione degli autori: v. J. DELANEY-S. JACOBSON, *Payment or persuasion*, cit., p. 769, secondo cui “the context of our lab experiment differs from the contexts of actual CPRs of concern, so one cannot translate our results directly to policy”. Per un'analisi di taglio generale sul tema degli esperimenti in laboratorio, v. S.D. LEVITT-J.A. LIST, *What do laboratory experiments measuring social preferences reveal about the real world?*, in *Journal of economics perspective*, 2007, p. 153 ss. Tra le ragioni di cautela con cui gli Autori suggeriscono di considerare i risultati di simili esperimenti emerge la difficoltà di riprodurre in laboratorio un contesto identico a quello del mondo reale, perché il solo fatto di essere coinvolti in un esperimento altera i meccanismi decisionali dei partecipanti. L'osservazione, che è senza dubbio condivisibile, in una certa misura corrobora la convinzione da cui muove il presente studio: la complessità dei meccanismi decisionali dell'essere umano costituisce un fattore che condiziona in modo incisivo la concreta efficacia di regole giuridiche e politiche pubbliche.

⁴² D.A. BRENT-C.J. WICHMAN, *Do behavioural nudges interact with prevailing economic incentives? Pairing experimental and quasi-experimental evidence from water consumption*, Working paper, 2020.

⁴³ L'esatta definizione dei costi connessi all'implementazione di tali strumenti è ancora piuttosto incerta. Nella letteratura economica è possibile rinvenire diverse espressioni entusiastiche al riguardo, ed in effetti è indubbio che le misure volte all'introduzione di norme sociali siano, di per sé, non particolarmente costose (rispetto, ad esempio, ai costi enormi sostenuti per la diffusione delle fonti rinnovabili o per l'installazione di misuratori presso ogni abitazione). Va però riconosciuto che gli strumenti meglio calibrati e più efficaci richiedono un'attività di studio, analisi ed elaborazione di dati, che passa anche attraverso l'individuazione delle classi di utenti destinatarie di misure specifiche, i cui costi sono comunque verosimilmente non trascurabili. Va detto che non mancano, nella letteratura economica, opinioni di segno opposto, secondo cui invece i costi delle misure tariffarie sarebbero inferiori rispetto a quelli connessi all'implementazione di strumenti “non tariffari”: v. al riguardo S.M. OLMSTEAD-R.N. STAVINS, *Comparing price and non-price approaches to urban water conservation*, in *Water Resources Research*, 2009, vol. 45. Si

È chiaro che una visione epurata da ingenui entusiasmi deve tenere conto dei limiti di tali strumenti: in particolare, sarebbe sbagliato ipotizzare che l'implementazione di misure di persuasione per stimolare gli utenti ad adottare comportamenti virtuosi possa sostituire integralmente i meccanismi tradizionali, ben più collaudati, come il comando e controllo e il ricorso alla leva economica⁴⁴.

È però altrettanto evidente – ed emerge chiaramente dai dati riportati nel par. 2 – che gli strumenti impiegati fino ad ora non sono stati, di per sé, sufficientemente efficaci (anche, come si è visto, per i limiti intrinseci che tali strumenti scontano nel settore qui considerati) nel perseguire gli obiettivi di contenimento dei consumi di acqua da parte degli utenti del servizio idrico; il che induce a considerare seriamente l'opportunità di integrare le politiche idriche con meccanismi di persuasione fondati sulle *behavioural sciences*, laddove ciò sia motivatamente ritenuto conveniente ed efficace.

La questione in esame stimola, però, anche considerazioni di carattere più generale.

La prima è di natura metodologica. Non solo le recenti esperienze pandemiche⁴⁵, ma anche alcuni contributi dottrinali impongono ormai di interrogarsi a fondo sulla necessità che le soluzioni giuridiche siano elaborate su un fondamento empirico sufficientemente solido⁴⁶. In particolare, è stata segnalata come «*pressante l'esigenza di un metodo di ragionamento e di lavoro che nel tempo costringa ad ancorare i giudizi e le scelte di cambiamento alla coscienziosa annotazione dei risultati via via ottenuti e alla misurazione della loro distanza dalle finalità perseguite*»⁴⁷.

La ricognizione delle esperienze proposta nel precedente paragrafo dimostra che uno sforzo in questo senso può (e dovrebbe) essere fatto, perché il quadro delle soluzioni giuridicamente legittime non può che comprendere soluzioni che siano tutte – non solo concretamente attuabili, ma anche – efficaci e coerenti con gli obiettivi prefigurati.

Il secondo profilo, di merito, è relativo alla legittimazione giuridica degli strumenti di persuasione e alla compatibilità degli stessi con le libertà fondamentali garantite ai cittadini nei sistemi democratici moderni. Si è sviluppato

osservi, però, che gli Autori considerano come misure “non tariffarie” quelle relative al contingentamento dell'acqua e all'installazione di misuratori, mentre non esaminano strumenti di *behavioural sciences* più sofisticati, come comunicazioni mirate, messaggi normativi e norme sociali.

⁴⁴ Come osserva condivisibilmente S. CASSESE, *Exploring the legitimacy of nudging*, in AA.VV., *Choice architecture in Democracies*, Hart Publishing, 2016, p. 241 ss e, in particolare, p. 242. Si osservi peraltro che l'Autore, in epoca più recente, si è più volte espresso pubblicamente a favore del Green Pass, come strumento che, coerentemente con il principio di proporzionalità, consentirebbe di raggiungere lo stesso obiettivo perseguibile attraverso misure coercitive, ma con un “minor vincolo” (la posizione è stata espressa in diversi contesti; per un esempio, v. <https://www.la7.it/laria-che-tira/video/sabino-cassese-il-green-pass-e-un-obbligo-applicato-con-proporzionalita-tramite-un-vincolo-minore-13-08-2021-393311>).

⁴⁵ Che in alcune fasi hanno evidenziato l'insufficienza dell'armamentario giuridico classico per indirizzare i comportamenti dei consociati e, al contempo, hanno fatto emergere la centralità degli strumenti di persuasione, tra cui innanzitutto – ma non solo – il Green pass.

⁴⁶ V. M. CAFAGNO, *Spunti per una riflessione empirica sulla disciplina degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2021, f. 2, p. 11 ss., *passim*. Per riferimenti dottrinali puntuali al tema in esame v. nota n. 12 del contributo citato. Le considerazioni svolte dall'Autore sono riferite ad un settore particolarmente afflitto da ipertrofia normativa e dal continuo avvicinarsi di soluzioni giuridiche senza che ciò abbia determinato, nel tempo, risultati appaganti.

⁴⁷ M. CAFAGNO, *Spunti per una riflessione empirica*, cit., p. 14.

un dibattito vivace attorno agli strumenti di *nudging* e, in particolare, è stato evidenziato il paradosso del “paternalismo libertario”⁴⁸ ed è stato anche rilevato il rischio di una deriva tecnocratica o psicocratica⁴⁹. Qualche considerazione al riguardo merita di essere svolta, con riferimento specifico al settore qui considerato.

Il quadro delle forme di intervento del regolatore pubblico rispetto ai comportamenti degli utenti finali può essere sintetizzato, sostanzialmente e al di là di ogni ulteriore precisazione, in tre macro-opzioni: (i) l'opzione-zero, cioè la sostanziale inerzia, che comporterebbe il mantenimento degli strumenti finora impiegati, vale a dire essenzialmente il ricorso alla leva tariffaria e alla misurazione dei consumi, al più suscettibili di qualche affinamento, ma fermi restando i limiti precedentemente rilevati; (ii) l'introduzione di meccanismi autoritativi più incisivi, cioè quelli tradizionali del *command and control*, che impongano un contingentamento del quantitativo di acqua usufruibile da ciascun utente⁵⁰; (iii) l'integrazione delle politiche idriche attualmente implementate con strumenti di persuasione suggeriti dalle *behavioural sciences*.

L'opzione-zero non è evidentemente appagante, per le ragioni sopra esposte, che risiedono essenzialmente nel fatto che tale forma d'intervento, largamente sperimentata, allo stato non ha prodotto risultati sufficienti.

Delle due opzioni rimanenti, se si ragiona in termini di libero arbitrio è piuttosto semplice osservare che la compressione della libertà di scelta di ciascun utente derivante dall'introduzione di forme di contingentamento nell'impiego di acqua ad uso domestico è totale, laddove invece la terza opzione indirizza, e in qualche misura condiziona, ma non comprime irrimediabilmente le scelte dei destinatari.

⁴⁸ Il dibattito sul punto è ancora vivace: per una ricostruzione puntuale, v. A. ZITO, *La nudge regulation*, cit., p. 46 ss. Recentemente, una serie di critiche accese alle teorie elaborate da Sunstein è stata formulata da J. WALDRON, *It's all for your own good*, *The New York Review*, 2014 (disponibile al link <https://www.nybooks.com/articles/2014/10/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/>). In buona sostanza, Waldron ritiene che il *nudge* sottenda l'idea secondo cui le persone sarebbero oggetti sottoposti al controllo dei governanti. A tale critica ha risposto lo stesso Sunstein, spiegando come, in realtà, il *nudge* preservi la libertà di scelta degli individui e comunque sia meno invasivo degli strumenti tradizionali di comando e controllo: v. C. SUNSTEIN, *Misconceptions about nudges*, in SSRN, 2017, disponibile al link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3033101.

⁴⁹ Pur non negando l'astratta configurabilità di tali rilevanti problematiche, si osservi che, all'esito di una analisi empirica condotta su diversi esperimenti di scienze comportamentali implementati nei Paesi Bassi, un recente studio è giunto alla conclusione che spesso i rischi di derive tecnocratiche o psicocratiche risultano sovrastimati: v. J.N.P. FEITSMA, *The behavioural state: critical observations on technocracy and psychocracy*, in *Policy Sciences*, 2018, p. 387 ss.

⁵⁰ Al momento della redazione del presente contributo non era ancora emersa, nell'opinione pubblica, la consapevolezza piena dell'emergenza siccità che ha recentemente colpito l'Italia (va detto che diversi esperti avevano già prefigurato lo scenario che si è poi effettivamente concretizzato col sopraggiungere dei mesi più caldi, ma, come purtroppo spesso accade, a tali segnali d'allarme non sono seguite immediate reazioni), e va riconosciuto che l'opzione relativa al contingentamento era stata inserita tra le forme d'intervento astrattamente ipotizzabili, ma nel convincimento che difficilmente potesse essere concretamente azionata. L'esplosione dell'emergenza ha invece fatto emergere uno scenario molto diverso: nella discussione pubblica sulle misure da implementare per contrastare la siccità (che è in corso di svolgimento in concomitanza con la pubblicazione del presente lavoro), l'ipotesi di introdurre forme di razionamento è assolutamente concreta, e rafforza ulteriormente il convincimento che l'implementazione di misure alternative, fondate sulla persuasione e sullo stimolo ad adottare e consolidare nel tempo comportamenti virtuosi da parte degli utenti, sia quantomai necessaria per scongiurare scenari critici come quello che si è delineato ed (anche) allo scopo di evitare forme d'intervento ben più incisive, a cui si è costretti a ricorrere quando il problema viene affrontato in una prospettiva esclusivamente emergenziale.

È dunque ragionevole ritenere che il problema di fondo di questi strumenti non attenga tanto alla tutela della libertà di scelta dei destinatari di strumenti di persuasione, quanto, piuttosto, al grado di trasparenza e verificabilità con cui le scelte vengono indirizzate. In questa seconda prospettiva, la questione si pone in termini molto diversi: non si tratta di valutare se sia o meno legittimo il ricorso a tali strumenti, ma di individuare puntualmente le condizioni giuridiche affinché il ricorso a meccanismi di persuasione possa considerarsi legittimo.

A questo proposito, alcune soluzioni piuttosto sbrigative⁵¹ sono state – condivisibilmente – criticate⁵²: ma, senza alcuna pretesa di completezza, può ragionevolmente ritenersi che l'introduzione di meccanismi persuasivi che siano dotati di una solida base legislativa e regolamentare⁵³, che siano individuati all'esito di un'osservazione analitica dei comportamenti, le cui risultanze e le cui finalità siano pubbliche e verificabili e che siano implementati, laddove concretamente possibile, anche con il coinvolgimento del corpo sociale⁵⁴, non sembrerebbe sollevare particolari criticità sul piano democratico.

Del resto, le perplessità più consistenti di chi s'interroga sull'impiego di strumenti di *behavioural sciences* attengono alla – tendenziale – assenza di legittimazione democratica dei *nudgers* e al connesso rischio di fuga dalle responsabilità⁵⁵: questioni che, evidentemente, si pongono in una prospettiva molto diversa e meno problematica se (almeno) l'intervento e le relative finalità sono stabilite all'interno del circuito democratico, con legge o atto avente forza di legge.

Vi è, poi, una questione ulteriore, che riguarda l'individuazione del soggetto pubblico⁵⁶ (o dei soggetti pubblici) a cui dovrebbe essere affidato il compito di

⁵¹ Ad esempio, R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, Penguin books, 2008 si riferiscono alla regola di Rawl, secondo cui uno Stato non dovrebbe mai porre in essere una politica che non sarebbe in grado di difendere pubblicamente.

⁵² R. CROSON-N. TREICH, *Behavioral Environmental Economics: Promises and Challenges*, in *Environmental Resource Economics*, 2014, p. 335 ss. Secondo gli Autori, la regola di Rawl "seems to be a sensible principle, but we do not think that it exhausts all the possible practical and philosophical questions that manipulative nudges may raise" (p. 340).

⁵³ Vale la pena ricordare che, nel caso dell'acqua, è già presente una disposizione di carattere generale nel Codice dell'Ambiente, all'art. 98.

⁵⁴ Sul coinvolgimento dei cittadini nella discussione pubblica come una delle possibili condizioni per la legittimazione di strumenti di persuasione e per evitare il rischio di "tecnocrazia" v. S. CASSESE, *Exploring the legitimacy of nudging*, cit., p. 244. In generale, sulle condizioni di legittimazione del *nudge*, v. A. ZITO, *La nudge regulation*, cit., p. 97 ss.

⁵⁵ Oltre ai contributi già citati, v. anche U. FILOTTO, *Do regulators know better?*, in R. VIALE-S. MOUSAVI-B. ALEMANNI-U. FILOTTO (a cura di), *The behavioural finance revolution. A new approach to financial policies and regulations*, EE Publishing, 2018, p. 46 ss., *passim* e, in particolare, pp. 54-55: «*sticking to our specific field of interest, i.e. the mandate of "nudgers", are we reasonably confident that they are entitled to exert the influence they have in shaping people's choices? Serious doubts are legitimate (...). As we are still discussing if unelected regulators are really entitled to impose rules on the basis of powers which are delegated to them, we have even stronger doubts regarding individuals or organizations, which in some cases, being private think tanks, have no public statute and control, that develop measures that steer people lives. It is clear that ultimately the responsibility rests with the politician, hopefully elected, that adopts the proposed measure, but isn't there an issue of ethics in conducting not explicit experiments that guide decision making and aim at shaping society?*».

⁵⁶ La circostanza che il soggetto sia pubblico appare cruciale al fine di ridimensionare i problemi di legittimazione degli strumenti di *behavioural sciences* di cui si è detto: al riguardo, può senz'altro convenirsi con chi ritiene che il ricorso a soggetti formalmente e/o sostanzialmente privati, come i think tank (prassi piuttosto diffusa, ad esempio, nei Paesi anglosassoni) renda la questione della legittimità di tali strumenti particolarmente critica.

implementare strumenti di scienze comportamentali nel settore qui in esame, tenendo comunque presente che, in ogni caso, una rilevante quota di attività pratiche verrebbe in concreto svolta dai gestori del servizio idrico integrato. Sì, pensi, molto banalmente, al meccanismo basato sul confronto dei consumi con quelli degli utenti più prossimi, che presuppone l'attività di rilevazione e di successiva comunicazione comparativa dei consumi registrati (ad esempio, mediante l'applicazione di un adesivo sulla bolletta): entrambe attività materialmente svolte dal gestore. Al riguardo, le due opzioni più immediate appaiono senz'altro essere il Governo, nelle sue articolazioni ministeriali, e l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA).

Con riguardo alla prima opzione, si osservi che, laddove ricorrano tutte le condizioni sopra ricordate, e in particolare in presenza di una esplicita previsione di legge che assegni a uno o più Ministeri⁵⁷ l'implementazione di strumenti della tipologia qui considerata, non sembrerebbero emergere particolari problemi di legittimazione, in considerazione dello stretto legame politico intercorrente tra Parlamento e Governo e del fatto che le scelte propriamente discrezionali maturerebbero tutte all'interno del circuito di rappresentanza democratica.

In questo assetto, l'Autorità, a cui appunto non sarebbe assegnata alcuna competenza di natura discrezionale, dovrebbe dunque limitarsi a esercitare le sue prerogative tecnico-discrezionali per riconoscere ai gestori i (soli) costi efficienti⁵⁸ sostenuti dagli stessi per ottemperare agli obblighi previsti nel quadro normativo di riferimento, costituito dalla legge o dalle leggi con cui verrebbero introdotti gli strumenti di persuasione e dall'eventuale regolamentazione applicativa puntualmente delineata a livello ministeriale.

La seconda opzione solleverebbe, invece, evidentemente una serie di problemi rilevanti di compatibilità tra gli strumenti di scienze comportamentali e il modello della regolazione indipendente⁵⁹, con particolare riferimento alla natu-

⁵⁷ Non è escluso, ad esempio, che il compito possa essere affidato congiuntamente al Ministero per lo Sviluppo Economico e al Ministero per la Transizione Ecologica, in considerazione del rilevante intreccio di profili di competenza dell'uno e dell'altro che presenta il tema in esame.

⁵⁸ Secondo la richiamata impostazione sostenuta in dottrina, tra gli altri, da F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., p. 94 ss. p. e – seppure con una rilevante precisazione, di cui si dirà a breve – E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione*, cit., p. 157 ss.

⁵⁹ È noto che, in passato, il potere tariffario è stato esercitato da amministrazioni pubbliche – non autorità di regolazione indipendenti – secondo logiche largamente politiche, come è stato osservato da L. PROSPERETTI, *La regolazione delle tariffe dei servizi pubblici italiani: alcune proposte*, in *Economia pubblica*, 1992, f. 7/8, p. 343 ss. e da A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi*, cit., p. 177 ss. La legge 14 novembre 1995, n. 481, introduttiva delle autorità c.d. "indipendenti", in effetti – coerentemente con la logica transitoria a cui essa s'ispirava – prevede, all'art. 1, comma 1, ultimo periodo, che «il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse» e, all'art. 12, comma 1, lett. e), che l'Autorità debba definire le tariffe, tra l'altro, «in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma 1 dell'articolo 1». Potrebbe dunque sembrare che queste disposizioni assegnino all'Autorità un potere tariffario connotato da tratti di discrezionalità tecnico-amministrativa rilevanti; è stato però osservato, condivisibilmente, che questa interpretazione renderebbe le medesime disposizioni inconciliabili con la natura di organo eminentemente tecnico – e non politico – delle autorità di regolazione. Una lettura viceversa coerente con le caratteristiche proprie del modello di regolazione indipendente impone che tali norme implicano (solo) che l'ARERA debba riconoscere in tariffa i costi efficienti sostenuti dalle imprese per ottemperare agli obblighi previsti dalla legge a protezione di interessi di carattere ambientale e sociale. In questo senso, l'Autorità non potrebbe determinare, in via autonoma, la tariffa in modo da perseguire finalità

ra e ai limiti dei poteri tariffari attribuiti ad ARERA⁶⁰ in linea di principio, nei servizi pubblici di interesse economico generale⁶¹, ed anche con specifico riguardo al settore qui considerato.

Va però tenuto presente che, dalla ricognizione delle esperienze svolta nel precedente paragrafo, è emerso che la massimizzazione dell'efficacia ed efficienza di politiche idriche volte al contenimento dei consumi risulta fortemente condizionata dalla possibilità di combinare, con un grado sufficiente di flessibilità e adattabilità, la funzione tariffaria con gli strumenti forniti dalle scienze comportamentali, tra cui – ma non solo – il *nudge*; e, sebbene non sia affatto scontato e necessari di essere verificato in concreto, può essere astrattamente ragionevole ritenere che l'integrazione sinergica delle due forme d'intervento sia, in qualche misura, agevolata dalla circostanza che non siano soggetti pubblici distinti (ARERA e il Ministero o i Ministeri eventualmente competenti), ma due uffici della stessa ARERA, già titolare del potere tariffario, a dover interagire tra loro.

Questa seconda ipotesi, del resto, non dovrebbe ritenersi esclusa in radice, perché, se è vero che alle Autorità di regolazione – estranee al circuito di rappresentanza politica – in linea di principio, non dovrebbero essere riconosciuti poteri di natura propriamente discrezionale, ma solo competenze tecnico-discrezionali, ciò non dovrebbe significare «*un'assoluta ed inderogabile preclusione per il legislatore in ordine alla possibile attribuzione alle autorità in questione di poteri siffatti, ma comporta innanzitutto che, in sede interpretativa, la effettiva volontà legislativa di operare tale attribuzione debba essere accertata con particolare cautela e possa essere riconosciuta solo quando risulti univocamente dalla lettera e dai fini di una norma, così come dal suo collegamento sistematico con le altre disposizioni che disciplinano la materia*»⁶².

pro-ambientale: v. al riguardo F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., p. 94 ss. e, nello stesso senso, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 154 ss. Sull'introduzione della legge n. 481/1995 e i suoi contenuti v., in dottrina, per tutti, P. RANCI, *La L. n. 481/1995. Il frutto di una politica alta*, in *L'energia*, 2015, f. 4, p. 17 ss.; F. SCLAFANI-N. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 379 ss.; B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture*, cit., p. 2 ss.

⁶⁰ Su cui v., senza pretesa di esaustività: F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Vli ed., 2019, Giappichelli, Torino, p. 88 ss.; A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimolo all'efficienza e principio di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 177 ss.; D. SIMEOLI, *Tariffe e prezzi di riferimento*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Quali regole per il mercato del Gas?*, in *Annuario di diritto dell'energia*, 2014, p. 147 ss.; B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 2017, p. 1 ss.; S. TORRICELLI, *L'art. 117 D. Lgs. 267/2000 e i limiti alla politica tariffaria degli enti locali*, in questa *Rivista*, 2018, f. 1, p. 109 ss.; di recente, v. S. VACCARI, *Le tariffe dei servizi pubblici tra teoria economica e regolazione amministrativa*, in questa *Rivista*, 2020, f. 2, p. 367 ss.

⁶¹ Sulla nozione di SIEG, si v. tra molti, in una letteratura molto ampia: L. ZHU, *Services of General Economic Interest in EU Competition Law*, Springer, 2020; A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2018; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008; L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, v. IV, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1791 ss.; M. RENNA-S. VACCARI, *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in G. SALA-G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 177 ss.

⁶² E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione*, cit., p. 158 ss. (il passaggio citato nel testo è riportato a p. 158).

È dunque chiaro che, in questa seconda ipotesi, affinché l'Autorità possa essere investita del compito di integrare la funzione tariffaria con strumenti persuasivi – già di per sé forieri di alcuni problemi sul piano democratico, come si è detto – è assolutamente cruciale⁶³ che tale attribuzione venga prevista in una norma di legge, che individui in termini puntuali le specifiche prerogative assegnate all'Autorità – a maggior ragione con riguardo a quelle prerogative che comportano lo svolgimento di valutazioni e l'esercizio di poteri di natura discrezionale – delineandone precisamente l'esatto contenuto e i relativi limiti e dichiarando espressamente gli obiettivi perseguiti mediante tale attribuzione⁶⁴.

⁶³ Peraltro, come osserva ancora E. BRUTI LIBERATI, *op. ult. cit.*, p. 67 ss. e p. 162, nell'ipotesi in cui all'Autorità siano assegnate competenze di natura discrezionale ciò implicherebbe che l'Autorità, nell'esercitare tali prerogative, debba tenere conto degli orientamenti politici eventualmente formulati dal governo, perché la carenza di legittimazione democratica delle Autorità impone, in questo caso, una parziale compressione della regola d'indipendenza funzionale.

⁶⁴ Del resto, questo schema è stato applicato in epoca recente, quando la logica squisitamente tecnica che dovrebbe presiedere alla formazione delle tariffe è stata, in parte, integrata con considerazioni di ordine sociale. Il che è avvenuto, ad esempio, quando è stata introdotta la disciplina sulla morosità già precedentemente richiamata: v. *supra*, nota n. 15.

Note sulle regolazioni delle transizioni “economiche” *

Regulations of the economics transitions

di Sandro Amorosino **

ABSTRACT

In questo periodo di crisi e transizioni economiche le regolazioni devono svolgere diversi compiti: dare forma giuridica agli indirizzi politici della UE e nazionali mediante leggi e atti di programmazione.

Successivamente devono monitorare l'implementazione e correggere i difetti emersi nell'attuazione.

In this period of crisis and economic transitions, regulations must perform various tasks: giving legal form to political guidelines of EU and national through laws and planning acts.

Afterwards they must monitor the implementation and correct the failures that emerged in the carrying out.

SOMMARIO: 1. Transizioni, crisi decisioni di sistema dei pubblici poteri ed istituti giuridici di regolazione delle transizioni. – 2. Le transizioni sistemiche. – 3. Le transizioni e “rivoluzioni” economiche. – 4. Crisi economiche. – 5. le regolazioni delle transizioni. – 6. *Segue.* Gli atti d'indirizzo. – 7. *Segue.* Le programmazioni. – 8. Le programmazioni, pianificazioni e progettazioni integrative ed attuative del PNRR. – 9. Il diritto privato regolatorio delle transizioni.

1. Transizioni, crisi decisioni di sistema dei pubblici poteri ed istituti giuridici di regolazione delle transizioni

Gli snodi cognitivi sottesi al titolo di queste note sono quattro:

I) le transizioni, in generale ed in specie quelle a predominanti connotazioni/implicazioni economiche;

II) tra di esse, le transizioni imposte ed accelerate da *crisi sistemiche*, tardivamente affrontate (ad esempio: i mutamenti climatici) o causate da eventi catastrofali imprevisti (epidemici, naturali, bellici o finanziari), espressivamente chiamate “*cigni neri*” ¹;

III) le decisioni e, poi, le azioni di durata di *poteri*, di varia natura (pubblici,

* Ringrazio caldamente Laura Ammannati per i suoi suggerimenti su una prima stesura di queste “note”.

**Professore straordinario di diritto amministrativo, Università di Roma “La Sapienza”.

¹ N.N. TALEB, *Il cigno nero*, Il Saggiatore, Milano, 2007, *passim*.

privati, o di fonte convenzionale²) e “dimensione”, volte a codeterminare o condizionare il dispiegarsi dei processi delle transizioni “economiche”;

IV) le tipologie di istituti e procedure giuridici che sono, o potrebbero essere, utilizzabili o configurabili per regolare le svariatissime attività connesse alle transizioni economiche; dunque un diritto *futuribile*.

Senza dilungarsi “*in verba generalia*” è indispensabile mettere a fuoco, in forma minimale, le *issues* ora enunciate.

2. Le transizioni sistemiche

Il lemma “transizione” esprime una dinamica: un processo di mutamento, di durata e complessità molto variabili, da un sistema³, o equilibrio, caratterizzato ad un altro, di struttura e funzionamento diversamente connotato nei suoi elementi essenziali.

Le transizioni *possono* essere accompagnate, o condizionate da “decisioni di sistema” di poteri, operanti alle diverse scale e di diversa natura⁴: *pubblici* (Stati, UE, organismi internazionali) o *privati* (“Big Tech”, multinazionali egemoni di mercati o beni).

In questi casi i processi trasformativi, nei loro svolgimenti e fasi, formano oggetto anche di *azioni di durata* dei decisori, ordinate al progressivo conseguimento degli obiettivi individuati; azioni realizzate mediante strumenti *regolatori* nel senso più lato (precettivi, promozionali, condizionali, negoziali, disincentivanti, correttivi, sanzionatori).

Quanto più i “progetti” a medio – lungo termine sono complessi tanto più, in situazioni “ordinarie”, appaiono difficilmente adottabili e – soprattutto – implementabili coerentemente, negli anni, da parte dei sistemi istituzionali ed economici democratici e pluralistici (Stati occidentali, UE, organismi internazionali), con strutture politiche nelle quali prevalgono spesso decisioni contingenti, equilibri instabili, suggestioni mediatiche, interessi elettorali ed economici divergenti.

È superfluo sottolineare che, nell’era della globalizzazione economica, le transizioni che riguardano, direttamente o di riflesso, le più varie sfere economiche avvengono sempre più spesso a scala sovranazionale, continentale o mondiale.

Nella maggior parte dei casi, in assenza di disegni strategici, le decisioni di poteri – pubblici o privati (ad esempio: Amazon)⁵ – non costituiscono una *determinante*, ma “soltanto” un’invariante, certo condizionante, dei processi transizionali generati da un coacervo di fattori sistemici: economici, tecnologici, sociali, culturali, demografici, politici generali (volta a volta interagenti in equilibri combinatori variabili).

² H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, in *Rev. Int. Phil Dr.*, 1940.

³ Sui sistemi complessi, spiegati ai “non tecnici”, v. il libro del Premio Nobel G. Parisi, *In un volo di storni*, Rizzoli, Milano, 2021, cap. I.

⁴ G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Cedam, Padova, 2021, p. 55 ss.

⁵ L. Ammannati, *I “signori” nell’era dell’algoritmo*, in *Dir. pubbl.* n. 2/2021, p. 381 ss.

3. Le transizioni e “rivoluzioni” economiche

Ma cosa si intende per transizioni “economiche”?

Non è agevole definire il rapporto tra le *transizioni* e le *rivoluzioni* economiche.

A livello forzatamente approssimativo, trattandosi di due macroconcetti, si può ipotizzare che le rivoluzioni economiche strutturali, quale indubbiamente è quella telematica/comunicativa in atto⁶, determinano, in tempi e modi variabili, processi transizionali di ampia portata.

La qualificazione “economiche” può avere significati molto diversi: può essere riferita semplicemente ai macrosettori “canonici” (primario, secondario, terziario e quaternario) delle attività di produzione e di scambio di beni o servizi. Viceversa, più ampiamente, può estendersi ai principali *fattori* che interagiscono con la sfera delle attività economiche in senso stretto e ne condizionano gli assetti: la geopolitica, la geografia, le risorse finanziarie, la logistica, l’energia, l’infosfera, i mari, le acque, le risorse naturali, il clima (e, più in generale, l’ambiente), la demografia, la conoscenza e la cultura, nonché – certo non da ultimo – le politiche economiche, le regolazioni e le istituzioni pubbliche, private o “miste” (ad esempio: enti del terzo settore, che svolgono funzioni di interesse generale).

Tutti i fattori ora richiamati sono strettamente intrecciati con i settori economici.

È sufficiente – in proposito – richiamare “*per nomina*” alcune delle molte discipline che di tali correlazioni si occupano: la geoeconomia, l’economia circolare e dell’ambiente, l’economia della logistica, dell’energia, del territorio, della cultura, della sanità ed ancora: l’economia politica, monetaria, della domanda pubblica, dei mercati finanziari; e, sul versante che qui direttamente interessa, l’analisi economica del diritto ed il diritto dell’economia.

Senza condividere minimamente una visione *totemica* dell’economia, in particolare come *determinante assoluta* del diritto positivo⁷, sino a quello “costituzionale” eurounitario, si deve constatarne la pervasività e la ramificazione.

È superfluo ricordare che tutte le attività economiche rilevanti – cui s’è accennato – si organizzano in numerosissimi mercati (ad esempio: il mercato delle trasformazioni territoriali, il “mercato territorio”).

E, *per traslato*, esistono i “mercati – *over* ed anche *under the counter* – delle decisioni e delle regole⁸”.

Insomma: il giurista che si voglia occupare delle transizioni “economiche”,

⁶ F. MERUSI, *Sulla “struttura” della rivoluzione economica comunicativa* in AA.VV. *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale, Studi dedicati a Mauro Giusti*, a cura di M. PASSALACQUA, Cedam, Padova, 2021, p. 31 ss.

⁷ Prospettiva che faceva dire a M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano 2005, p. 81: “l’economia è creatrice di diritto pubblico” (il che è vero, ma assieme ad altre determinanti: la politica, la domanda sociale, la cultura civile, etc.).

⁸ Di “mercato delle leggi” trattano G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 167 ss., ma – com’è noto – le tipologie delle regolazioni sono molto più numerose ed articolate e comprendono moltissimi atti precettivi, *hard* e *soft*. Soprattutto, nei sistemi complessi che caratterizzano la contemporaneità, vengono in rilievo molte matrici non tradizionali di produzione di regolazioni: dalla scienza (si pensi allo stato di emergenza sanitario), alla tecnica (che costituisce la base – ad esempio – del PNIEC), all’intelligenza artificiale; v. in tema il bel saggio di E. D’ORLANDO, *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessità*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021, p. 713 ss.

intese nel senso allargato qui suggerito, si trova alle prese – metaforicamente – con un vastissimo “arcipelago” di interrelazioni il cui minimo comun denominatore è la rilevanza economica delle attività cui le relazioni stesse ineriscono.

Nell’ottica delle transizioni i sistemi di relazioni vengono analizzati sotto il profilo della loro ininterrotta dinamica ed in molti casi si possono formulare ipotesi sulle loro configurazioni tendenziali (e, conseguentemente, sui “mezzi giuridici” per concorrere a determinare tali configurazioni).

È superfluo anche sottolineare che, nell’era della globalizzazione, anche le transizioni che riguardano – direttamente o di riflesso – le più varie sfere economiche si svolgono a scala nazionale, ma sempre più spesso sovranazionale, continentale se non globale.

4. Crisi economiche

Anche “crisi” è un significativo polisemico, un “concetto baule”⁹, ma in tutti i significati sottende un processo, uno svolgersi.

Al di là dell’analogia ontologica con le transizioni l’esperienza storica mostra che le crisi economiche – già immanenti e conclamate, oppure improvvise ed impreviste – sono un potente *fattore di accelerazione* delle transizioni “economiche” in quanto impongono, con la forza delle “dure repliche della storia”, la necessità ed urgenza di passare progressivamente da un assetto di sistema ad un altro, strutturalmente differente, ritenuto funzionale alla ripresa ed allo sviluppo.

Alle situazioni di crisi è consustanziale il *decidere*¹⁰ come tentare di uscirne.

L’esperienza di quasi un secolo – dalla crisi mondiale del 1929, a quella “petrolifera” del 1973, a quella finanziaria del 2008 (in Europa 2011-12), sino a quelle catastrofali attuali (COVID 19 ed invasione e guerra dell’Ucraina) – mostra che gli Stati, la UE (negli anni più recenti) o accordi internazionali hanno svolto e svolgono un ruolo decisivo per fronteggiare e superare le crisi con impatti economici di portata sistemica.

Per i pubblici poteri del mondo contemporaneo (alle diverse scale) l’adozione e l’esecuzione delle “misure” di contrasto e resilienza alle crisi sistemiche costituisce una *funzione vitale imprescindibile* (quale che sia stata la causa efficiente della crisi: finanziaria, sanitaria, geopolitica, energetica, etc.).

Subito dopo le misure anticrisi d’emergenza, le successive decisioni d’apice devono riguardare il contenuto, la portata e la durata delle *misure strutturali* di transizione e discendono da un’approfondita valutazione degli effetti rivelatori che la crisi ha mostrato circa le disfunzioni dei settori o sistemi colpiti.

In sintesi: le crisi, soprattutto economiche, come occasione forzata per accelerare i processi di transizione da un modello strutturale ad un altro (che valutazioni politiche, economiche e, sovente, “vincoli esterni” indicano come obiettivo da perseguire).

⁹ Al tema sono dedicate intere biblioteche. E plurimis v. la sintesi di C. COLLOCA, *La polise-mia del concetto di crisi: società, culture, scenari urbani* in *SOCIETÀ MUTAMENTOPOLITICA*, www.fupress.com/smp (2010).

¹⁰ TUCIDIDE, *La guerra del Peloponneso*, Garzanti, Milano 2007, usa il vocabolo nel senso di *valutare e decidere*.

Sotto questo profilo vengono in rilievo gli intrecci, cui si è accennato, tra le attività economiche, considerate in sé, e le numerose tematiche direttamente correlate.

Di conseguenza le “decisioni di transizione” (ciò vale anche nei casi in cui non siano rese urgenti da una crisi) hanno sovente per oggetto tematiche *trasversali* quali gli *investimenti pubblici* (in tutela dell’ambiente, infrastrutture, digitalizzazione, ricerca tecnologica, industrie “green”, agroalimentare, logistica, sanità, conversione ed autonomia energetica) e la *promozione di investimenti privati* (ad esempio: nell’economia circolare) comunque congruenti con gli obiettivi di sviluppo sostenibile.

5. Le regolazioni delle transizioni

In altre scienze sociali – ad esempio: la storia economica e la sociologia dei cambiamenti – ha grande rilievo *se, come e quando* si forma la percezione di una transizione “economica”, come fenomeno complesso di rilevanza sistemica, già in atto e/o di cui si avverte la necessità o la rischiosità, da accelerare o contrastare (ad esempio: la *deindustrializzazione*).

Assumono dunque grande rilievo le cause, le modalità di svolgimento ed i possibili esiti dei processi transizionali, a partire dalla situazione economico-sociale data.

Per i giuristi – ferma restando la necessità di approfondire le specifiche connotazioni di ogni transizione, considerandone i principali fattori (giovandosi dei portati delle scienze economiche) – l’interrogativo primario è *come regolare* i vari processi di cambiamento che la caratterizzano.

Una funzione di regolazione è *connaturata* dalla rilevanza sistemica del “fenomeno”, la quale comporta l’inerenza ad esso di vari interessi generali di cui “occuparsi”.

Essendo una funzione consustanziale allo svolgersi della transizione un’eventuale assenza di regolazione avrebbe una *funzione negativa*¹¹, sarebbe, cioè, un *difetto strutturale* del processo transizionale, il quale verrebbe privato dell’“ossatura” indispensabile alla sua funzionalità.

È un *postulato*¹² che vale, naturalmente, anche per le *regolazioni di fonte privata* (ad esempio: per quanto riguarda le *piattaforme telematiche*, che creano e disciplinano nuovi mercati, determinando potentemente le transizioni di molti settori, *in primis* finanziari¹³). Per queste fonti regolatorie contrattuali, perché attengono a rapporti interprivati, la tutela dei diritti individuali e la cura degli interessi generali postulano il controllo o la vigilanza su di esse da parte di pubblici poteri, ai vari livelli.

È facilmente comprensibile, poi, che dovendo dare un certo ordine a processi multiformi, di portata sistemica e di consistente durata, si debba fare rife-

¹¹ N. BOBBIO, *L’analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 100-101.

¹² SANT’AGOSTINO, *Enchiridion* 1.4, nel suo “Manuale”, usa il termine per indicare i principi fondamentali.

¹³ L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme, digitali?* in AA.VV., *Algoritmi, BigData, piattaforme digitali*, a cura di L. AMMANNATI-A. CANEPA-G.L. GRECO-U. MINNECI, Giappichelli, Torino, 2021, p. 3 ss.

rimento alla nozione più ampia di regolazione, ivi compresi gli strumenti più flessibili.

Nella “cassetta degli attrezzi” delle regolazioni “economiche” si rinvencono – si sa – procedimenti ed atti d’ogni genere”.

In scala discendente si va ¹⁴ da atti di indirizzo, di varia efficacia conformativa (*substitute law*), di organismi internazionali pattizi; alla *hard law* “a cascata” della UE (sino alle “Comunicazioni”); alle normazioni primarie e secondarie, nazionali e regionali; a provvedimenti amministrativi precettivi, come piani, programmi e direttive; ad altri atti di natura assai discussa (come le “Linee Guida” dell’ANAC) ed, infine, a variegate figure di *soft law* (sempre esemplificando: *best practices*; accordi programmatici ¹⁵; *nudges* ¹⁶ – le spinte gentili – da parte di pubblici poteri; impegni ¹⁷ assunti nei procedimenti sanzionatori dell’AGCM; comunicazioni “correttive” di irregolarità – che solitamente sono “non gentili” – da parte di Banca d’Italia, IVASS e CONSOB).

Naturalmente l’“intensità” e l’articolazione della funzione regolatoria dipendono dalle decisioni politiche ¹⁸ che, per quanto ci riguarda, sono soprattutto europee e nazionali.

Nel concreto il *mix* di misure regolatorie adottate è, volta a volta, differente.

L’esperienza storica porta a dire – schematizzando – che le *transizioni* imposte o accelerate da crisi economiche sono caratterizzate da un maggiore interventismo pubblico, *sub specie* di stanziamenti per programmi di investimenti pubblici ed incentivazioni a progetti privati, per dare – a seconda dei casi – abbrivio o impulso ai processi transizionali e, comunque, per indirizzarli.

Ancora: se il “sottostante” e “propellente” della transizione è una crisi si evidenzia più nettamente la *complementarietà* tra l’evoluzione tecnologica – che è quasi sempre un asse portante della transizione stessa – e la regolazione, la quale deve essere *proattiva* allo sviluppo ed all’impiego di nuove tecnologie.

In senso opposto emergono due dicotomie: tra concorrenza ed interventi pubblici e tra autoregolazione dei poteri privati e tutela dei diritti ed interessi dei “consumatori” ¹⁹; ambedue si accentuano nelle situazioni di crisi.

¹⁴ Sia consentito il rinvio a S. AMOROSINO, *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e diritto dell’economia* in Id., *Le dinamiche del diritto dell’economia*, Pacini, Pisa, 2018, pp. 30-31.

¹⁵ E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Cedam, Milano, 2018, p. 314 ss.

¹⁶ R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile* (2009), ed. it. Feltrinelli, Milano, 2014, p. 107 ss.

¹⁷ F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 311-314.

¹⁸ N. IRTI, *Del salire in politica*, Aragno, Torino, 2014, p.19, nitidamente sottolinea che “La necessità della politica è la necessità stessa della decisione, che permette a una comunità di disegnare il corso del futuro”.

¹⁹ V. S. AMOROSINO, *Le dicotomie delle regolazioni economiche nell’attuale contingenza di crisi* in Id., *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Giappichelli, Torino 2021, p. 15 ss.

6. Segue. Gli atti d'indirizzo

Il tratto comune alle regolazioni pubbliche (sempre nel senso più ampio) in materia di transizioni “economiche” – trasversali, multisettoriali o settoriali (ad esempio: l'agroalimentare) che siano – è la diffusa ed ordinante presenza di *atti d'indirizzo*, politico e amministrativo, che sono indispensabili per cercare di strutturare questi processi complessi, di ampia portata e lunga durata.

In questa sede appaiono di scarso interesse le risalenti discussioni dei costituzionalisti sulla titolarità della funzione di indirizzo politico tra Governo e Parlamento (non foss'altro per l'avvenuta *frantumazione* della funzione stessa, essendosi suppletivamente aggiunti – in Italia – il Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale²⁰ e le Regioni; nonché per la crescente “sovrapposizione” degli organi istituzionali della UE ed, infine, per le “direttive” di organismi internazionali cui il nostro Paese partecipa)²¹.

Sembra più utile mettere a fuoco la *molteplicità ed eterogeneità* delle *forme*, cioè degli atti, in cui si cristallizzano gli indirizzi correlati alle transizioni economiche.

Viene in rilievo, a questo proposito, la distinzione di Giannini tra atti precettivi ed atti normativi, schematizzabile nella formula: tutti gli atti normativi sono (ovviamente) precettivi, ma non tutti gli atti precettivi hanno natura normativa²².

In parole semplici: il *genus* degli atti precettivi comprende la *species* di quelli normativi, ma è più ampio in quanto comprende tutti quelli «*idonei a stabilire regole di azione vincolanti per il soggetto che li emana e per i soggetti ai quali sono destinati*».

Solo gli atti normativi, viceversa, «*hanno forza costitutiva della normazione ordinamentale*».

L'articolazione atti precettivi “non normativi”/atti precettivi normativi consente una qualificazione giuridica comprensiva di tutti i tipi di *atti di indirizzo* che – come s'è accennato – costituiscono la *trama regolatoria* delle transizioni economiche.

Per fare un esempio d'attualità: ha natura di atto precettivo di indirizzo politico generale il PNRR, concretizzazione a scala nazionale del *Next Generation UE* (il quale è atto precettivo programmatico dell'Unione).

Tale precettività è legittimata dall'adozione da parte del Governo e dalla successiva approvazione da parte del Parlamento²³.

In sé – nella sua struttura contenutistica – è tipicamente un atto programmatico la cui complessa attuazione avviene:

– sia mediante atti normativi – *in primis* le riforme “abilitanti”²⁴ (giustizia, concorrenza, digitalizzazione, contratti pubblici, etc.) da approvarsi con leggi o

²⁰ M. PERINI, voce *Indirizzo politico* (postilla di aggiornamento, 2007) in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989.

²¹ L. CASINI, *Lo Stato nell'era globale*, Mondadori, Milano, 2020, p. 33 ss.

²² M. S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bulzoni Editore, Roma, 1984, p. 69 ss.

²³ Sulla natura giuridica del PNRR v. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice* in www.giustiziamministrativa.it 2021; G. MONTEDORO, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione ed attuazione del PNRR* in www.giustiziamministrativa.it, 2021.

leggi di delegazione, seguite da decreti attuativi; atti normativi che costituiscono il “precipitato” degli indirizzi del PNRR;

- sia mediante le leggi di bilancio (recanti le risorse per la realizzazione dei programmi operativi, settoriali o intersettoriali) o mediante leggi di settore;

- sia, infine, mediante piani e programmi – taluno in forma di *legge provvedimento*, la massima parte di natura amministrativa – di vario oggetto: “trasversali” come il PNIEC (energia e clima) o il PTE (transizione ecologica²⁵), multisettoriali od oggettuali, (di azioni e/o investimenti pubblici). La gran parte di tali piani prevede la destinazione di risorse a numerosi progetti operativi, alle varie scale e con vari obiettivi, con l’indicazione di tempi, soggetti attuatori, monitoraggi, aggiornamenti.

Senza avventurarci nella complessa “cosmogonia” del PNRR e limitandoci ad utilizzarlo come *caso di studio emblematico* di atto precettivo ordinato ad una transizione multipla e sinergica – con obiettivi, al contempo, di competitività e sviluppo economico, di realizzazione del principio eurounitario di integrazione ambientale e di sviluppo civile – vengono in rilievo *due profili*.

Il *primo*, generale, è la conferma delle centralità – nella regolazione delle transizioni economiche – di varie specie di atti di indirizzo, normativi o precettivi, posti in sequenze variabili, che costituiscono l’*asse portante* dal quale si dipartono le *misure* di orientamento, promozione e conformazione dei processi transizionali, da parte dei pubblici poteri.

7. Segue. Le programmazioni

Il *secondo* è il vistoso “rientro sulla scena” politico-amministrativa delle programmazioni²⁶ come configurazione²⁷ elettiva degli atti di indirizzo; programmazioni di cui era stata prematuramente decretata la recessività negli anni recenti del “neoliberismo regolatorio”²⁸.

Può esser, utile sul punto una breve riflessione più generale.

In realtà le programmazioni – benché, negli ultimi decenni, neglette dagli

²⁴ A. POLICE, *Riforme abilitanti in materia di contratti pubblici, riforma della concorrenza e impatto atteso delle rispettive misure* in AIPDA, *Next Generation UE. Proposte per il piano nazionale di ripresa e resilienza* in www.aipda.it.

²⁵ F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni* in *Dir. amm.*, n. 4/2021, p. 779 ss.; AA.VV., *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di M. PASSALACQUA, Cedam, Milano, 2021.

²⁶ In tema v. R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo dell’economia*, in *Dir. amm.* 2020, p. 903 ss.

²⁷ Molti contributi interessanti sono contenuti in AA.VV. *Scritti in onore di Maria Immordino*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2022: A. BARONE, *Il tempo della perequazione: Il Mezzogiorno nel PNRR*; M. CLARICH, *La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19: le condizioni per il successo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* entrambi nel vol. I, nonché F. MANGANARO, *La perequazione territoriale nel PNRR alla luce della questione meridionale*; V. MOLASCHI, *L’economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*; V. TONDI DELLA MURA, *Recovery Fund e Recovery Plan fra solidarietà, mercato e sviluppo: un equilibrio irrisolto*, vol. III.

²⁸ L. TORCHIA, *Introduzione* al Capitolo 5 in AA.VV. *Diritto amministrativo progredito*, a cura di L. TORCHIA, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 128 ss; su cui v. le osservazioni critiche di S. AMOROSINO, *Regolazione e programmazione delle infrastrutture*, in *Id. Le regolazioni pubbliche*, cit. p. 78 ss.

studiosi e “dimenticate” dalle amministrazioni – sono ineliminabili perché sostanziali ai processi di scelte discrezionali di priorità tra interventi (e, quindi, tra interessi, da promuovere o “contenere”) da realizzare in un dato ambito spazio temporale²⁹. Si pensi solo ai piani territoriali, di sviluppo, dei trasporti, dell’energia, di opere infrastrutturali, di digitalizzazione, di forniture militari, di dismissioni di beni.

In questi ed altri ambiti non “bastano” le regolazioni normative, staticamente, livellatrici di comportamenti e del campo di gioco, e sono indispensabili le programmazioni che prefigurano *dinamicamente* assetti futuri ritenuti ottimali³⁰.

Per rimanere al tema di queste note le programmazioni – “tornate sulla scena” – quale “parte in commedia” sono chiamate a recitare nei processi delle transizioni economiche, lunghe come *telenovelas*?

Fuor di metafora: quali tipi di programmazioni, tra le varie “specie conosciute” (e, in passato, ideologicamente contrapposte), possono essere elettivamente utilizzabili ai fini delle transizioni economiche?

Una tassonomia aggiornata tendenzialmente esclude, nei Paesi ad economia di mercato – pur “corretto” da pubblici poteri – i piani imperativi che funzionalizzano le imprese.

Le programmazioni ordinate alle transizioni economiche sono, “in prima battuta”, per antonomasia, programmazioni *di scopo*, per obiettivi, a medio-lungo termine, che servono a «*guidare i centri decisionali della pubblica amministrazione verso obiettivi di effetti desiderati*»³¹.

“In prima battuta” perché – come s’è detto – è del tutto probabile che, a fronte del complesso dipanarsi dei processi transizionali, i pubblici poteri che intendono governarli “accompagnandoli” si dotino di un *disegno generale (master plan) in progress* – in termini giuridici di un atto d’indirizzo a formazione progressiva – nel quale sono indicate, con gli obiettivi, anche le molteplici azioni (e, in qualche caso, le misure urgenti) coordinate al perseguimento degli obiettivi stessi.

Tali azioni possono essere sia di tipo normativo, volte a disciplinare comportamenti di amministrazioni e di attori economici, sia programmazioni e pianificazioni.

Delle prime si accennerà più avanti.

Le seconde possono avere natura diversa. Sempre schematizzando possono essere innanzitutto *programmi di investimenti pubblici* in vari settori, la cui adozione e realizzazione può esser affidata ad amministrazioni o società a controllo pubblico, ma più spesso ad enti del terzo settore o a privati.

Nel loro insieme costituiscono la *domanda pubblica*³² che concorre a stimolare ed orientare la transizione.

Analoga funzione *promozionale* hanno anche le programmazioni *condizionali* che – com’è noto – subordinano l’accesso ad ausili finanziari pubblici, da parte di imprese o enti *no profit*, alla presentazione di progetti conformi alle finalità ed ai requisiti (“*condizionalità*”) stabilite nel programma.

²⁹ Secondo l’efficace formula di sintesi, tuttora valida, di A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963.

³⁰ S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale e riserva di amministrazione* in Id. *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 3 ss.

³¹ G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit. p. 76 ss.

³² E. CARDI, *Mercati ed istituzioni in Italia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 241 ss.

Infine vi sono le pianificazioni conformative di attività private, in primo luogo quelle territoriali ed urbanistiche.

8. Le programmazioni, pianificazioni e progettazioni integrative ed attuative del PNRR

Una verifica delle ipotesi ora accennate può essere fatta, *“in corpore vivo”*, analizzando il PNRR il quale è, in sé, un atto programmatico a contenuti, obiettivi e misure molteplici, buona parte dei quali devono esser realizzati mediante piani e programmi amministrativi i cui oggetti ed ambiti spaziali sono i più diversi (e, di conseguenza, lo sono anche i procedimenti ed i contenuti precettivi).

Nella *congerie* di pianificazioni implicate dal PNRR si rinvencono alcuni tratti comuni:

- l'essere funzionali, in via diretta o mediata, al “modello” di transizione ritenuto preferibile per ciascuno dei macrotemi (ad esempio: l'energia);
- l'avere la componente finanziaria come asse portante;
- l'individuazione di uno o più soggetti attuatori, cui spetta la responsabilità della realizzazione e del monitoraggio del piano;
- l'immanenza, più o meno “vicina”, di poteri di monitoraggio sostitutivi in quanto i piani sono segmenti del PNRR di cui è imprescindibile l'attuazione.

L'attuazione “diffusa” – tra centro e periferia, tra soggetti pubblici e privati – di piani e programmi è un portato del pluralismo istituzionale degli Stati contemporanei (e della stessa UE) e del principio di sussidiarietà³³; è inevitabile, ma comporta forti rischi di “colli di bottiglia”³⁴ o di finire in qualche *pantano* amministrativo³⁵.

La struttura giuridica del PNRR è stata ben sintetizzata da Amato³⁶: «*Siamo dunque nei limiti di azioni di indirizzo, promozione e coordinamento di molteplici attività, pubbliche e private, che saranno necessarie in modi e tempi non eludibili e che non sarebbero diversamente coordinabili (certo non lo farebbe il mercato). Di tali azioni, perciò, è ben difficile negare il fondamento e l'utilità, oltre che la permanenza entro i confini di un ruolo pubblico, che è e rimane di programmazione e che di certo non arriva alla conformazione del privato*».

(Su quest'ultima affermazione vi sarebbe da dubitare: i piani urbanistici o ad oggetto ambientale conformano le attività dei privati).

³³ M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione* in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA-F. SAIITA, Giuffrè, Milano, 2012, p. 283 ss.

³⁴ F. FRACCHIA, *Colli di bottiglia nell'attuazione del PNRR e modello di pubblica amministrazione* in AIPDA *New Generation UE*, cit.

³⁵ Traduzione del nomignolo dato alle complicazioni delle pubbliche amministrazioni da C.R. SUNSTEIN, *Sludge*, The MIT Press, Boston, 2021.

³⁶ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 97.

9. Il diritto privato regolatorio delle transizioni

È da chiedersi, infine, se le transizioni economiche postulino uno *specifico diritto privato regolatorio*³⁷, felice espressione con cui si sintetizza l'immanente necessità che i pubblici poteri regolino le discipline contrattuali di fonte privatistica – poste soprattutto dalle piattaforme digitali o da grandi oligopolisti di beni e servizi – per limitarne il potere di mercato arbitrario ed asimmetrico.

Tale potere – suggestivamente paragonato³⁸ a quello degli dei della mitologia greca nei confronti dei mortali – se non arginato e proporzionato può influenzare anche il corso delle transizioni economiche.

Gli strumenti mediante i quali i pubblici poteri, eurounitari o nazionali – a tutela del mercato aperto e dei clienti *retail* – impongono alle imprese discipline contrattuali *meno asimmetriche* sono essenzialmente di tipo normativo (direttive e regolamenti UE; leggi, decreti delegati, regolamenti, di Ministeri o di Autorità indipendenti, che le norme primarie hanno incaricato di dettare discipline attuative).

Le norme, di vario genere e livello, ben possono – più delle programmazioni – avere contenuti conformativi sia dell'organizzazione che dell'attività di categorie di imprese (in concreto contenuti conformativi dei modelli organizzativi e dei contratti mediante i quali operano).

Un esempio recente di regolamentazione eurounitaria di sistema è il *Digital Market Act*, sul quale è stato raggiunto un accordo politico tra Commissione e Parlamento europeo, che qualifica le piattaforme come “*gatekeeper*” – intermediari che determinano l'organizzazione di mercati telematici – e ne disciplina le attività.

È pacifico che le “correzioni” delle asimmetrie e disfunzioni dei mercati mediante norme conformative³⁹ di imprese trovano fondamento sia nella “Costituzione economica europea” che nell'art. 41 della Costituzione (novellato con l'inserimento dell'ambiente tra i “superinteressi” generali da tutelare, disciplinando le attività delle imprese).

Normazioni recenti hanno previsto che alcune categorie di imprese sia accertata la conformità ai criteri ESG, acronimo di *Environmental Social and Governance*, quale condizione legittimamente per l'accesso a finanziamenti pubblici e privati, ivi compreso il ricorso al mercato dei capitali, con l'ingresso di Fondi di investimento.

Su questo terreno si può ipotizzare una *saldatura* tra le azioni e misure ordinate alle transizioni economiche e le normative che prescrivono il possesso dei requisiti ERG e di altri volta a volta prescritti.

Ben possono infatti le *programmazioni condizionali*, che prevedono finanziamenti pubblici di attività private, subordinare l'accesso ad essi non solo alla presentazione di progetti funzionali al programma, ma anche al possesso di requisiti qualitativi soggettivi, tra i quali – ove occorra – quelli ERG.

Analogo ragionamento può farsi per gli investimenti pubblici.

³⁷ R. NATOLI, *Diritto privato regolatorio* in questa *Rivista*, n. 2/2020.

³⁸ Y. MENY, *Democrazia: l'eredità politica greca*, Ariele, Milano 2022.

³⁹ A. PREDIERI, *Il mercato corretto. La certa osmosi – Gli incerti paradigmi*, 2001, rimasto inedito per l'improvvisa scomparsa del Maestro, che ne regalò una prima versione dattiloscritta agli allievi.

Le procedure attuative relative agli affidamenti della realizzazione degli interventi previsti nei programmi di investimento ben possono prevedere il possesso dei requisiti ERG, oltre a quelli normalmente richiesti. È, se si vuole, una sorta di *nudge* rafforzata.



COMMENTI

La regolazione pubblica del Terzo settore tra Stato, mercato e formazioni sociali *

Public regulation of the so-called third sector: State, market and civil society

di **Marcello Clarich** **

ABSTRACT

Il saggio analizza la regolazione pubblica del settore del volontariato realizzata con il Codice del Terzo settore. Si sofferma in particolare sulla visione originale dei rapporti tra Stato e cittadino e tra Stato e mercato elaborata dal Codice, valorizzando le organizzazioni spontanee della società civile. Analizza poi il contrappeso di tale visione, che consiste nella sottoposizione a una disciplina pubblicistica più intensa del sistema.

The essay analyses the public regulation of the volunteering system achieved with the "Italian Code of the third sector". It dwells in particular on the innovative vision of the relationship between the State and the citizen and between the State and the market, elaborated by the Code by enhancing the spontaneous organizations of civil society. It then analyses the counterbalance of this vision, which consists in subjecting the system to a more intense public regulation.

ESTRATTO: D.LGS. 3 LUGLIO 2017, N. 117

«Art. 1

Finalità ed oggetto

1. Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2,3,4,9,18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il presente Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore.

Art. 2

Principi generali

1. È riconosciuto il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali».

SOMMARIO: 1. La regolazione pubblica del Terzo settore tra Stato, mercato e formazioni sociali.

* Il testo sviluppa una relazione svolta a un seminario su "Il terzo settore tra pubblico e privato" organizzato dall'Università degli Studi di Genova il 30 ottobre 2020.

** Professore ordinario di diritto amministrativo, Sapienza Università di Roma.

1. La regolazione pubblica del Terzo settore tra Stato, mercato e formazioni sociali

Per introdurre il tema dei profili pubblicistici del Codice del Terzo settore approvato con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117¹ conviene partire da una considerazione generale. Il Codice rappresenta il punto di arrivo di una evoluzione molto lunga che ha portato ad acquisire la consapevolezza che nei rapporti tra Stato e individuo, da un lato, e nei rapporti tra Stato e mercato, dall'altro, è presente un terzo elemento che va considerato come un fattore positivo di temperamento del ruolo dominante e degli eccessi sia dello Stato sia del mercato².

Quanto ai rapporti tra Stato e individuo, fin dall'Ottocento, la nostra cultura giuridica giuspubblicistica ha avuto un'impostazione essenzialmente statalista, con una propensione innata a giustificare l'intrusione nelle libertà private (anche in campo economico), e individualista, volta a dar rilevanza esclusivamente al rapporto tra l'individuo e lo Stato, disconoscendo le formazioni intermedie che si sviluppano spontaneamente nella società civile. E questo in reazione all'esperienza storica antecedente alla Rivoluzione francese, allorché i corpi intermedi (ceti, corporazioni, ecc.), con le loro prerogative e privilegi, costituivano un ostacolo all'unitarietà dell'ordinamento e alla sovranità dello Stato³.

Emblematica fu in particolare la legge Crispi 17 luglio 1890, n. 6972⁴ sulle istituzioni pubbliche di beneficenza (cosiddette Opere pie) che intervenne a gettare un mantello pubblicistico su tutte le organizzazioni private (fondazioni e associazioni), spesso promosse da istituzioni religiose, esercenti attività nell'interesse della comunità (gestione di ospedali, orfanotrofi, ecc.).

La legge Crispi, ispirata a una concezione autoritaria – condizionata anche dai rapporti tesi tra Stato e Chiesa inaspriti in conseguenza dell'unificazione nazionale – impose modelli organizzativi standardizzati e introdusse controlli penetranti di legittimità e di merito. I corpi intermedi, più che concepiti come un fattore positivo nella società, ma anche nell'economia, erano dunque tutt'al più tollerati o visti con sospetto, tanto da dover essere fortemente controllati dallo Stato.

Gli sviluppi successivi, specie dopo la svolta operata dalla Costituzione del

¹ Adottato a norma dell'art. 1, comma 2, lett. b), della legge 6 giugno 2016, n. 106, recante *Delega al governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina nel servizio civile universale*.

² Cfr., in generale, A. FICI, *Un diritto per il terzo settore, studi sulla riforma*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, 2018; A. QUADRIO CURZIO, *Fondazioni di origine bancaria e solidarismo innovativo*, in *XX Rapporto ACRI sulle Fondazioni di origine bancaria*, reperibile in *www.acri.it*, 2014; ASSOCIAZIONE DI FONDAZIONI E CASSE DI RISPARMIO SPA – ACRI, *Decreto legislativo del 3 luglio 2017, n. 117, Recante nuovo "Codice del terzo settore" a norma dell'art. 1 comma 2, lettera b) della legge 6 giugno 2016, n. 106, Riconoscimento delle principali norme di specifico interesse delle Fondazioni associate*, reperibile in *www.acri.it*, 2017; M. CLARICH-B. BOSCHETTI, *Il Codice del Terzo settore un cambio di paradigma*, in *Jusonline*, 2018, n. 3.

³ Sul tema cfr. M. CLARICH, *Stato, gruppi intermedi, individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 133 ss.

⁴ La legge Crispi n. 6972/1890 ha regolato le opere pie e gli enti morali che hanno, in tutto o in parte, per fine «a) di prestare assistenza ai poveri, tanto in istato di sanità quanto di malattia; b) di procurarne l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico». Cfr., AA.VV., in *Archivio ISAP*, Milano, 1990, Nuova Serie, 6, vol. IV, p. 3 ss.

1948 che pone l'enfasi sulle "formazioni sociali" (art. 2), determinarono un'attenuazione della dialettica Stato-individuo attraverso la progressiva valorizzazione di istituzioni intermedie.

Quanto ai rapporti tra Stato e mercato, i rapporti economici all'interno dei sistemi di tipo capitalistico erano fondati tradizionalmente su un altro tipo di dialettica anch'essa bipolare.

Nella visione tradizionale, infatti, da un lato c'è il mercato, ove domina l'impulso egoistico della ricerca del profitto e che tendenzialmente si autoregola, anche se ha bisogno talora (in presenza dei cosiddetti fallimenti del mercato) di una regolazione pubblica, pur ridotta ai minimi termini; dall'altro lato, c'è lo Stato che cura l'interesse pubblico e che spesso entra in opposizione con il mercato.

Non vi è cioè nulla di intermedio tra lo Stato, che incarna l'interesse pubblico, e le imprese, che incarnano l'interesse lucrativo dei privati. La massimizzazione del profitto costituisce per così dire la stella polare che orienta l'attività delle imprese che operano nel mercato. La cosiddetta responsabilità sociale di queste ultime, tesa a promuovere valori etici e sociali (benessere dei lavoratori, attenzione alle esternalità negative, ecc.), può costituire tutt'al più, per così dire, un cosmetico per nascondere il movente essenzialmente egoistico e lucrativo.

Il Codice del Terzo settore esprime una visione diversa, già inclusa, almeno in parte, in leggi settoriali recenti, sia nei rapporti tra lo Stato e il cittadino, in base ai principi costituzionali volti a riconoscere le formazioni sociali (art. 2) e la sussidiarietà orizzontale (art. 118, ultimo comma), sia nei rapporti tra Stato e mercato. Il Codice valorizza infatti le organizzazioni spontanee della società civile, anche nella forma dell'impresa o della cooperativa sociale, che svolgono attività di interesse generale (elencate in modo puntuale dall'art. 5). Motivazioni profit e non profit, queste ultime sovrapponibili in parte a quella della cura degli interessi pubblici propria dello Stato, scolorano le distinzioni e opposizioni tradizionali.

Il Terzo settore in definitiva rompe la doppia logica bipolare e il suo ruolo cruciale è sempre più sottolineato nella letteratura socio-economica dedicata ai concetti di "capitale sociale" e di "capitale umano", da aggiungere alla forma tradizionale del capitale finanziario, come fattori determinanti anche dello sviluppo economico⁵.

Basti richiamare le tesi di un noto economista ed ex governatore della Banca centrale indiana, Raghuram Rajan⁶, che analizza il cd. "terzo pilastro", individuato soprattutto nelle espressioni della comunità locale. Il terzo pilastro viene considerato come un elemento che tempera gli eccessi sia dello Stato, con la sua impostazione autoritaria, sia del mercato, che condiziona e talora inquina tutte le relazioni private⁷. Esso garantisce un miglior equilibrio negli assetti sociali ed economici.

Questa cornice generale consente dunque di inquadrare il Codice del Ter-

⁵ Cfr. R. PUTNAM, *Capitale sociale e individualismo. Crisi e crescita della cultura civica in America*, il Mulino, Bologna, 2004; J. COLEMAN, *Social Capital in the Creation of Human Capital*, in *American Journal of Sociology*, 1988, n. 94.

⁶ R. RAJAN, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da stato e mercati*, Università Bocconi Editore, Milano, 2019.

⁷ Cfr. M. SANDEL, *What money can't buy: the moral limits of markets*, Straus and Giroux, Farrar, 2012; P. DE GRAUWE, *The limits of the market: the pendulum between government and market*, Oxford University Press, New York, 2017.

zo settore, un testo normativo peraltro forse troppo analitico e che probabilmente riflette anche un malessere endemico nella nostra cultura giuridica e nella prassi del legislatore, e cioè una certa tendenza alla iper-regolazione.

Come già anticipato, il Codice ha come fondamento l'art. 118, comma 4, della Costituzione, ossia il principio di sussidiarietà orizzontale secondo il quale è favorita la collaborazione con gli enti del Terzo settore per lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 1 del Codice). L'autonoma iniziativa dei cittadini anche in forma associata concorre a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, di crescita dell'occupazione lavorativa e favorisce la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona. La promozione e valorizzazione del capitale sociale si interseca con l'obiettivo di miglioramento del capitale umano.

Con il Codice del Terzo settore, lo Stato scende per così dire dal piedistallo autoritativo connotato da rapporti di sovra-sotto ordinazione e accetta dei rapporti di tipo paritario, aprendosi alla collaborazione con i soggetti privati (anche in forme di coprogrammazione e coprogettazione degli interventi)⁸. Rinuncia dunque al monopolio nella cura degli interessi collettivi, riconoscendo che anche i privati possono impegnarsi in attività di interesse generale.

Sul versante dei rapporti tra Stato e mercato, il Codice non soltanto include tra gli enti del Terzo settore organizzazioni in forma di impresa (imprese sociali, cooperative sociali, art. 4), ma consente anche lo svolgimento di attività diverse da quelle definite di interesse generale, anche di tipo lucrativo, purché esse siano previste negli statuti e comunque siano secondarie e strumentali rispetto alle prime (art. 6). Scopo non profit e scopo di lucro possono essere dunque compresenti.

Lo Stato valorizza i soggetti privati del Terzo settore impegnandosi, per esempio, a promuovere la cultura del volontariato tra i giovani anche negli istituti scolastici e nelle Università (art. 19). Una siffatta attività di sensibilizzazione, all'interno di strutture che sono in gran parte pubbliche, prevede anche il coinvolgimento diretto delle organizzazioni del volontariato e di altri enti del Terzo settore. Si passa dunque da un atteggiamento di tolleranza o comunque di neutralità nei confronti delle espressioni libere della società civile a un impegno diretto a creare un *humus* culturale atto a farle germogliare. E certamente le istituzioni scolastiche sono la sede più appropriata per gettare qualche seme.

Il nuovo ruolo dello Stato volto a favorire lo sviluppo del Terzo settore ha, però, quasi come contrappeso, la sottoposizione a una disciplina pubblicistica più intensa degli enti che entrano a far parte del sistema. Rispetto alle poche e scarse disposizioni del codice civile, il Codice del Terzo settore opera un salto di qualità nella disciplina racchiusa in fonti di rango primario.

Una chiave interpretativa generale, per analizzare le singole parti e le singole disposizioni del Codice, è dunque quella di porsi dall'angolo di visuale della regolazione pubblica delle attività private. Nel momento in cui lo Stato scende dal piedistallo autoritativo e dai rapporti di sovra-sotto ordinazione, garantisce benefici agli enti regolati e accetta di intrattenere con essi rapporti di tipo quasi paritario, lo fa per così dire alle proprie condizioni, non rinunciando al proprio ruolo di regolatore. E ciò al fine di garantire che lo sviluppo del Ter-

⁸ Cfr. art. 55 ss. del Codice. Cfr. F. GIGLIONI-A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 228 sull'intero sistema delle convenzioni.

zo settore e la collaborazione con le istituzioni pubbliche avvengano nel rispetto di regole organizzative e di principi che abbiano un minimo di uniformità e di coerenza con le finalità generali perseguite, come indicate, come si è visto, nell'art. 1.

D'altra parte, non è certamente solo il Terzo settore l'ambito in cui lo Stato esplica la sua funzione regolatrice o di conformazione delle attività private. Ci sono infatti moltissime attività propriamente di mercato nelle quali la regolazione pubblica è più o meno invasiva.

Si pensi al settore delle banche e degli intermediari finanziari nel quale la regolazione pubblica di derivazione europea e nazionale, ma anche quella di rango sub-legislativo (degli atti generali e normativi delle autorità di regolazione Banca d'Italia e Consob), penetra in profondità e condiziona le attività degli intermediari finanziari.

Per esempio, in base al Testo unico bancario la Banca d'Italia può intervenire e sindacare l'organizzazione interna degli istituti bancari e degli istituti di credito e, pertanto, non solo porre le regole sull'attività. Gli organismi di vigilanza nazionali ed europei hanno a disposizione una vasta gamma di strumenti di tipo prescrittivo (obblighi informativi, rispetto di *ratio* patrimoniali, potere di convocare gli amministratori, ispezioni, commissariamento, messa in liquidazione, ecc.). Essi includono persino il potere di rimuovere singoli membri del consiglio di amministrazione ritenuti inadeguati. L'autonomia operativa e organizzativa delle imprese che operano nei mercati finanziari (e più in generale nei mercati regolati, in particolare nel settore dei servizi pubblici nazionali) è dunque conformata in misura maggiore o minore da poteri pubblicistici. Essa ha avuto un incremento sul piano qualitativo e quantitativo, soprattutto negli anni successivi alla crisi del 2008-2011.

Non c'è dunque da stupirsi se anche nel Terzo settore lo Stato interviene con regole pubblicistiche nel momento in cui accetta di collaborare con i soggetti privati, selezionando in qualche modo quelli ai quali è consentito di entrare nel sistema di relazioni delineato dal Codice. La sottoposizione a tali regole diventa una sorta di contropartita per poter beneficiare delle opportunità offerte dal Codice, a partire dal regime fiscale agevolato delineato nel Titolo X del Codice.

Per contro la sottoposizione a tali regole potrebbe far sorgere un'aspettativa o addirittura una pretesa giuridicamente rilevante in capo agli enti del Terzo settore a diventare gli interlocutori privilegiati delle pubbliche amministrazioni in particolare in sede di co-progettazione e di co-programmazione degli interventi⁹. Una volta che lo Stato si avvicina e impone le proprie regole agli enti del Terzo settore, questi ultimi assumono la veste di soggetti qualificati, titolari anch'essi di pretese nei confronti dello Stato.

L'approccio regolatorio nei confronti del Terzo settore differisce peraltro da quello avente per oggetto le attività delle imprese perché in questi casi la regolazione pubblica si giustifica secondo la teoria dei fallimenti del mercato (monopoli naturali, asimmetrie informative, produzione di beni pubblici, ecc.).

Per esempio, le attività delle banche e delle imprese finanziarie possono

⁹ A tal riguardo, potrebbe essere posto l'interrogativo se lo Stato ha, in qualche modo, un dovere giuridicamente rilevante a intrattenere i rapporti con gli enti del Terzo settore. Se per esempio un ente si rivolge a un Comune con una proposta di co-progettazione potrebbe porsi il problema se sorga in capo a quest'ultimo un obbligo di presa in considerazione e di motivazione nel caso non venga dato seguito alla proposta.

mettere a rischio l'interesse dei risparmiatori depauperati dei propri risparmi in caso di fallimenti a catena. Le imprese del settore industriale possono provocare danni all'ambiente e pertanto occorre prevenire e correggere questo tipo di esternalità negative. I monopolisti o gestori di "essential facilities" (come le reti non duplicabili) possono abusare del loro potere di mercato. Pertanto, la regolazione pubblica (*ex post*, come il diritto antitrust, o *ex ante*) interviene in molti ambiti economici a tutela dell'interesse generale che altrimenti sarebbe sacrificato nel contesto di un mercato non regolamentato.

Nel Terzo settore non si tratta di correggere fallimenti del mercato, ma la giustificazione della regolazione pubblica va ricercata, come già accennato, proprio nell'esigenza di garantire che gli enti che desiderano entrare nel sistema, attraverso l'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore ("RUNTS"), presentino, come già precisato, caratteristiche minime quanto a regole organizzative interne tali da renderli attori in grado di svolgere in modo efficace l'attività di cura di interessi generali e di presentarsi come interlocutori affidabili delle stesse pubbliche amministrazioni nell'ambito di rapporti di collaborazione di tipo paritario. Non è da escludere peraltro che nel Codice sopravviva inconsciamente ancora qualche residuo dell'approccio regolatorio tradizionale, visto che i processi di cambiamento dei paradigmi fondamentali richiedono tempi molto lunghi.

L'iscrizione al RUNTS, che è il presupposto per godere dei benefici e delle possibilità offerte dal Codice¹⁰, non è peraltro obbligatoria e, pertanto, può essere evitata da parte degli enti che non vogliono entrare a far parte del sistema delineato dal Codice. Gli enti del Terzo settore rappresentano dunque un sottoinsieme, certamente il più rilevante, dell'universo più ampio delle formazioni sociali spontanee.

La regolazione pubblicistica plasma anzitutto gli statuti e guida l'autonomia degli enti che deve esplicitarsi all'interno delle coordinate tracciate dal Codice. Senza addentrarci in una descrizione analitica delle disposizioni normative, nella struttura del Codice occorre distinguere tra norme vincolanti e inderogabili e norme derogabili dagli statuti.

Tra le prime, si pensi per esempio alle competenze inderogabili dell'assemblea (art. 23), alla composizione del consiglio di amministrazione (art. 26) o alla disciplina dell'organo di controllo (art. 30) o all'obbligo di nominare un revisore legale dei conti (art. 31).

Tra le norme dispositive, si consideri a titolo esemplificativo la procedura di ammissione dei soggetti interessati alle associazioni. L'art. 23, comma 2, prevede un obbligo di motivazione in capo all'organo di amministrazione competente nel caso di rigetto della domanda. Tuttavia, tale disposizione può essere derogata stante la formula di apertura «se l'atto costitutivo e lo statuto non dispongono diversamente».

Il Codice propone un modello quasi pubblicistico perché lega alla delibera di

¹⁰ L'iscrizione al RUNTS è disciplinata all'art. 47 del d.lgs. n. 117/2017. Il registro è organizzato in diverse sezioni, sulla base di quanto disposto dall'art. 46 del d.lgs. n. 117/2017: organizzazioni di volontariato; associazioni di promozione sociale; enti filantropici; imprese sociali, incluse le cooperative sociali; reti associative; società di mutuo soccorso; altri enti del terzo settore. Fatta eccezione per le reti associative, nessun ente può essere contemporaneamente iscritto in due o più sezioni. Il decreto 15 settembre 2020 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 21 ottobre 2020 n. 261, in attuazione del Codice del Terzo Settore, disciplina le procedure di iscrizione, le modalità di deposito degli atti, le regole per la predisposizione, la tenuta, la conservazione e la gestione degli enti *no profit* nel RUNTS.

non ammissione un obbligo di motivazione e apre, dunque, la strada a possibili situazioni conflittuali da risolvere eventualmente in sede giurisdizionale. Tale norma è di tipo dispositivo-derogatorio e ha la funzione di indicare agli enti del Terzo settore, come opzione ritenuta preferibile, anche se non obbligatoria, quella propria dei soggetti pubblici. Questi ultimi nell'esercizio di poteri unilaterali (com'è anche l'ammissione di un socio in una compagine associativa) non sono pienamente liberi ma sono sottoposti a un onere di giustificazione.

Il Codice impone poi obblighi di trasparenza e, in particolare, prevede la pubblicazione sui siti internet degli enti di maggiore dimensione del bilancio sociale e dei compensi attribuiti agli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti e agli associati¹¹. Il modello di riferimento sembra essere quello degli obblighi di pubblicità e di trasparenza introdotti in anni recenti per i soggetti pubblici di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Il Codice interviene altresì a regolare i rapporti di lavoro e di collaborazione. Infatti, prevede alcune tutele per i lavoratori negli enti del Terzo settore stabilendo che gli stessi hanno diritto a un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi¹² e che, in ogni caso, la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto (art. 16).

Il Codice impone anche obblighi assicurativi a favore degli enti che si avvalgono di volontari, contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento delle attività di volontariato nonché per la responsabilità civile verso i terzi (art. 18). La copertura assicurativa degli enti del Terzo settore, disciplinata da un decreto interministeriale, è elemento essenziale delle convenzioni stipulate con le amministrazioni pubbliche.

Quanto ai bilanci, il Codice richiede che gli stessi rispettino una serie di regole e una modulistica che viene definita con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (art. 139). I bilanci devono essere depositati presso il RUNTS.

Il Codice prevede un sistema completo di vigilanza pubblicistica sugli enti del Terzo settore che fa capo all'ufficio del RUNTS, il quale può disporre accertamenti documentali, visite e ispezioni (art. 93, comma 3). Un aspetto interessante dal punto di vista del modello è l'"autovigilanza". Questa si svolge attraverso le reti associative, costituite di regola da almeno cento enti del Terzo settore o da almeno venti fondazioni (art. 41)¹³. È un sistema per così dire autogestito su base privatistica, ma pur sempre sotto la supervisione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (comma 7)¹⁴.

¹¹ Gli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate superiori ad 1 milione di euro devono pubblicare nel proprio sito internet il bilancio sociale redatto secondo linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia di cui all'articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore (art. 23, comma 1, d.lgs. n. 117/2017). Gli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate superiori a 100.000 euro annui devono in ogni caso pubblicare annualmente e tenere aggiornati nel proprio sito internet, o nel sito internet della rete associativa cui aderiscano, gli emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati (art. 23, comma 2, d.lgs. n. 117/2017).

¹² Di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

¹³ Le funzioni delle reti sono in particolare quelle di monitoraggio delle attività degli enti associati e di promozione delle attività di controllo anche sotto forma di "autocontrollo" (art. 41, comma 3, lett. a) e b).

¹⁴ Nel settore del volontariato è istituito l'Organismo nazionale di controllo (art. 64 del Codice), un soggetto formalmente privato che vigila sui Centri di servizio per il volontariato (comma 5, lett. g).

Inoltre, come in tutti i sistemi di regolazione pubblica, è previsto anche un apparato di sanzioni amministrative volte a garantire l'effettività del rispetto delle regole. Esso peraltro è meno pesante, se parametrato alle sanzioni amministrative cui sono sottoposti gli intermediari finanziari. Infatti, nel Testo unico bancario e nelle altre discipline del mercato mobiliare l'apparato sanzionatorio di tipo amministrativo è molto articolato e presenta, per talune fattispecie, caratteri di afflittività tali da attribuire una colorazione penalistica, secondo l'impostazione del diritto europeo.

Tuttavia, anche il Codice del Terzo settore individua alcune fattispecie, come per esempio il divieto di distribuire gli utili e gli avanzi di gestione a fondatori associati, in relazione alle quali possono essere irrogate sanzioni amministrative di tipo pecuniario (art. 91)¹⁵.

In definitiva, la cornice pubblicistica delineata dal Codice ha le caratteristiche che un tempo si sarebbero definite di un ordinamento giuridico speciale nel quale vengono inseriti stabilmente gli enti del Terzo settore che superano un vaglio preliminare (propedeutico all'iscrizione nel RUNTS), che agiscono in conformità a determinate regole e principi e che si sottopongono a una vigilanza di tipo pubblicistico in via continuativa.

In conclusione, il terzo pilastro si insinua dunque tra Stato e individuo e tra Stato e mercato, ma è pur sempre lo Stato che getta le basi del sistema.

¹⁵ Nel settore del volontariato, anche l'Organismo nazionale di controllo è titolare di poteri sanzionatori nei confronti dei Centri di servizio per il volontariato (art. 64, comma 5, lett. n).



COMMENTI

Illegittima conformazione del potere regolatorio in materia tariffaria ed effetti dell'annullamento giurisdizionale

Illegitimate conformation of the regulatory power on tariff matters and the effects of jurisdictional annulment

di **Simone Rodolfo Masera** *

ABSTRACT

Il commento analizza la portata dell'effetto conformativo dell'annullamento giurisdizionale nei confronti di prescrizioni ministeriali illegittime in quanto invasive della sfera di competenza dell'ARERA in materia tariffaria. In particolare, viene svolta una riflessione critica nei confronti di una recente indirizzo del Giudice amministrativo secondo cui, in caso di sentenza di annullamento fondata sull'accertamento di un vizio di incompetenza del Ministero rispetto a talune prerogative della competente Autorità di regolazione, residuerebbe un totale spazio in sede di rinnovazione della procedura in capo all'Autorità, avendo il Giudice amministrativo censurato proprio il mancato esercizio delle attribuzioni riservate all'Autorità stessa.

The comment analyzes the extent of the conforming effect of the jurisdictional annulment against illegitimate ministerial prescriptions as they are invasive of ARE-RA's sphere of competence in terms of tariffs. In particular, a critical reflection is carried out against a recent decision of the Council of State according to which, in the event of an annulment judgment based on the ascertainment of a lack of incompetence of the Ministry with respect to certain prerogatives of the competent regulatory authority, a total space in the renewal of the procedure by the Authority, as the Administrative Judge censured the failure to exercise the powers reserved to the Authority itself.

ESTRATTO: CONS. STATO, SEZ. VI, 10 GIUGNO 2021, N. 4465

«Omissis

Con un unico articolato motivo si deduce che, in esecuzione del giudicato, l'Autorità avrebbe dovuto esercitare pienamente le proprie funzioni di regolazione tariffaria anche con riferimento all'anno 2018, mentre ciò non sarebbe avvenuto, in quanto, per il detto anno, la stessa si sarebbe limitata a confermare, sic et simpliciter, la disciplina annullata.

La delibera 270/2020/R/EFR risulterebbe, inoltre, nulla con riguardo all'anno 2019. Infatti, pure in relazione al detto anno sarebbe stato fissato il nuovo tetto massimo di euro 250 per ciascun TEE.

A giustificazione di tale scelta si afferma che: «la fissazione di un valore del cap superiore a 250 €/TEE avrebbe l'effetto di modificare il dettato del decreto interministeriale nelle parti non intaccate dalla sentenza, con particolare riferimento al costo dei TEE "virtuali", la cui disciplina rientra esclusivamente nelle competenze ministeriali: difatti, se il contributo tariffario risultasse maggio-

* RTDB di diritto amministrativo, Università di Camerino.

re di 250 €/TEE, il costo dei TEE “virtuali” risulterebbe inferiore al valore minimo previsto dal decreto, pari a 10 €/TEE, fino ad annullarsi.

Valori del cap minori di 250 €/TEE avrebbero invece l'effetto di inasprire ulteriormente le tensioni derivanti dalla scarsa liquidità del mercato, provocando maggiori perdite derivanti dal costo dei TEE “virtuali”».

Sennonché dal giudicato discenderebbe l'obbligo per l'Autorità di non applicare la prescrizione ministeriale relativa al valore dei TEE “virtuali”, dato che tale valore sarebbe stato definito dal ministero per relationem, ovvero come differenza tra l'importo di euro 260 e il cap stesso.

Ancorché l'individuazione del costo minimo dei TEE “virtuali” non sia formalmente coinvolta dall'effetto caducatorio della sentenza, nella misura in cui tale individuazione risulta inscindibilmente legata a un cap illegittimamente calcolato – e annullato con sentenza passata in giudicato – la medesima non avrebbe potuto più spiegare alcuna efficacia condizionante sulle prerogative del Regolatore.

Dei suddetti rilievi dedotti col ricorso il giudice dell'ottemperanza non avrebbe tenuto conto.

Il motivo così sinteticamente riassunto non merita accoglimento.

L'annullamento da parte del Tribunale meneghino del gravato D.M. si basa sul rilievo che quest'ultimo «...nella parte in cui fissa il detto “valore massimo di riconoscimento” (cap):

– non concreta la fissazione degli “obiettivi quantitativi” ex lege demandata al “Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato di concerto con il Ministro dell'ambiente” (art. 9, comma 1, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79);

– né tampoco può rientrare nel genus delle misure demandate alle medesime Autorità ministeriali ex art 7, comma 1, del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115 (funzionali alla individuazione delle modalità di raccordo degli obblighi in materia di efficientamento e di risparmio energetico gravanti in capo alle imprese di distribuzione e gli obiettivi nazionali vincolanti di risparmio cumulato di energia finale, nonché alla determinazione dei modi di assolvimento di tali obblighi mercé l'acquisto della equivalente quota di certificati bianchi);

– di qui la piena riconducibilità delle misure enumerate alla lett. f), del comma 1, dell'art. 29 del d.lgs. 28/11 nell'ambito dei poteri normativamente, ed esclusivamente, demandati ad Arera, comeché espliciti giustappunto attraverso i provvedimenti di cui all'art. 7 d.lgs. 115/98 e, segnatamente, in conformità dei poteri alla Autorità indipendente di regolazione attribuiti dal comma 4 di detta disposizione».

La delibera dell'ARERA n. 487/2018/R/EFR è stata, a sua volta, annullata in quanto: «Con il pedissequo recepimento del dettato ministeriale, Arera ha in sostanza abdicato dall'esercizio delle proprie indefettibili potestà di regolazione, siccome inequivocabilmente scandite dal diritto dell'Unione e dall'ordinamento domestico, mancando di autonomamente provvedere alla determinazione dei criteri per la copertura dei costi sopportati dai distributori in ragione dell'acquisto dei certificati bianchi, soggiacendo a puntuali prescrizioni promananti dalla Autorità governativa».

La delibera n. 209/2019/R/EFR è stata, infine, annullata per illegittimità derivata.

Orbene, come correttamente rilevato dal giudice dell'ottemperanza, la citata sentenza n. 2538/2019 ha annullato, in parte qua, il D.M. 10/5/2018, per incompetenza e in toto la deliberazione n. 487/2018/R/EFR, in quanto adottata sul falso presupposto che il limite tariffario posto col citato D.M. (euro 250 per ciascun certificato bianco) costituisse di un dato normativo cogente, con conseguente mancato esercizio, da parte dell'Autorità, dei propri poteri regolatori in materia tariffaria.

Il giudicato imponeva, quindi, all'Autorità unicamente di esercitare in via autonoma le proprie prerogative regolatorie nella materia tariffaria, senza porre alcun vincolo conformativo in ordine al riesercizio del potere.

Risulta conseguentemente precluso ogni giudizio di coerenza delle determinazioni concretamente assunte rispetto al dictum giudiziale.

Nel caso di specie, l'ARERA ha autonomamente scelto, sulla base di apposita istruttoria, di confermare per il 2018 il valore tariffario di euro 250 a TEE.

Altrettanto dicasi in ordine alla quantificazione del cap per l'anno 2019. Al riguardo è appena il caso di osservare che in questa sede non possano rilevare le modalità con cui il ministero è giunto, nell'ambito delle proprie competenze, all'individuazione del valore dei TEE “virtuali”, dato che sul punto l'ottemperanda sentenza non si è pronunciata.

Nulla ovviamente esclude che la delibera n. 270/2020/R/EFR possa presentare eventuali profili di illegittimità, ma questi ultimi esulano, com'è noto, dall'ambito del giudizio di esecuzione e devono esser fatti valere nell'apposita sede impugnatoria».

MASSIMA

In caso di annullamento giurisdizionale avente ad oggetto una prescrizione ministeriale per in-

competenza e in toto un provvedimento adottato dall'ARERA, in quanto adottato sul falso presupposto che il limite tariffario posto con la prescrizione ministeriale costituisse di un dato normativo cogente, con conseguente mancato esercizio, da parte dell'Autorità di regolazione, dei propri poteri regolatori in materia tariffaria, il giudicato imponeva all'Autorità di regolazione unicamente di esercitare in via autonoma le proprie prerogative regolatorie nella materia tariffaria, senza porre alcun vincolo conformativo in ordine al riesercizio del potere. Risulta conseguentemente precluso ogni giudizio di coerenza delle determinazioni concretamente assunte rispetto al dictum giudiziale.

SOMMARIO: 1. Brevi premesse sulla portata dell'effetto conformativo dell'annullamento giurisdizionale in relazione ai vizi accertati. – 2. La determinazione del contributo tariffario nel meccanismo dei certificati bianchi dopo il d.m. 10 maggio 2018. – 3. L'annullamento giurisdizionale *in parte qua* del d.m. del 2018 e la nuova definizione dei criteri di determinazione del contributo tariffario. – 4. Il “nucleo indefettibile” dei poteri regolatori in materia tariffaria. – 5. L'accertata incidenza conformativa della prescrizione ministeriale sulla *potestas* regolatoria di ARERA. – 6. Accertamento dell'illegittima conformazione del potere tariffario da parte del Ministero: totale assenza di vincolo conformativo? – 7. Sviamento di potere ed elusione del giudicato d'annullamento.

1. Brevi premesse sulla portata dell'effetto conformativo dell'annullamento giurisdizionale in relazione ai vizi accertati

La lettura della pronuncia in epigrafe consente di svolgere alcune riflessioni circa la portata conformativa delle sentenze di annullamento dei provvedimenti di regolazione tariffaria, innanzitutto – ma non solo – con riferimento a quelle fondate sull'accertamento della violazione da parte dell'autorità governativa dei principi posti a presidio dell'indipendenza della competente autorità di regolazione.

Il Consiglio di Stato, confermando la decisione del primo giudice adito in sede di ottemperanza, ha nel caso in esame ritenuto che il giudicato di annullamento in precedenza formatosi¹ imponesse all'amministrazione competente unicamente di esercitare in via autonoma le sue prerogative regolatorie «senza porre alcun vincolo conformativo»: con la conseguenza che sarebbe stato «precluso ogni giudizio di coerenza delle determinazioni assunte rispetto al *dictum* giudiziale». Viene, così, ribadita l'impostazione argomentativa del primo giudice, secondo cui la sentenza d'annullamento lasciava «totale spazio all'Autorità quanto all'esercizio del relativo potere, avendo il Tribunale censurato proprio il mancato esercizio delle attribuzioni che l'ordinamento in materia tariffaria riserva all'Autorità stessa»². Da qui il rigetto delle domande avanzate in sede di ottemperanza.

Sono così delineati i termini più rilevanti della vicenda, che riguardano, in estrema sintesi, i vincoli per la competente autorità in sede di rinnovo dell'esercizio dei poteri regolatori.

Come è noto, il tema della portata degli effetti della sentenza amministrativa è da tempo all'esame della dottrina, le cui analisi e conclusioni hanno fortemente condizionato gli sviluppi della giurisprudenza³. Peraltro, si tratta di

¹ TAR Lombardia, Milano, sez. I, 28 novembre 2019, n. 2538.

² TAR Lombardia, Milano, sez. I, 18 febbraio 2021, n. 438.

³ La letteratura in tema è ovviamente molto ampia; per un inquadramento delle principali

una tematica che investe vari istituti, non solo di diritto processuale⁴, e che, con tutta evidenza, si correla strettamente al 'giudicato': quindi alle svariate questioni che questo pone, in termini (non sempre del tutto) simili a quanto accade sul versante del processo civile⁵. Ci si riferisce, principalmente, a temi quali contenuto e limiti (soggettivi e oggettivi) del giudicato⁶, applicabilità, o meno, nel processo amministrativo della regola secondo cui il giudicato copre il 'dedotto' e il 'deducibile'⁷, sussistenza di 'preclusioni' in sede di rinnovazione del procedimento⁸, natura (composita) del giudizio d'ottemperanza⁹, concrete utilità conseguibili dal ricorrente vittorioso, teorica del giudicato a formazione c.d. progressiva e rilevanza delle c.d. sopravvenienze¹⁰, e così via.

problematiche cfr. F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1968, p. 893 ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1971; e con particolare riferimento agli effetti delle sentenze amministrative M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 436 ss., nonché dello stesso A., *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 297 ss.

⁴ Nel senso che «quelli che comunemente sono considerati come contenuti propri del dovere di esecuzione della sentenza amministrativa (di annullamento) sono in realtà riconducibili alla vicenda e alla ragione dell'annullamento in quanto tale, indipendentemente dalla sua riconduzione a una sentenza, o a una decisione di un ricorso amministrativo, o a un mero provvedimento»; pertanto, la soluzione dei problemi «non va ricercata nel diritto processuale, ma va ricercata tipicamente nel diritto sostanziale» (A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, t. V, Giuffrè, Milano, 2003, in partic. p. 4615 ss.). Sul dovere di esecuzione delle sentenze amministrative e le relative criticità cfr. altresì B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Cedam, Padova, 2000, p. 81 ss.

⁵ B. SASSANI, *Relazione al convegno su «cosa giudicata e processo amministrativo»* (Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate a Eugenio Cannada-Bartoli), in *Giust. amm.*, 2008, allegato n. 1, in part. p. 55.

⁶ C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005, p. 49; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, p. 189 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Utet, Torino, 2002, p. 67 ss. La questione dell'oggetto del giudizio amministrativo incide inevitabilmente sulla questione del modello di giudizio configurabile (sull'atto o sul rapporto) e quindi, in ultimo, sui caratteri della relazione giuridica intercorrente tra la pubblica amministrazione ed i soggetti che con essa entrano in rapporto (cfr. B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Giuffrè, Milano, 1997; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2003; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013).

⁷ Per alcuni spunti utili a ricostruire il significato di detta regola nel processo amministrativo cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro it.*, 2014, III, p. 712, con nota di A. TRAVI. Per una analisi critica dell'operatività della regola del "dedotto" e "deducibile" nel processo amministrativo, cfr. A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 928; A. ROMANO TASSONE, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in *Giust. amm.*, 2008, allegato n. 1, in part. p. 64 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 202 ss. si veda altresì S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio visto dal basso*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 247.

⁸ Cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995.

⁹ Natura del giudizio che sarebbe principalmente di cognizione ed eventualmente di esecuzione; a riguardo cfr. AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza*, Giuffrè, Milano, 1983, ed ivi in particolare i contributi di M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, p. 63; F. PIGA, *L'ottemperanza: giudizio di cognizione o esecuzione*, p. 137 ss.; C. CALABRÒ, *L'ottemperanza come prosecuzione del «giudizio amministrativo»*, p. 159 ss.; per l'analisi critica di questa impostazione, cfr. A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., p. 4646.

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro it.*, 2017, III, p. 186, con nota di S. VACCARI, *Ius superveniens e giudicato a formazione progressiva*, p. 204. Si veda altresì S.

Si tratta di tematiche complesse, rispetto alle quali sono state immaginate soluzioni necessariamente condizionate dal fatto che parte processuale è una pubblica amministrazione, con tutto quel che ne consegue in ordine, principalmente, alla dibattuta questione della c.d. inesauribilità del potere¹¹; vero è però che, nella fase attuale, dalla natura pubblica del soggetto si «desume proprio un suo dovere più intenso di eseguire le pronunce del giudice, perché il dovere di esecuzione di una sentenza è percepito come un elemento essenziale di quel sistema di legalità che l'amministrazione prima di ogni altro soggetto è tenuta a costruire»¹².

Nell'affrontare le varie questioni si sono spesso prese le mosse dal nucleo della sentenza (in particolare, di annullamento), che, tradizionalmente, veniva identificato nell'accertamento dell'illegittimità dell'atto in relazione a specifici vizi-motivi (articolati in puntuali censure). Ma il dibattito sul punto non si è mai esaurito¹³. Ad ogni modo ciò che qui maggiormente interessa è che il momento dell'accertamento giudiziale costituisce nucleo essenziale della sentenza, dal quale, quindi, non è possibile prescindere per identificare il contenuto della pronuncia ed i relativi effetti¹⁴. A tal fine il confronto con i tratti caratteristici della fattispecie concreta è indispensabile, anche in ragione della circostanza che l'annullamento potrebbe assumere un diverso «valore» in relazione alle caratteristiche del concreto vizio accertato dal giudice con riferimento ai suoi «elementi costitutivi» ed ai concreti «accadimenti storici»¹⁵.

2. La determinazione del contributo tariffario nel meccanismo dei certificati bianchi dopo il d.m. 10 maggio 2018

La vertenza trae origine dai provvedimenti adottati dal Ministero competente e dalla Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) in materia di Titoli di Efficienza Energetica (c.d. TEE, anche denominati Certifica-

VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 179, in part. nota 58; F. SATTÀ, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2008, allegato n. 1, in part. p. 60.

¹¹ Per l'inquadramento del problema, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

¹² Così A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., p. 4607; sulle esigenze di giustizia e stabilità garantite dal giudicato amministrativo, cfr. S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 21 ss. Del resto, il diritto all'esecuzione della sentenza di una decisione giudiziaria costituisce uno degli aspetti del diritto al processo di cui all'art. 6 CEDU (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 5 ottobre 2017, n. 32269, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 553).

¹³ Tant'è che in una diversa prospettiva, ferma restando la centralità del momento dell'accertamento, si è affermato, con maggiore precisione, che l'accertamento riguarderebbe, innanzi tutto, la lesione della posizione giuridica del ricorrente. Per questi profili cfr. A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., p. 926; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 158 e p. 189 ss.

¹⁴ Occorre anche precisare che gli effetti di cui si discute non costituiscono effetti specifici solo di un atto giurisdizionale in quanto tale, ma sono piuttosto effetti dell'annullamento (che dunque potrebbe essere disposto anche in seguito all'accoglimento di un ricorso amministrativo), poiché sono conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità di un atto amministrativo (A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., p. 4617).

¹⁵ A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., p. 923, in part. 32. Sulla necessità dell'analisi della vicenda specifica, in relazione a quanto accertato in concreto, in sede di esecuzione della sentenza, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2/2013 cit.

ti Bianchi). Il meccanismo dei TEE prevede obblighi annui di incremento dell'efficienza energetica a carico dei distributori di energia elettrica e gas naturale, da ottemperarsi mediante il possesso di certificati che attestano il conseguimento di risparmi energetici. È, inoltre, previsto un contributo tariffario a copertura dei costi sostenuti dai soggetti tenuti all'acquisto dei TEE (che, infatti, sono titoli negoziabili). A riguardo, il d.m. 11 gennaio 2017, così come modificato dal d.m. 10 maggio 2018, disciplinava alcuni aspetti in grado di influire sulla regolazione tariffaria. Dopo le intervenute modifiche si prevedeva che la determinazione del contributo venisse effettuata, secondo modalità definite da ARERA, «in misura tale da riflettere l'andamento dei prezzi dei certificati bianchi riscontrato sul mercato organizzato e sugli scambi bilaterali, qualora inferiore a 250 euro, definendo un valore massimo di riconoscimento» (art. 11, comma 2, del d.m. del 2017, modificato dall'art. 1, comma 1, lett. f), del d.m. del 2018)¹⁶. Aspetto decisivo, che ha provocato il contenzioso in questione, riguarda precisamente la (nuova) disposizione secondo cui, a decorrere dal 1° giugno 2018, il valore massimo del contributo tariffario, fissato direttamente dal Ministero, fosse pari a 250 €/TEE.

Altro aspetto sul quale il d.m. del 2018 andava ad incidere riguardava la (nuova) disciplina dei TEE c.d. virtuali: strumenti tesi a garantire maggiore flessibilità nel meccanismo dei certificati bianchi, resasi necessaria in ragione della loro scarsità nel relativo mercato (art. 14-*bis*, d.m. del 2017, introdotto con la lett. i), dell'art. 1 cit.). Precisamente, si stabiliva che il Gestore dei Servizi Energetici dovesse emettere certificati bianchi «non derivanti dalla realizzazione di progetti di efficienza energetica» (c.d. TEE virtuali) «ad un valore unitario pari alla differenza tra 260 euro e il valore del contributo tariffario definitivo relativo all'anno d'obbligo»¹⁷. Fin d'ora va chiarito che detta disciplina non è stata travolta dal giudicato di annullamento di cui si discute in queste note¹⁸; in ogni caso, del contenuto dell'art. 14-*bis* cit. occorre tenere conto, in quanto esso assumerà significativa importanza nelle valutazioni svolte da ARERA ai fini dell'esecuzione della sentenza¹⁹.

¹⁶ Occorre segnalare che la formulazione originaria del primo periodo dell'art. 11, comma 2, d.m. del 2017 conteneva una previsione sostanzialmente analoga a quella risultante dopo le modifiche del 2018, e ciò sia quanto ai parametri per la determinazione del contributo tariffario, sia quanto alla individuazione di un valore massimo di riconoscimento del contributo, sempre di competenza di ARERA (infatti, era sancito che: «La copertura dei costi, per ciascuna delle due sessioni di trasmissione di cui all'art. 14, comma 1, è effettuata secondo criteri e modalità definiti dall'AEEGSI, in misura tale da riflettere l'andamento del prezzo dei Certificati Bianchi riscontrato sul mercato, tenendo eventualmente conto dei prezzi riscontrati nell'ambito della libera contrattazione tra le parti, e con la definizione di un valore massimo di riconoscimento»).

¹⁷ Il d.m. in esame precisava anche che, in ogni caso, il costo dei TEE virtuali non può eccedere i 15 euro.

¹⁸ Infatti, l'art. 14-*bis* cit. non era stato oggetto di impugnazione.

¹⁹ Ai fini delle riflessioni che verranno qui proposte occorre tenere a mente due aspetti. Il primo riguarda il fatto che, secondo le riflessioni svolte da ARERA in sede di esecuzione del giudicato d'annullamento, visto che il valore massimo del contributo tariffario è pari a 250 €/TEE, i TEE «virtuali» non possono assumere valori inferiori a 10 €/TEE: si tratta, quindi, per espressa considerazione dell'autorità di regolazione, di un valore ricavato «implicitamente». Il secondo aspetto concerne la circostanza che solo nel 2021 il Ministero è intervenuto a porre – esplicitamente – un costo minimo (o *floor*) dei TEE virtuali, pari a 10 €/TEE, e ciò tramite modifica dell'art. 14-*bis* cit. Veniva conservato, peraltro, il tetto massimo di 15 €/TEE (cfr. art. 17, d.m. 21 maggio 2021, recante «Determinazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico che possono essere perseguiti dalle imprese di distribuzione dell'energia elettrica e del gas per gli anni 2021-2024 (cd. certificati bianchi)»).

Ciò precisato, in attuazione del d.m. del 2018, ARERA interveniva con una serie di atti regolatori (qui va considerata, in particolar modo, la deliberazione 27 settembre 2018, n. 487/2018/R/efr), in forza dei quali il contributo tariffario veniva determinato sulla base dei prezzi di scambio dei TEE, fermo restando il “cap” pari a 250 €/TEE direttamente imposto dal Ministero²⁰.

3. L’annullamento giurisdizionale *in parte qua* del d.m. del 2018 e la nuova definizione dei criteri di determinazione del contributo tariffario

Contro il provvedimento attuativo delle previsioni ministeriali (delibera n. 487 cit.) e contro il d.m. del 2018, impugnato in qualità di atto presupposto, veniva proposto ricorso giurisdizionale avanti al competente TAR. Il giudizio si concludeva con una sentenza di annullamento²¹, che, tra le articolate censure avanzate, riteneva fondate, con carattere assorbente, quelle che facevano leva sulla violazione da parte del Ministero dei principi posti a presidio dell’indipendenza della competente autorità di regolazione in materia tariffaria. L’annullamento *in parte qua* del d.m. del 2018 importava, inoltre, l’annullamento nel suo complesso della deliberazione di ARERA n. 487 cit. «in quanto adottata sul fallace presupposto della esistenza di un dato normativo cogente (fissazione del cap di euro 250,00 per il riconoscimento tariffario dovuto per singolo certificato bianco) che, di contro, non mai avrebbe potuto vincolare la libera ed autonoma esplicazione dell’*officium* di regolazione ad essa ARERA demandato».

In esecuzione della suindicata sentenza, ARERA, all’esito di apposito procedimento, riteneva necessario determinare il contributo tariffario in questione tenendo conto dei prezzi di scambio dei TEE «in modo simile» a quanto già previsto con la deliberazione n. 487 cit., e definendo un cap «in considerazione del disposto normativo e delle condizioni del mercato»: ciò con il dichiarato obiettivo di contribuire a stimolare gli operatori a contenere i prezzi dei certificati²².

In particolare, il “cap” al contributo tariffario veniva confermato nel suo originario valore pari a 250 €/TEE. Infatti, secondo ARERA, tale “cap”, prescritto dal Ministero nella previsione annullata, svolgeva, sostanzialmente, due funzioni: la prima, diretta ed esplicita, di individuare un tetto massimo al contribu-

²⁰ Poiché le nuove prescrizioni in materia sarebbero state operative solo a decorrere dal 1° giugno 2018, venivano altresì introdotte specifiche disposizioni transitorie valevoli per i primi sei mesi del 2018, per effetto delle quali ARERA provvedeva a fissare un contributo tariffario che veniva poi effettivamente erogato agli aventi diritto, secondo quanto stabilito dalla determinazione dirigenziale di ARERA del luglio 2019.

²¹ TAR Lombardia, n. 2538/2019 cit.

²² La procedura, avviata con deliberazione con deliberazione 10 dicembre 2019, n. 529/2019/R/efr, si è conclusa con la deliberazione 14 luglio 2020, n. 270/2020/R/efr, prevista predisposizione di apposito Documento di consultazione del 20 febbraio 2020, n. 47/2020/efr.

Per le considerazioni che verranno svolte di seguito, va tenuto conto che, secondo ARERA, l’annullamento *in parte qua* del d.m. del 2018 e dei conseguenti atti regolatori, determinava altresì, per invalidità derivata, la caducazione della determinazione dirigenziale del luglio 2019, già ricordata (cfr. precedente nota n. 20), per effetto della quale era stato poi effettivamente erogato il contributo tariffario per la parte dell’anno 2018 interessata dall’applicazione della deliberazione n. 487 annullata.

to tariffario da riconoscere; la seconda, indiretta ed implicita, di individuare il costo minimo dei TEE virtuali. Si giunge così ad un passaggio fondamentale nelle considerazioni di ARERA; infatti, mentre la prima funzione, incidendo sulla disciplina del contributo tariffario di esclusiva competenza dell'autorità indipendente, è stata giudicata illegittima, la seconda funzione, al contrario, incide (mediante la «implicita» fissazione di un *floor*) sulla disciplina dei TEE virtuali, disciplina che però rientra nelle competenze ministeriali: «si tratta, pertanto, in questo secondo caso, di una funzione del tutto legittima, non travolta dall'annullamento del giudice amministrativo»²³. Ed è questo il punto: la eventuale variazione del valore del “cap” pari a 250 €/TEE avrebbe avuto «l'effetto di modificare il dettato del d.m. del 2018 nelle parti non intaccate dalla sentenza, con particolare riferimento al costo dei TEE “virtuali”»; eventualità, tuttavia, ritenuta non possibile in quanto l'opzione di variare il *floor* al costo dei TEE c.d. virtuali, «implicitamente disposto pari a 10 €/TEE» dal d.m. del 2018, rientra nelle competenze ministeriali.

Inoltre, la conferma del predetto “cap”, sempre secondo ARERA, si rendeva necessaria per evitare «un aggravio dei costi sostenuti di clienti finali elettrici e gas, senza beneficio sistemico né vantaggio per i distributori in termini di copertura dei loro costi»²⁴.

4. Il “nucleo indefettibile” dei poteri regolatori in materia tariffaria

Avverso il nuovo provvedimento di determinazione del contributo tariffario veniva promosso giudizio d'ottemperanza, con il quale si contestava l'elusione del giudicato d'annullamento. Ma la relativa domanda veniva rigettata, dal primo giudice adito, con sentenza confermata dal Consiglio di Stato con la pronuncia in epigrafe. Il nucleo argomentativo essenziale della tesi accolta si basa sull'assenza di un vincolo conformativo derivante dall'annullamento giurisdizionale fondato sull'accertamento dell'incompetenza del Ministero, e del conseguente mancato esercizio del potere da parte della competente autorità; in tal caso, infatti, «lo spazio lasciato libero dal giudicato è totale»²⁵.

Tale soluzione è espressa in termini radicali, e richiede di essere verificata alla luce dell'elaborazione in tema di giudicato amministrativo, con particolare riferimento alla portata degli effetti della sentenza di annullamento; per cogliere gli aspetti più critici della vicenda è, anzitutto, utile il confronto con la fattispecie concreta giunta all'esame del giudice dell'ottemperanza.

Come già riferito, la società ricorrente impugnava il provvedimento n. 487/2018 cit., che (in attuazione del d.m. del 2018, anch'esso impugnato in qualità di atto presupposto) aveva pedissequamente accolto la prescrizione

²³ Così Documento per la Consultazione n. 47/2020/R/efr, cit., p. 12.

²⁴ ARERA riteneva altresì di dover confermare il contributo già erogato nell'ambito del regime transitorio per l'anno 2018, e suo tempo stabilito secondo i criteri previsti dalla deliberazione n. 487 cit., con la determina dirigenziale del luglio 2019, poi caduca per illegittimità derivata (cfr. precedenti note nn. 20 e 22). Va sottolineata la motivazione di tale conferma, che avveniva in considerazione del fatto che «l'erogazione di eventuali conguagli *ex post* sull'anno d'obbligo già concluso non stimolerebbe il comportamento efficiente degli operatori né limiterebbe il ricorso ai TEE “virtuali”, costituendo invece (verosimilmente) solo un maggior onere per la collettività».

²⁵ TAR Lombardia, n. 438/2021, cit., paragrafo 7.

relativa al tetto massimo per la copertura degli oneri per l'acquisto dei TEE²⁶. Più precisamente, con due distinti motivi di ricorso venivano articolate varie censure riferite al d.m. del 2018, con motivi di impugnazione riproposti anche nei confronti della deliberazione n. 487/2018 cit., in quanto provvedimento attuativo; altre censure si riferivano, invece, a vizi autonomi dei provvedimenti regolatori. Il primo ordine di censure (articolate in distinti due motivi di ricorso) riguardava la violazione della normativa nazionale ed eurounitaria che attribuisce specifiche prerogative alla competente autorità di regolazione. Invece, il secondo ordine di censura contestava la violazione del principio di corrispondenza tra costi riconosciuti in tariffa e costi efficienti²⁷.

Il TAR adito riteneva fondato, con carattere assorbente rispetto alle ulteriori contestazioni, il primo ordine di censure. Le ragioni dell'annullamento del menzionato decreto si fondano sull'accertato contrasto con la *voluntas finium regundorum* espressa dal legislatore tramite la definizione del perimetro delle competenze in materia tariffaria spettanti al Governo ed all'autorità di regolazione²⁸; difatti, all'autorità indipendente «spetta in via esclusiva il *munus* di individuazione delle tariffe, contributi e oneri, ivi incluso l'*officium* di determinazione delle modalità attraverso cui i costi sostenuti dai distributori per l'assolvimento degli obblighi in materia di efficientamento (compresi, ovviamente, gli esborsi sostenuti per l'acquisto dei certificati bianchi) possano essere recuperati, riconoscendoli in tariffa e, al fine, traslandoli in capo agli utenti finali del servizio». Il che risulta, del resto, coerente con quanto previsto dalla legge istitutiva dell'autorità di regolazione, oltre che con il diritto europeo²⁹, che attribuisce ad ARERA – così esprime la sentenza – «la competenza alla determinazione delle tariffe, ovvero della relativa metodologia di calcolo»³⁰. In tal modo, come si legge in sentenza, il diritto europeo ha circoscritto «il nucleo indefettibile delle correlate *potestas*» di cui le autorità di regolazione devono essere dotate, e che devono essere esercitate senza interferenze («istruzioni») da parte di altri soggetti. Tale impostazione, del resto, secondo il TAR, trovava

²⁶ In particolare, ai fini delle presenti note, maggiormente rileva la contestazione rivolta all'art. 1, comma 1, lett. f), del d.m. 10 maggio 2018, che andava a sostituire l'art. 11, comma 2, del d.m. 11 gennaio 2017.

²⁷ In particolare, in quanto la fissazione del menzionato tetto massimo al contributo tariffario per la copertura degli oneri in questione violerebbe il principio di *full cost recovery*. Su tale principio, e sulla sua rilevanza in materia tariffaria, anche tenuto conto delle ambiguità di fondo riscontrate nella normativa di riferimento, circa l'esigenza, o meno, di garantire (solo) l'efficienza e insieme la redditività delle gestioni, e pertanto essenzialmente diretta a identificare i costi efficienti degli operatori mediante accertamenti e valutazioni di ordine economico, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione tariffaria incentivante e full cost recovery: il Consiglio di Stato pone un limite chiaro al potere delle autorità indipendenti*, in *Foro it.*, 2021, III, p. 653.

²⁸ Il TAR ricostruisce, in particolare, la normativa nazionale di riferimento, la quale si rinviene nel d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (art. 9); il quadro positivo è stato successivamente delineato anche in forza del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115 (art. 7); d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 (art. 29); d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

²⁹ Legge 14 novembre 1995, n. 481 (art. 1, comma 1; art. 2, comma 12, lett. e); Direttiva 2009/72/CE (art. 35) e Direttiva 2009/73/CE (art. 39).

³⁰ Ivi compresi «i contributi da riconoscere ai distributori – all'uopo valorizzandoli e traslandoli nelle tariffe da praticare alla utenza – per l'assolvimento dell'obbligo di acquisto dei certificati bianchi che su di loro normativamente grava». Il TAR richiama espressamente le direttive europee nn. 72 e 73 del 2009, rispettivamente riferite al settore dell'energia elettrica e del gas naturale, laddove queste attribuiscono alle autorità di regolazione il compito di fissare le «metodologie di calcolo» delle tariffe (art. 37, par. 1, lett. a), Direttiva n. 72/2009, e art. 41, par. 1, lett. a), Direttiva n. 73/2009).

conferma già nel d.m. del 2017 cit., in forza del quale la copertura dei costi è effettuata secondo modalità definite da ARERA³¹.

È in questo quadro normativo che era intervenuto nel 2018 il Ministero, il quale, secondo il TAR, manteneva ferma, ma solo in termini di principio, la previsione già contenuta nel d.m. del 2017³², sulla esclusiva competenza di ARERA nel determinare la misura della copertura dei costi, da un lato, e del valore massimo di riconoscimento, dall'altro³³. Senonché, poi, sempre secondo il TAR, la puntuale regola introdotta dal Ministero sul valore massimo del contributo tariffario si poneva in contrasto con il (solo) «*apparente* riconoscimento della competenza di ARERA»³⁴. Il Giudice accertava, così, che la prescrizione ministeriale in parola aveva, illegittimamente, «conformato, in tal guisa, la *potestas* regolatoria di ARERA, finendo per svuotarla *in parte qua* di effettività e di significanza».

5. L'accertata incidenza conformativa della prescrizione ministeriale sulla *potestas* regolatoria di ARERA

Così delineate le reciproche sfere di attribuzione delle autorità coinvolte, il TAR, esaminando specificamente i provvedimenti di ARERA, ne accertava l'illegittimità.

In particolare, il Giudice accoglieva le doglianze riferite alla violazione dei principi posti a presidio della indipendenza di ARERA, statuendo che il loro accoglimento determinava (oltre alla caducazione *in parte qua* del d.m. del 2018, anche) l'annullamento nel suo complesso della successiva deliberazione n. 487 cit., in quanto adottata sul «fallace presupposto» della esistenza di un dato normativo cogente che non avrebbe potuto vincolare la «libera ed autonoma» esplicazione delle prerogative regolatorie: infatti, «la fissazione *eteronoma* di tale “valore massimo di riconoscimento” – con il mancato esercizio dei relativi poteri da parte della competente Autorità – condiziona in guisa irrefragabile e nel suo complesso le successive valutazioni di ARERA, inficiandone *ab imis* il contenuto». Inoltre, l'accoglimento dei riferiti motivi di impugnazione «assume carattere assorbente delle ulteriori censure pure formulate nell'atto introduttivo, minando *in nuce* le scelte regolatorie di ARERA cristallizzate nella delibera del 27 settembre 2018 n. 487/2018/R/EFR, indefettibilmen-

³¹ In particolare, «in misura tale da riflettere l'andamento del prezzo dei Certificati Bianchi riscontrato sul mercato, tenendo eventualmente conto dei prezzi riscontrati nell'ambito della libera contrattazione tra le parti, e con la definizione di un valore massimo di riconoscimento» (art. 11, comma 2, d.m. 11 gennaio 2017, nella versione antecedente alle modifiche apportate dal d.m. del 2018).

³² Cfr. primo periodo dell'art. 11, comma 2, d.m. del 2017 cit.

³³ Questo profilo è decisivo nell'*iter* argomentativo del TAR, secondo cui, infatti, lo stesso d.m. del 2018, con il primo periodo dell'art. 11, comma 2 del d.m. del 2017, ha ribadito l'esclusiva competenza dell'autorità di regolazione in tema di determinazione del *quantum* dei contributi, «rimarcando la necessità (nell'*an*) di fissare un “valore massimo di riconoscimento” (...) senza tuttavia giammai incidere, nemmeno in via mediata o indiretta, sul *quantum* ovvero sui criteri di determinazione del *quantum*, irrefragabilmente rimessi alle autonome scelte e valutazioni tecniche della Autorità indipendente di regolazione» (TAR Lombardia n. 2538/2019, cit., paragrafo 3.5.1.).

³⁴ Il corsivo è nel testo della motivazione della sentenza del TAR Lombardia n. 2538/2019, cit., paragrafo 3.5.2.

te *condizionate* dalla indebita introduzione di regole puntuali da parte della Autorità ministeriale *in parte qua* sfornita di competenza e, specularmente, dal mancato esercizio della potestà di divisamento in materia tariffaria da parte della competente Autorità di regolazione».

È sembrato utile citare letteralmente quel passaggio motivazionale della sentenza di annullamento poiché lì si trova il riferimento al mancato esercizio dei poteri da parte dell'autorità di regolazione, che è poi invocato – come sopra ricordato – per escludere la sussistenza di un effetto conformativo derivante dal giudicato d'annullamento. Senonché in quel passaggio della sentenza, il giudice dell'annullamento concludeva non tanto nel senso di un (totale) mancato esercizio del potere, quanto piuttosto nel senso che la prerogativa regolatoria era stato esplicita prendendo le mosse da un dato erroneamente considerato immutabile; tale dato aveva poi condizionato, ineluttabilmente, la concreta applicazione della regola prevista per la determinazione del contributo tariffario, in forza della quale la copertura dei costi è effettuata, secondo modalità definite dall'autorità di regolazione, «in misura tale da riflettere l'andamento dei prezzi dei certificati bianchi riscontrato sul mercato organizzato, nonché registrato sugli scambi bilaterali»³⁵. Pertanto, il TAR espungeva³⁶ dalla previsione ministeriale, che indica appunto i criteri per la determinazione del contributo tariffario, la puntuale prescrizione del suo importo massimo³⁷.

La portata di quanto accertato giudizialmente si coglie, forse, pienamente nel passaggio della motivazione della sentenza in cui il TAR giudica che l'autorità avrebbe dovuto «rivendicare la propria competenza» in materia esercitando, in modo libero, le proprie prerogative. Del resto, il TAR indica anche lo strumento che avrebbe consentito all'autorità di non incorrere nell'illegittimità accertata, vale a dire la disapplicazione della prescrizione ministeriale contestata: potere di disapplicazione che, come ampiamente illustrato in sentenza, costituisce un vero e proprio obbligo per tutte le amministrazioni pubbliche³⁸, in ragione del principio di primazia del diritto euro-unitario, a salvaguardia del suo effetto utile³⁹.

³⁵ Art. 11, comma 2, primo periodo, d.m. cit.

³⁶ Per effetto dell'annullamento dell'art. 1, comma 1, lett. f), d.m. del 2018.

³⁷ Sembra, quindi, possibile dedurre che il Giudice ha accertato l'illegittimità della scelta regolatoria compiuta da ARERA allorché questa ha identificato la misura del contributo tariffario, non già attraverso l'applicazione dei parametri previsti (andamento dei prezzi dei certificati bianchi riscontrato sul mercato organizzato nonché registrato sugli scambi bilaterali), bensì in forza di un dato vincolante direttamente imposto dal Ministero (valore massimo del contributo).

³⁸ In particolare, il TAR aveva cura di puntualizzare che «la contrarietà della citata disposizione ministeriale alle prescrizioni primarie e sovranazionali, in quanto incidente in un campo riservato alla Autorità indipendente di regolazione, ben avrebbe legittimato ARERA a rivendicare la propria esclusiva sfera di competenza in materia tariffaria, provvedendo a dispiegare in piena autonomia le prerogative ed i *munera* regolatori che le pertengono, al di là ed a prescindere dalla regola ministeriale (relativa all'importo massimo di € 250,00) che per ARERA non avrebbe dovuto assumere significanza precettiva o vincolante»; inoltre, la illegittimità della prescrizione ministeriale avrebbe legittimato l'autorità di regolazione a «non applicare detta prescrizione ministeriale relativa al “cap”, ovvero in ogni caso non assumerla quale dato vincolante ed immutabile, provvedendo a determinare i criteri di determinazione del contributo e foggando in piena autonomia i relativi criteri di calcolo ed il “valore massimo di riconoscimento».

³⁹ Per un inquadramento del principio in questione, cfr. S. CASSESE, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1132 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 121; S. CIVITARESE MATEUCCI-G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 1.

Se questa ricostruzione è corretta⁴⁰ si pongono una serie di interrogativi, che vertono, in ultima analisi, sulla possibilità che la riedizione del potere prenda le mosse da un qualsivoglia vincolo (esterno), il quale, ancorché differente da quello annullato, sia comunque in grado di incidere sulle nuove scelte regolatorie.

6. Accertamento dell'illegittima conformazione del potere tariffario da parte del Ministero: totale assenza di vincolo conformativo?

Il Consiglio di Stato nella sentenza in commento condivide la conclusione cui era giunto il primo giudice adito in sede di ottemperanza, secondo cui: «[N]el caso di specie i confini dell'ambito di riesercizio del potere coincidono con la stessa ampiezza del potere attribuito, posto che il giudicato ha accertato che l'Autorità non ha proprio esercitato il proprio *officium* di regolazione. Lo spazio lasciato libero dal giudicato è quindi totale». Sulla base di tale presupposto, il Consiglio di Stato ha ritenuto «precluso ogni giudizio di coerenza delle determinazioni concretamente assunte rispetto al *dictum* giudiziale»⁴¹.

Stabilire se tale soluzione sia condivisibile richiede, dunque, di verificare se, in relazione ai vizi accertati, il giudicato di annullamento avesse capacità conformativa, e – in caso di risposta affermativa – di quale portata; cioè, in ultimo, se sia vero che il *floor* dei TEE c.d. virtuali (implicitamente calcolato in forza di una previsione ministeriale non travolta dall'annullamento), costituisca realmente un dato imm modificabile, da cui prendere le mosse per l'esecuzione della sentenza (questa, infatti, è l'impostazione accolta nei nuovi atti di ARERA).

Occorre, allora, riassumere l'elaborazione di dottrina e giurisprudenza sul dovere di esecuzione⁴² della sentenza amministrativa (in particolare, d'annullamento) e sulla portata dei suoi effetti. Definire con esattezza la portata di tali effetti (e dunque dei vincoli che condizionano il riesercizio del potere) attiene alla necessità di garantire il contenuto di accertamento della sentenza: al fondo, pertanto, vi è la garanzia della certezza del diritto⁴³. Da qui, come è ben noto, l'elaborazione delle differenti tipologie di effetti della sentenza d'annullamento: accanto all'effetto 'caducatorio', che dovrebbe essere naturale conseguenza di un annullamento⁴⁴, si pone altresì un effetto 'ripristinatorio'

⁴⁰ Quella secondo cui, onde evitare l'illegittimità, l'autorità di regolazione avrebbe dovuto applicare autonomamente l'art. 11, comma 2, cit. (secondo i citati parametri), tramite il doveroso esercizio del potere di disapplicazione della prescrizione ministeriale, che –illegittimamente– aveva “conformato” la *potestas* regolatoria in questione.

⁴¹ Sui caratteri del giudizio di «coerenza» in questione, cfr. S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 187.

⁴² Cfr. art. 88, comma 1, c.p.a.; analogo dovere di esecuzione della sentenza grava, in realtà, anche sulle altre parti ex art. 112, comma 1, c.p.a. Sui particolari tratti dell'obbligo di esecuzione in questione, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2/2013 cit.; nonché B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, cit., p. 238.

⁴³ Tracciare la portata di tali effetti consente di identificare le statuizioni che acquistano valore di giudicato sostanziale, peraltro con le conseguenze previste dall'art. 2909 c.c.; per un inquadramento della disposizione e delle sue principali tematiche si veda il commento a tale norma di S. MENCHINI-A MOTTO, in G. BONILINI-A. CHIZZINI, *Commentario del Codice Civile*, Utet, Torino, p. 21 ss.

⁴⁴ Tema che in questa sede non occorre approfondire, poiché non pertinente rispetto alle ri-

ed uno 'conformativo'⁴⁵. Sintetizzando l'ampio dibattito che ha riguardato tale teorica, conviene focalizzare l'attenzione in particolar modo sull'ultimo dei ricordati effetti (denominato anche 'rinnovatorio'), poiché è sulla reale portata di quest'ultimo che, nella vicenda in esame, il giudice dell'ottemperanza si concentra, salvo poi escluderne la ricorrenza nella fattispecie concreta.

La questione ha dato vita a notevoli difficoltà interpretative⁴⁶ posto che tale effetto «inciderebbe profondamente sui contenuti del dovere di esecuzione della sentenza, orientandolo sull'attività amministrativa successiva»⁴⁷.

Secondo la prevalente dottrina l'effetto conformativo «viene ricondotto alla regola affermata nella pronuncia di annullamento: l'annullamento di un provvedimento presuppone, in una logica negativa, l'accertamento di un vizio di legittimità e, perciò, in una logica positiva, l'affermazione di una regola sul corretto esercizio del potere rispetto a quella determinata situazione»⁴⁸. L'effetto di conformazione, nei suoi termini minimi, obbliga quindi l'amministrazione a non riprodurre il medesimo vizio accertato dal giudice; ma in taluni casi tale effetto è addirittura utile ad indentificare una regola "in positivo" che l'amministrazione è tenuta ad applicare in esecuzione della sentenza: l'enunciazione di una simile regola va, comunque, sempre verificata in relazione ai tratti della fattispecie concreta⁴⁹.

La teorica dell'effetto conformativo si spiega anche in considerazione della necessità di stabilire le concrete utilità conseguibili dal ricorrente vittorioso: la diversa forza vincolante dell'effetto in questione è allora colta in relazione alla tipologia del vizio di legittimità concretamente accertato dal giudice⁵⁰. L'attenzione va così focalizzata sulla definizione di "vizio" che deve assumere rilievo⁵¹, oltre che sul contenuto della motivazione della sentenza: dalla sua let-

flessioni che la sentenza in epigrafe consente di svolgere, è quello che riguarda la possibilità di graduare gli effetti della sentenza di accoglimento del ricorso giurisdizionale e, dunque, anche della possibilità che all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato non faccia necessariamente seguito anche la sua caducazione.

⁴⁵ La compiuta elaborazione di tali tipologie di effetti si deve all'opera di M. NIGRO (in part. cfr. *Giustizia amministrativa*, cit., p. 301; *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 431 ss.).

⁴⁶ Occorre inoltre precisare che il vincolo conformativo si fonda «non su un contenuto specifico della pronuncia giurisdizionale, ma su un dovere istituzionale dell'amministrazione di ottemperare al giudicato», con la conseguenza che la sua portata concreta «normalmente è integrata da altri doveri o obblighi che gravano sull'amministrazione in forza di norme di diritto sostanziale, come quelle che sanciscono il dovere di provvedere in una certa situazione» (A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., p. 913, in part. nota 2). Si veda altresì S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 152.

⁴⁷ A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., p. 4614. Si veda altresì C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., p. 296 ss.

⁴⁸ A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., p. 4624. Si veda altresì B. MARCHETTI; *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, cit., p. 104; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 206.

⁴⁹ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2017 n. 5339. Comunemente si afferma che i fattori in grado di delineare la portata degli effetti dell'annullamento sono, da considerare in modo reciprocamente condizionante, la natura del vizio accertato giudizialmente, la natura del potere in concreto esercitato, o da esercitare, da parte dell'Amministrazione, il contenuto della motivazione della sentenza d'annullamento.

⁵⁰ Difatti, comunemente si afferma, anche se con una certa approssimazione, che all'accertamento di un vizio di legittimità sostanziale conseguirebbe una maggiore utilità (un più puntuale vantaggio) per il ricorrente vittorioso, poiché l'amministrazione non potrebbe, in sede di rinnovazione del procedimento, adottare un provvedimento col medesimo contenuto di quello precedente, ed annullato.

⁵¹ Le soluzioni non possono che essere articolate, dovendosi cioè tenere in debito conto le

tura è, infatti, possibile desumere la regola violata⁵², con la precisazione però che «la rilevanza della motivazione va coordinata con il principio generale della identificazione di limiti oggettivi del giudicato», nel senso che la “regola” (non può essere ricavata da qualsiasi affermazione del giudice, ma) «va identificata solo con quelle affermazioni che costituiscono la ragione necessaria dell’annullamento»⁵³.

Sembra utile ricordare anche che l’ambito di applicazione del giudizio di ottemperanza è stato progressivamente esteso, come si evince, fra l’altro, dalla regola che sancisce la nullità degli atti adottati (non solo in violazione del giudicato, ma altresì) in elusione del giudicato⁵⁴. Sono “elusivi” quegli atti che non risultano – oggettivamente – coerenti con il dovere di lealtà dell’amministrazione in sede di rinnovazione del procedimento⁵⁵. Dunque, l’inesecuzione della sentenza, quale presupposto del giudizio di ottemperanza, comprende anche i casi in cui l’amministrazione riesercita il potere senza indirizzarlo realmente nel senso definito dalla sentenza⁵⁶. È intuitivo che ammettere con ampiezza – come effettivamente è gradualmente accaduto – il rilievo di tale categoria di atti comporta, di riflesso, ridurre l’ambito di operatività dell’ordinario giudizio di impugnazione, e ciò anche «nella convinzione che il giudizio di ottemperanza costituisca strumento «di chiusura» per l’effettività del sistema processuale amministrativo»⁵⁷.

caratteristiche del vizio accertato in relazione ai suoi elementi costitutivi (A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., p. 923, in part. nota 32. Si veda altresì S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 209 ss. e in part. p. 227).

⁵² Che contenuti e limiti dell’effetto conformativo della sentenza amministrativa debbano trarsi dalla motivazione posta a corredo della stessa è affermazione frequente in giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 28 gennaio 2022, n. 4604; Cons. Stato, sez. III, 10 settembre 2014, n. 4604; Sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5513). Tale impostazione è coerente con l’opinione secondo cui per la identificazione degli effetti dell’annullamento giurisdizionale è necessario riferirsi al dispositivo c.d. sostanziale, frutto cioè della lettura congiunta di motivazione e dispositivo (F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, cit., p. 4485); sul rilievo della motivazione della sentenza, cfr. altresì S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 232 ss.

⁵³ A. TRAVI, *L’esecuzione della sentenza*, cit., p. 4635.

⁵⁴ Cfr. combinato disposto art. 21-*speties*, legge 7 agosto 1990, n. 241, e art. 114, comma 4, c.p.a. A riguardo cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 424 ss.

⁵⁵ La giurisprudenza ha tracciato la differenza tra violazione di giudicato ed elusione di quest’ultimo: più precisamente, la violazione del giudicato è configurabile quando il nuovo atto riproduca gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale o quando si ponga in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla decisione del giudice; mentre si ha elusione del giudicato allorché l’amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue l’obiettivo di aggirarle dal punto di vista sostanziale e in tal modo giunge surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo; sulla elusione del giudicato, da valutare anche in relazione ai doveri di lealtà della pubblica amministrazione, cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2021, n. 5917; Cons. Stato, sez. III, 21 settembre 2021, n. 6422; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 11 novembre 2021, n. 2511; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 2 agosto 2021, n. 1876; Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2018, n. 6175; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3713; Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5513; Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1415; Cons. Stato, sez. IV, 27 maggio 2010, n. 3382; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2000, n. 1328.

⁵⁶ Oltre naturalmente ai casi, più evidenti, in cui sia stato riprodotto il vizio già accertato in sentenza, o addirittura l’amministrazione pubblica sia stata inerte rispetto al dovere di esecuzione.

⁵⁷ A. TRAVI, *L’esecuzione della sentenza*, cit., p. 4638.

Ciò brevemente ricordato, per delineare il contenuto dell'accertamento giudiziale nella fattispecie concreta, occorre stabilire in che senso vada intesa la conclusione cui giunge la sentenza d'annullamento secondo cui l'autorità aveva, nel caso concreto, abdicato all'autonomo esercizio delle prerogative regolate.

In questa operazione conviene, innanzi tutto, sciogliere una ambiguità di fondo, che potrebbe essere alimentata dalla circostanza che il giudice dell'annullamento ha ritenuto fondati, con carattere assorbente, i motivi riguardanti l'incompetenza dell'autorità ministeriale. Questo profilo può essere analizzato da un particolare angolo di visuale, quello che concerne i limiti alla possibilità, per la parte, di graduare i motivi di ricorso e le domande nel processo amministrativo, secondo i chiarimenti forniti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵⁸.

A riguardo, il Consiglio di Stato ritiene che «in tutte le situazioni di incompetenza (...) si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se associato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*»⁵⁹. In tal modo sono adeguatamente salvaguardate esigenze di tutela del contraddittorio rispetto all'amministrazione competente. Il che si riflette sul fenomeno denominato dell'assorbimento dei motivi, che oggi è circoscritto a specifici casi, da accertare in modo rigoroso, vale a dire «quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata»⁶⁰. I limiti alla tecnica dell'assorbimento sono, peraltro, argomentati facendo leva sull'obbligo del giudice di esaminare le censure che compongono i vizi – motivi, in modo da orientare il futuro esercizio del potere amministrativo⁶¹.

⁵⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, in *Foro it.*, 2015, III, p. 265, con nota di A. TRAVI. In tema cfr. P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Libellula edizioni, Tricase, 2012, in part. p. 19 ss.; per un'analisi critica della citata decisione dell'Adunanza Plenaria citata, cfr. S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 199.

⁵⁹ Infatti, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato cit. «nel disegno del codice tale tipologia di vizi è talmente radicale e assorbente che non ammette di essere graduata dalla parte». L'Adunanza Plenaria, dunque, conferma l'orientamento tradizionale secondo cui «b) se il potere è stato esercitato da un'autorità incompetente, il giudice sul piano logico non può fare altro che rilevare il vizio di incompetenza, ma non può dettare le regole dell'azione amministrativa, posto che l'azione amministrativa non è ancora stata esercitata dall'organo preposto; c) l'accoglimento del ricorso giurisdizionale per la riconosciuta sussistenza del vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione, in quanto la valutazione del merito della controversia si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare, o non, l'atto in questione e comunque, provvedere con un contenuto diverso» (sent. n. 5/2015).

⁶⁰ Così Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015 cit. Il fenomeno dell'assorbimento dei motivi, come è noto, inizialmente riconducibile ad una prassi giurisprudenziale, è stato oggetto di serrate critiche (tant'è che precisi limiti alla tecnica dell'assorbimento trovano oggi un puntuale fondamento normativo ad es. nell'art. 120, comma 6, c.p.a.). Per un inquadramento del tema, cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, cit., p. 4472.

⁶¹ Secondo l'Adunanza Plenaria (n. 5/2015 cit.) le principali critiche rivolte alla tecnica dell'assorbimento vertevano intorno alla circostanza che, spesso, tale prassi è stata utilizzata in modo tale da condurre alla pronuncia di sentenze di annullamento per vizi di mera forma che lasciavano, invece, impregiudicate le questioni d'ordine sostanziale; con la discutibile conseguenza che l'assorbimento di alcune censure riduceva il c.d. effetto conformativo della sentenza e l'effettività del giudizio di ottemperanza.

Ciò premesso, la soluzione accolta dal Consiglio di Stato secondo cui (non avendo l'autorità di regolazione esercitato il proprio potere) lo spazio lasciato libero dal giudicato è totale, sembra supporre che la sentenza d'annullamento avesse accertato unicamente un radicale vizio dell'incompetenza dell'autorità ministeriale⁶².

Senonché, esaminando con attenzione la fattispecie concreta, in relazione ai vizi – motivi prospettati dal ricorrente, ed accolti dal giudice, è per lo meno dubbio che i giudici abbiano inteso ritenere che l'autorità regolatoria non avesse del tutto esercitato il potere nel senso delineato dall'art. 34, comma 2, c.p.a.⁶³. E ciò in quanto il giudice dell'annullamento ha specificamente accertato la violazione dei principi posti a presidio della indipendenza dell'autorità di regolazione da parte (anche) della stessa ARERA (oltre che dal Ministero). Del resto, rispetto al provvedimento regolatorio contestato tramite articolate censure (distintamente trattate dal giudice dell'annullamento, il che ha un significato, così come rileva anche che il decreto ministeriale fosse stato impugnato in qualità di atto presupposto), la sentenza accertava che illegittima fosse stata la scelta dell'autorità di «prendere le mosse per la successiva elaborazione delle scelte regolatorie» da un presupposto (erroneamente) considerato vincolante e immodificabile.

In questo senso, allora, la sentenza d'annullamento conclude che l'autorità ha abdicato all'esercizio dei propri poteri (con l'adozione di un provvedimento non a caso dal Giudice definito «attuativo» del decreto ministeriale), la qual cosa non coincide necessariamente con l'assunto che l'autorità non abbia del tutto esercitato il potere attribuitogli: anzi, il giudice ha accertato che l'esercizio del potere non è stato – in concreto – svolto in modo autonomo ed indipendente⁶⁴. A riprova di ciò, si può osservare che, in sentenza, l'assorbimento degli altri vizi prospettati dalla ricorrente è stato determinato per ragioni di ordine logico-pregiudiziale (e non esclusivamente per ragioni legate all'incompetenza del Ministero⁶⁵; del resto, nel caso concreto, non sussistono le

⁶² Accertamento tale da giustificare l'assorbimento, previsto dalla legge proprio in casi così radicali, di tutte le altre censure. Infatti, seguendo la impostazione dell'Adunanza Plenaria (n. 5/2015 cit.) i limitati casi in cui la tecnica dell'assorbimento sono quelli riconducibili: alla legge; a evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico-giuridico; a ragioni di economia processuale, se comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica.

⁶³ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2015 cit. rileva che, dopo l'entrata in vigore del c.p.a., risulta ampliato il novero dei vizi che impediscono alla parte di graduare i motivi di ricorso, e ciò anche in ragione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., in forza del quale in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati: situazione che si riscontra, fra l'altro, nel «caso classico» del provvedimento reso da un'autorità diversa da quella legalmente competente.

Si può dubitare comunque che dall'art. 34 cit. derivino conseguenze restrittive in ordine agli effetti (anche conformativi) della sentenza d'annullamento (sul punto cfr. P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, in part. p. 96 e p. 110).

⁶⁴ Se questa ricostruzione è corretta, non risulta pertinente il richiamo del primo giudice dell'ottemperanza (TAR Lombardia n. 438/2021) alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2016 cit., che si riferiva, specificamente, ad una ipotesi in cui si contestava il mancato esercizio del potere (in particolare, quel contezioso – come osservava la stessa Adunanza Plenaria – si riferiva ad un giudizio contro il silenzio inadempimento maturato, fra l'altro, nell'ambito di un procedimento connotato dall'esistenza di ampi profili di discrezionalità amministrativa: cfr. punto n. 42 sent. n. 11/2016 cit.).

⁶⁵ La precisazione sembra significativa alla luce della distinzione fornita dall'Adunanza Plenaria (n. 5/2015 cit.) secondo cui la tecnica dell'assorbimento è possibile in circoscritti casi, fra

esigenze di garanzia del contraddittorio che secondo l'Adunanza Plenaria, in caso di accertato vizio di incompetenza, comportano necessariamente l'assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione⁶⁶).

Nei limiti in cui si concordi con questa ricostruzione, non si può allora condividere, nella sua radicalità, l'assunto del Consiglio di Stato secondo cui la sentenza avrebbe accertato il (totale) mancato esercizio dei poteri da parte della competente autorità. Il che, però, ancora non consente di escludere che, effettivamente, lo spazio lasciato libero dal giudicato fosse «totale», o, ed è lo stesso, che il giudicato non imponesse «alcun vincolo conformativo». E tuttavia una simile soluzione, espressa in termini tanto risoluti, mi pare non possa trovare riscontro seguendo lo schema comunemente impiegato per spiegare la portata dell'effetto conformativo, anzitutto con riferimento al divieto di replicare i vizi accertati giudizialmente.

Si può così tentare una risposta ai quesiti sopra posti⁶⁷, e principalmente stabilire se sia compatibile col giudicato d'annullamento un vincolo ministeriale (diverso da quello annullato) che sia tale da conformare, anche indirettamente, le prerogative regolatorie.

Alla luce della teorica degli effetti dell'annullamento, mi pare che, viste le ragioni della caducazione *in parte qua* del d.m. del 2018, sia possibile identificare taluni vincoli per il corretto riesercizio del potere. Precisamente, in una logica negativa (coerente con la ricostruzione della portata dell'effetto conformativo), la regola da applicare al caso concreto è quella risultante dopo l'eliminazione dell'illegittimo vincolo ministeriale, regola per cui la determinazione del contributo tariffario va effettuata «in misura tale da riflettere l'andamento dei prezzi dei certificati bianchi riscontrato sul mercato organizzato e sugli scambi bilaterali, qualora inferiore a 250 euro, definendo un valore massimo di riconoscimento» (art. 11, comma 2, cit.); mentre, in una logica positiva, l'autorità deve applicare la predetta regola in autonomia, cioè senza prendere le mosse da vincoli predeterminati esternamente, ed erroneamente ritenuto immodificabili.

In questo senso sembra deporre, peraltro, il riferimento nella sentenza d'annullamento al dovere di disapplicazione; infatti, fermo restando che le affermazioni contenute in motivazione non sono necessariamente utili ad identificare i limiti oggettivi del giudicato, tuttavia, nel caso di specie, il riferimento al menzionato obbligo afferisce alle ragioni dell'illegittimità degli atti impugnati, che ARERA avrebbe potuto, ed anzi dovuto, evitare a salvaguardia delle prerogative in materia tariffaria (appunto, disapplicando il d.m. cit.).

Se questa ricostruzione è corretta, non sembra coerente con la statuizione del giudice dell'annullamento il presupposto da cui prendono origine le valutazioni di ARERA, in sede di riedizione del potere, vale a dire la immodificabilità del *floor* dei TEE virtuali, pari a 10 €/TEE, secondo una prescrizione ministeriale non annullata; in tal modo, infatti, viene sostanzialmente reiterato il vizio accertato dalla sentenza d'annullamento, vale a dire la illegittima conformazione del potere tariffario (il che va valutato anche in ragione del progressivo rilievo assunto dalla categoria degli atti elusivi).

cui quelli previsti dalla legge (oggi ex art. 34, comma 2, cit., e in precedenza ex art. 26, legge TAR), o, per l'appunto, nell'ipotesi di evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico-giuridico.

⁶⁶ Nella fattispecie concreta, infatti, l'autorità di regolazione ha effettivamente preso parte al giudizio, sicché non potrebbe dirsi che la regola di condotta giudiziale si sarebbe formata senza la partecipazione dell'autorità competente al giudizio.

⁶⁷ Cfr. *infra* paragrafo n. 5.

A rigore, poi, dopo il giudicato d'annullamento, è dubbio che sia immutabile il *floor* dei TEE virtuali, pari a 10 €/TEE, visto che questo veniva ricavato, solo implicitamente, proprio partendo dal presupposto, oramai venuto meno, del valore dei TEE pari a euro 250⁶⁸; peraltro, la disciplina relativa ai TEE c.d. virtuali concerne propriamente un aspetto differente da quello della determinazione del contributo tariffario, riferendosi più che altro ad esigenze di flessibilizzazione del mercato dei certificati bianchi: anche da questa angolatura, pertanto, tale normativa non avrebbe dovuto assumere carattere decisivo.

La soluzione interpretativa prospettata sembra trovare conferma nell'esigenza che vi sia assoluta coerenza tra motivazione e dispositivo, coerenza che assume un valore imprescindibile perché attinente al *decisum*⁶⁹.

7. Sviamento di potere ed elusione del giudicato d'annullamento

Al di là delle peculiarità del caso concreto, la decisione in commento fornisce l'opportunità di svolgere alcune considerazioni sui riflessi che una certa concezione della portata vincolante del giudicato d'annullamento è in grado di comportare sull'effettività della tutela giurisdizionale assicurabile; ma non solo, perché come osservato da una parte di dottrina, di cui si è dato conto, il dovere di esecuzione delle sentenze costituisce elemento essenziale del sistema di legalità che è innanzi tutto la pubblica amministrazione a dover realizzare.

Con la sentenza in epigrafe, il Consiglio di Stato sembra accogliere una "lettura minima" del giudicato amministrativo d'annullamento, e della portata dei suoi effetti. Si tratta di una lettura (minima) che, se può risultare confacente rispetto a ipotesi di annullamento fondate esclusivamente sull'accertamento di un radicale vizio di incompetenza (cioè nel caso in cui l'amministrazione competente non fosse stata per nulla coinvolta nell'episodio d'esercizio del potere contestato), mostra i suoi limiti in altri contesti. Come mi pare accada nel caso illustrato, in cui è difficile escludere, per lo meno nel modo radicale in cui è sostenuto dalla sentenza confermata dal Consiglio di Stato, che «solo nel

⁶⁸ Dunque, anche sotto un diverso punto di vista, dopo il giudicato d'annullamento, non sembra corretto considerare un dato, di per sé, immodificabile, da cui prendere le mosse, quello del costo minimo dei TEE virtuali; infatti, una volta annullata la prescrizione ministeriale che prevedeva il valore massimo pari a euro 250 per TEE, quest'ultimo valore, di per sé, non è più utilizzabile neppure per il calcolo dei TEE c.d. virtuali, visto che il loro valore è dato dalla «differenza tra 260 euro e il valore del contributo tariffario», la cui definizione spetta però all'autorità di regolazione (art. 14-*bis* cit. introdotto dal d.m. del 2018). Del resto, il *floor* pari a 10 euro per i TEE virtuali era ricavato solo «implicitamente» (per espressa affermazione dell'autorità), tramite il valore massimo imposto dal Ministero (poi annullato). Ma allora, venendo meno, per effetto del giudicato, tale valore massimo, giocoforza, non è immodificabile il *floor* di 10 euro, e ciò proprio in ragione del meccanismo di calcolo previsto dall'art. 14-*bis* cit., ed a prescindere dal fatto che il giudicato di annullamento non abbia riguardato anche tale prescrizione ministeriale. Per di più, solo nel 2021, il Ministero ha espressamente previsto che il costo minimo dei TEE virtuali dovesse essere pari a euro 10, sicché, rispetto al nostro caso, in sede di ottemperanza del giudicato, tale importo non doveva (necessariamente) trovare spazio neppure in forza di principi in tema di *ius superveniens*.

⁶⁹ Sul «valore assoluto» della coerenza tra dispositivo e motivazione, con conseguente forte riduzione degli spazi per *obiter dicta*, cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, cit., p. 4480. Su di un piano ancora differente si pone sia la regola del "dedotto" e del "deducibili" (regola comunque controversa nel processo amministrativo), sia il tema degli accertamenti c.d. incidentali (sul punto, oltre la dottrina già richiamata nelle premesse, cfr. S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 229, in part. nota 141).

caso in cui dal giudicato scaturisca un obbligo così puntuale da non lasciare margini di discrezionalità in sede di rinnovazione, l'assunzione di provvedimento in violazione di tale obbligo può essere fatta valere con il giudizio di ottemperanza o nell'ambito dello stesso»⁷⁰. Tale soluzione, infatti, non pare del tutto coerente né con gli approdi cui si è progressivamente giunti circa la portata dell'effetto conformativo, né, probabilmente, con il dato positivo (art. 113 c.p.a.)⁷¹.

Per altro verso, sono proprio situazioni come quella esaminata che mostrano l'esigenza di una ricostruzione rigorosa delle ragioni dell'annullamento giurisdizionale, onde delinearne gli effetti; diversamente è concreto il rischio di concludere per l'impossibilità di svolgere il giudizio "di coerenza", che è proprio dell'ottemperanza, allorquando, in sede di riedizione del potere, l'amministrazione adduca una qualche motivazione a supporto di un atto nuovo sì, ma con contenuto comunque sfavorevole per il ricorrente vittorioso⁷². Tale evenienza, ovviamente, non comporta necessariamente inesecuzione della sentenza, poiché, come si è già riferito, molto spesso residuano margini di discrezionalità anche dopo il giudicato d'annullamento; e, tuttavia, la corretta esecuzione della sentenza richiede di essere verificata non accontentandosi di un mero controllo circa l'avvenuto svolgimento di una (nuova) istruttoria procedimentale.

Questo aspetto attiene propriamente alla precisa identificazione delle conseguenze della statuizione del giudice; rispetto alla fattispecie concreta, le ragioni dell'annullamento riguardavano non tanto, o non solo, il mancato esercizio del potere, quanto, e soprattutto, la circostanza che il potere era stato esercitato in modo da essere conformato da vincoli (ministeriali) esterni. Il giudizio "di coerenza", dunque, avrebbe dovuto riguardare, non solo, e non tanto, se in esecuzione della sentenza vi fosse stato lo svolgimento di un procedimento, quanto, e soprattutto, se questo procedimento fosse stato svolto in modo autonomo, dunque senza subire interferenze dall'esterno. Certamente, nella verifica del contenuto del nuovo atto, necessaria ad escluderne il carattere elusivo, non si può pretendere che il giudice dell'ottemperanza si spinga a sindacare la legittimità delle motivazioni poste a fondamento del nuovo provvedimento (poiché ciò esula dai limiti della sua funzione); tuttavia, non comporta un superamento dei limiti propri del giudizio d'ottemperanza lo stabilire quale rilevanza rivestano le ragioni addotte dall'amministrazione in sede di

⁷⁰ TAR Lombardia, n. 438/2021, cit. Così facendo, però, la sentenza sembra richiamare unicamente le ipotesi di violazione di giudicato, e non anche quelle di elusione, su cui cfr. la già citata giurisprudenza, e in particolare modo Cons. Stato, sez. V, n. 5917/2021; Cons. Stato, sez. III, n. 6422/2021; TAR Lombardia, sez. II, n. 2511/2021.

⁷¹ Visto il riferimento dell'art. 113 c.p.a. al «contenuto dispositivo e conformativo» del provvedimento del giudice, rispetto al quale si può azionare il giudizio d'ottemperanza. Del resto, la pubblicazione amministrativa, nell'adeguarsi alla sentenza, deve tener presente, al di là del dispositivo, quella parte precettiva, volta ad orientare l'ulteriore attività amministrativa, contenuta in motivazione (F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, cit., p. 4476). Pertanto, nei limiti in cui si condivide la tesi qui proposta, secondo cui la verifica della condivisibilità della soluzione accolta dal Consiglio di Stato in epigrafe può essere svolta alla luce degli approdi cui si è progressivamente giunti circa la portata dell'effetto conformativo, non sembra che la fattispecie potesse essere diversamente inquadrata tramite l'applicazione di altri istituti, in particolare ricorrendo all'applicazione della regola per cui il giudicato copre il "dedotto" e il "deducibile", e ciò anche in ragione dei dubbi, variamente espressi dalla dottrina richiamata in premessa, sul reale ambito di operatività di tale regola nel processo amministrativo.

⁷² Il che è evidente nel caso concreto, in cui vi è stata la sostanziale conferma della "regola" originaria (valore massimo del "cap" pari a 250 euro), già ritenuta illegittima dal giudice.

rinnovazione del procedimento: tale operazione, infatti, potrebbe far emergere che gli obiettivi perseguiti con la nuova scelta siano tali da integrare una sostanziale elusione del giudicato.

La fattispecie concreta sopra illustrata rende, forse, più chiaro quanto si intende sostenere: infatti, alla base della ri-conferma della previsione di un “cap” del tutto identico a quello in precedenza posto dal Ministero, l'autorità svolge considerazioni sull'esigenza di stimolare gli operatori a contenere i prezzi dei certificati bianchi, per evitare un aggravio dei costi sostenuti dai clienti finali di energia elettrica e gas. Ci si potrebbe, però, chiedere se tale motivazione possa essere considerata come sintomatica di una elusione del giudicato, nella misura in cui questa sia configurabile allorquando l'atto adottato all'esito del riesercizio del potere sia teso a perseguire un interesse pubblico diverso da quello che giustifica l'attribuzione del potere stesso⁷³. E il caso concreto offre alcuni stimoli a riguardo, visto l'attuale dibattito sul corretto esercizio del potere tariffario: in tal caso, infatti, l'autorità non potrebbe limitarsi a svolgere considerazioni inerenti all'interesse pubblico alla riduzione dei costi del servizio, sottraendosi all'onere di individuare con precisione i costi efficienti degli operatori, da riconoscere obbligatoriamente in tariffa⁷⁴.

La criticità del tema si coglie considerando due aspetti: in primo luogo, che la disciplina del potere tariffario in questione è di derivazione comunitaria e prevede che i costi sostenuti per l'assolvimento degli obblighi in materia di efficientamento possano essere recuperati, riconoscendoli in tariffa (anche trasladoli in capo agli utenti finali del servizio); in secondo luogo, che, secondo l'Adunanza Plenaria, il giudizio di ottemperanza «rappresenta un'opportunità offerta dal sistema processuale per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie»⁷⁵.

Rispetto ai problematici rilievi appena prospettati⁷⁶, vi è, al fondo, la questione della portata dell'onere, per il giudice dell'ottemperanza, di valutare le

⁷³ Tale conclusione andrebbe confrontata con l'orientamento secondo cui l'elusione va esclusa (solo) quando la sentenza comporti margini liberi di discrezionalità, in relazione ai quali l'amministrazione può stabilire nuovamente l'assetto di interessi «che più ritiene congruo per l'interesse pubblico affidato alle sue cure» (TAR Lombardia, Milano, sez. II, 2 agosto 2021, n. 1876; in senso analogo cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2018 n. 6764; Cons. Stato, sez. VI, 12 luglio 2019 n. 4917).

⁷⁴ Il tema può essere qui solo accennato, rinviando per approfondimenti a E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 164 ss.

⁷⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, punto n. 58; inoltre, secondo l'Ad. plen. la preminente esigenza di conformità al diritto comunitario rileva (anche) in sede di ottemperanza, essendo dovere del giudice di delineare la portata dispositiva e conformativa della sentenza evitando di desumere da esse regole contrastanti con il diritto comunitario. Per chiarire quanto si vuole dire torna utile il puntuale riferimento alla fattispecie concreta, sopra illustrata; infatti, ai fini dell'esecuzione del giudicato, ci si potrebbe chiedere se il giudice fosse tenuto a stabilire la correttezza, o meno, delle valutazioni concernenti l'esigenza di riconfermare il “cap” di 250 €/TEE in vista di benefici auspicabili per il cliente finale. Il giudizio su tale profilo, infatti, richiederebbe, almeno, di stabilire se la disciplina in materia di contributo tariffario da riconoscere ai sensi della legge di riferimento abbia, o meno, a proprio fondamento tale scopo; o, comunque, se la scelta regolatoria debba (principalmente) uniformarsi al principio di *full cost recovery*. Senonché questo è profilo sul quale, nel nostro caso, il giudice non si è pronunciato, sicché potrebbe dubitarsi che rilevi ai fini dell'ottemperanza.

⁷⁶ Con riferimento al caso deciso dalla pronuncia in epigrafe, la rilevanza dell'interrogativo posto si collega al rischio di uno “scivolamento” verso scelte non sindacabili in sede di ottemperanza di qualsivoglia valutazione, per il solo fatto che sia stata preceduta da un'istruttoria, ma senza che sia verificato dal giudice il rispetto (che non sia solo apparente) dei parametri per un

motivazioni addotte a fondamento del nuovo provvedimento: le nuove valutazioni dovrebbe porsi, propriamente, come motivazione della soluzione accolta, e non invece essere evocate in una prospettiva di mera “giustificazione” di conclusioni da altro condizionate⁷⁷. In questo senso non può risultare pienamente appagante un mero riferimento all’avvenuto svolgimento di un’istruttoria procedimentale nell’ambito della rinnovazione del procedimento⁷⁸.

legittimo esercizio del potere. Come già illustrato, secondo la sentenza di annullamento, nella nuova formulazione dell’art. 11, comma 2, d.m. del 2017, dopo le modifiche apportate nel 2018, solo in modo «apparente» vi era stato il rispetto dell’autonomia regolatoria, sostanzialmente sconfessata dalla previsione del più volte ricordato vincolo ministeriale.

⁷⁷ Esemplificativo del criticabile schema di valutazione seguito dal giudice dell’ottemperanza (per escludere la possibilità di un giudizio di “coerenza”) è la circostanza che nel caso concreto sia stata, sostanzialmente, considerata non indice di elusione la “motivazione” adottata dall’autorità per ri-confermare il “cap” di 250 euro anche rispetto al regime transitorio previsto per i primi mesi dell’annualità 2018 (cfr. precedenti note nn. 20 22, e 24). In tal caso la motivazione di ARERA faceva leva sull’argomento per cui «l’erogazione di eventuali conguagli *ex post* sull’anno d’obbligo già concluso non stimolerebbe il comportamento efficiente degli operatori né limiterebbe il ricorso ai TEE “virtuali”, costituendo invece (verosimilmente) solo un maggior onere per la collettività»: senonché l’opportunità di evitare “conguagli” sembra fuoriuscire dalle valutazioni che l’autorità avrebbe dovuto compiere in esecuzione delle statuizioni del giudice (peraltro, la determinazione che aveva fissato per l’anno 2018 il valore massimo del contributo era stata caducata per illegittimità derivata; anche sotto questo profilo la ri-conferma del “cap”, con l’espresso scopo di evitare conguagli, appare singolare, nel senso che, forse, non è del tutto coerente neppure con la reale portata dell’effetto ripristinatorio ricavabile dall’annullamento giurisdizionale).

⁷⁸ Ad esempio, nel caso esaminato, il Consiglio di Stato si limita a dare atto che l’autorità ha «autonomamente scelto, sulla base di apposita istruttoria, di confermare per il 2018 il valore tariffario di euro 250 a TEE. Altrettanto dicasi in ordine alla quantificazione del cap per l’anno 2019». Nelle presenti note si intende, invece, sostenere che il requisito dell’autonomia avrebbe dovuto essere verificato in concreto, in relazione alle reali ragioni dell’annullamento giurisdizionali.



COMMENTI

La disciplina degli *e-money tokens* tra proposta di Regolamento MiCA e normativa sui servizi di pagamento. Problematiche regolatorie e possibili soluzioni

The discipline of the e-money tokens between MiCA Regulation proposal and legislation on payment services. Regulatory issues and possible solutions

di **Francesco Ciraolo** *

ABSTRACT

La proposta di Regolamento sui mercati delle criptoattività (Reg. MiCA) prevede un'inedita classificazione di tali assets in tre distinte categorie, una delle quali – gli *e-money tokens* – si caratterizza per una natura sostanzialmente ibrida (*crypto-asset*, da un lato, prodotto di moneta elettronica, dall'altro), dalla quale discende la simultanea applicazione della normativa sulla moneta elettronica (e sui servizi di pagamento) e delle disposizioni del Regolamento in corso di adozione.

Muovendo da tale presupposto, il saggio si prefigge il duplice obiettivo di evidenziare alcune criticità relative al particolare regime normativo progettato per gli EMTs e di identificare, al contempo, quei profili rispetto ai quali è auspicabile, nei termini che si cercherà di suggerire, un intervento correttivo da parte del legislatore.

The proposal for a Regulation on Markets in Crypto-Assets (MiCA Regulation) provides for an unprecedented classification of these assets into three different categories, one of which – e-money tokens – is characterized by a substantially hybrid nature (crypto-asset, on the one hand, electronic money product, on the other). This implies the simultaneous application to EMTs of both the legislation on electronic money (and payment services) and the provisions of the forthcoming MiCA Regulation.

Starting from this premise, this essay pursues the dual objective of highlighting some critical issues related to the peculiar regime designed for EMTs and identifying those profiles which seem to require, to the extent we will try to suggest, a corrective intervention by the legislator.

ESTRATTO: PROPOSTA DI REGOLAMENTO MICA (ARTT. 1-3, 43-52).

**COMMISSIONE EUROPEA BRUXELLES, 24.9.2020 COM (2020) 593 FINAL
2020/0265 (COD)**

Proposta di

* Professore ordinario di diritto dell'economia, Università di Messina.

REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO
relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937
(Testo rilevante ai fini del SEE)

(omissis)

TITOLO I

Oggetto, ambito di applicazione e definizioni

Articolo 1

Oggetto

Il presente regolamento stabilisce norme uniformi per quanto riguarda:

- (a) gli obblighi di trasparenza e informativa per l'emissione e l'ammissione alla negoziazione di cripto-attività;
- (b) l'autorizzazione e la vigilanza dei fornitori di servizi per le cripto-attività, degli emittenti di token collegati ad attività e degli emittenti di token di moneta elettronica;
- (c) la gestione, l'organizzazione e la governance degli emittenti di token collegati ad attività, degli emittenti di token di moneta elettronica e dei fornitori di servizi per le cripto-attività;
- (d) le disposizioni a tutela dei consumatori per quanto riguarda l'emissione, la negoziazione, lo scambio e la custodia delle cripto-attività;
- (e) le misure volte a prevenire gli abusi di mercato per garantire l'integrità dei mercati delle cripto-attività.

Articolo 2

Ambito di applicazione

1. Il presente regolamento si applica alle persone coinvolte nell'emissione di cripto-attività o che forniscono servizi connessi alle cripto-attività nell'Unione.

2. Il presente regolamento non si applica tuttavia alle cripto-attività che rientrano nella definizione di:

- (a) strumenti finanziari ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 15, della direttiva 2014/65/UE;
- (b) moneta elettronica quale definita all'articolo 2, punto 2, della direttiva 2009/110/CE, tranne quando rientrano nella definizione di token di moneta elettronica ai sensi del presente regolamento;
- (c) depositi ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 3, della direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- (d) depositi strutturati ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 43, della direttiva 2014/65/UE;
- (e) cartolarizzazione ai sensi dell'articolo 2, punto 1, del regolamento (UE) 2017/2402 del Parlamento europeo e del Consiglio 50.

3. Il presente regolamento non si applica ai soggetti e alle persone seguenti:

- (a) la Banca centrale europea e le banche centrali nazionali degli Stati membri ove agiscano in veste di autorità monetarie o altre autorità pubbliche;
- (b) le imprese di assicurazione o le imprese che svolgono attività di riassicurazione e di retrocessione quali definite nella direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 51 quando svolgono le attività di cui alla suddetta direttiva;
- (c) i curatori o gli amministratori che agiscono nel corso di una procedura di insolvenza, salvo ai fini dell'articolo 42;
- (d) le persone che prestano servizi per le cripto-attività esclusivamente per le loro imprese madri, per le loro filiazioni o per altre filiazioni delle loro imprese madri;
- (e) la Banca europea per gli investimenti;
- (f) il fondo europeo di stabilità finanziaria e il meccanismo europeo di stabilità;
- (g) le organizzazioni internazionali pubbliche.

4. Qualora emettano token collegati ad attività, compresi i token collegati ad attività significativi, gli enti creditizi autorizzati ai sensi della direttiva 2013/36/UE non sono soggetti:

- (a) alle disposizioni del titolo III, capo I, ad eccezione degli articoli 21 e 22;
- (b) all'articolo 31.

5. Qualora forniscano uno o più servizi per le cripto-attività, gli enti creditizi autorizzati ai sensi della direttiva 2013/36/UE non sono soggetti alle disposizioni del titolo V, capo I, ad eccezione degli articoli 57 e 58.

6. Le imprese di investimento autorizzate ai sensi della direttiva 2014/65/UE non sono soggette alle disposizioni del titolo V, capo I, ad eccezione degli articoli 57, 58, 60 e 61, qualora si limitino a prestare uno o più servizi per le cripto-attività che sono equivalenti ai servizi e alle attività di investimento per i quali sono autorizzate a norma della direttiva 2014/65/UE. A tal fine:

- (a) i servizi per le cripto-attività definiti all'articolo 3, paragrafo 1, punto 11, del presente regolamento sono considerati equivalenti alle attività di investimento di cui all'allegato I, sezione A, punti 8 e 9, della direttiva 2014/65/UE;
- (b) i servizi per le cripto-attività definiti all'articolo 3, paragrafo 1, punti 12 e 13, del presente regolamento sono considerati equivalenti ai servizi di investimento di cui all'allegato I, sezione A, punto 3, della direttiva 2014/65/UE;
- (c) i servizi per le cripto-attività definiti all'articolo 3, paragrafo 1, punto 14, del presente regolamento sono considerati equivalenti ai servizi di investimento di cui all'allegato I, sezione A, punto 2, della direttiva 2014/65/UE;
- (d) i servizi per le cripto-attività definiti all'articolo 3, paragrafo 1, punto 15, del presente regolamento sono considerati equivalenti ai servizi di investimento di cui all'allegato I, sezione A, punti 6 e 7, della direttiva 2014/65/UE;
- (e) i servizi per le cripto-attività definiti all'articolo 3, paragrafo 1, punto 16, del presente regolamento sono considerati equivalenti ai servizi di investimento di cui all'allegato I, sezione A, punto 1, della direttiva 2014/65/UE;
- (f) i servizi per le cripto-attività definiti all'articolo 3, paragrafo 1, punto 17, del presente regolamento sono considerati equivalenti ai servizi di investimento di cui all'allegato I, sezione A, punto 5, della direttiva 2014/65/UE.

Articolo 3 *Definizioni*

1. Ai fini del presente regolamento si applicano le definizioni seguenti:

- (1) "tecnologia di registro distribuito (DLT)": un tipo di tecnologia che supporta la registrazione distribuita di dati cifrati;
- (2) "cripto-attività": una rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga;
- (3) "token collegato ad attività": un tipo di cripto-attività che intende mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di diverse monete fiduciarie aventi corso legale, di una o più merci o di una o più cripto-attività, oppure di una combinazione di tali attività;
- (4) "token di moneta elettronica": un tipo di cripto-attività il cui scopo principale è quello di essere utilizzato come mezzo di scambio e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una moneta fiduciaria avente corso legale;
- (5) "utility token": un tipo di cripto-attività destinato a fornire l'accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile mediante DLT, e che è accettato solo dall'emittente di tale token;
- (6) "emittente di cripto-attività": una persona giuridica che offre al pubblico qualsiasi tipo di cripto-attività o che chiede l'ammissione di tali cripto-attività a una piattaforma di negoziazione di cripto-attività;
- (7) "offerta al pubblico": offerta a terzi di acquistare una cripto-attività in cambio di una moneta fiduciaria o di altre cripto-attività;
- (8) "fornitore di servizi per le cripto-attività": qualsiasi persona la cui occupazione o attività consiste nel prestare a terzi uno o più servizi per le cripto-attività su base professionale;
- (9) "servizio per le cripto-attività": qualsiasi servizio e attività elencati in appresso in relazione a qualsiasi cripto-attività:
 - (a) la custodia e l'amministrazione di cripto-attività per conto di terzi;
 - (b) la gestione di una piattaforma di negoziazione di cripto-attività;
 - (c) lo scambio di cripto-attività con una moneta fiduciaria avente corso legale;
 - (d) lo scambio di cripto-attività con altre cripto-attività;
 - (e) l'esecuzione di ordini di cripto-attività per conto di terzi;
 - (f) il collocamento di cripto-attività;
 - (g) la ricezione e trasmissione di ordini di cripto-attività per conto di terzi;
 - (h) la prestazione di consulenza sulle cripto-attività;
- (10) "custodia e amministrazione di cripto-attività per conto di terzi": la custodia o il controllo, per conto di terzi, delle cripto-attività o dei mezzi di accesso a tali cripto-attività, se del caso sotto forma di chiavi crittografiche private;
- (11) "gestione di una piattaforma di negoziazione di cripto-attività": la gestione di una o più piattaforme di negoziazione delle cripto-attività, all'interno delle quali possono interagire molteplici interessi di terzi per l'acquisto e la vendita di cripto-attività, in modo tale da portare alla conclusione di contratti relativi allo scambio di una cripto-attività con un'altra o di una cripto-attività con una moneta fiduciaria a corso legale;
- (12) "scambio di cripto-attività con moneta fiduciaria": la conclusione di contratti con terzi per

l'acquisto o la vendita di cripto-attività a fronte di moneta fiduciaria avente corso legale utilizzando capitale proprio;

(13) "scambio di cripto-attività con altre cripto-attività": la conclusione di contratti con terzi per l'acquisto o la vendita di cripto-attività a fronte di altre cripto-attività utilizzando capitale proprio;

(14) "esecuzione di ordini di cripto-attività per conto di terzi": la conclusione di accordi per l'acquisto o la vendita di una o più cripto-attività o per la sottoscrizione di una o più cripto-attività per conto di terzi;

(15) "collocamento di cripto-attività": la commercializzazione a determinati acquirenti di cripto-attività di nuova emissione o di cripto-attività che sono già emesse ma che non sono ammesse alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività, senza che ciò comporti un'offerta al pubblico o un'offerta ai possessori esistenti delle cripto-attività dell'emittente;

(16) "ricezione e trasmissione di ordini di cripto-attività per conto di terzi": la ricezione da una persona di un ordine di acquisto o di vendita di una o più cripto-attività o di sottoscrizione di una o più cripto-attività e la trasmissione di tale ordine a un terzo a fini di esecuzione;

(17) "fornitura di consulenza sulle cripto-attività": l'offerta, la fornitura o l'accordo per la fornitura di raccomandazioni personalizzate o specifiche a terzi, su richiesta del terzo o su iniziativa del fornitore di servizi per le cripto-attività che fornisce la consulenza, in merito all'acquisizione o alla vendita di una o più cripto-attività o all'impiego di servizi per le cripto-attività;

(18) "organo di amministrazione": l'organo di un emittente di cripto-attività, o di un fornitore di servizi per le cripto-attività, che è designato conformemente al diritto nazionale e cui è conferito il potere di stabilire gli indirizzi strategici, gli obiettivi e la direzione generale del soggetto, che supervisiona e monitora le decisioni della dirigenza e che comprende le persone che dirigono l'attività del soggetto;

(19) "ente creditizio": un ente creditizio quale definito all'articolo 4, paragrafo 1, punto 1, del regolamento (UE) n. 575/2013;

(20) "investitori qualificati": gli investitori qualificati quali definiti all'articolo 2, lettera e), del regolamento (UE) 2017/1129;

(21) "attività di riserva": il paniere di monete fiduciarie aventi corso legale, merci o cripto-attività a garanzia del valore di un token collegato ad attività, o dell'investimento in tali attività;

(22) "Stato membro d'origine":

(a) se l'emittente di cripto-attività diverse dai token collegati ad attività o dai token di moneta elettronica ha la propria sede legale o una succursale nell'Unione, lo Stato membro in cui l'emittente delle cripto-attività ha la propria sede legale o una succursale;

(b) se l'emittente di cripto-attività diverse dai token collegati ad attività o dai token di moneta elettronica non ha sede legale nell'Unione ma ha due o più succursali nell'Unione, lo Stato membro scelto dall'emittente tra gli Stati membri in cui l'emittente ha succursali;

(c) se l'emittente di cripto-attività diverse dai token collegati ad attività o dai token di moneta elettronica è stabilito in un paese terzo e non ha alcuna succursale nell'Unione, a scelta di tale emittente, il primo Stato membro in cui intende offrire le cripto-attività al pubblico o il primo Stato membro in cui presenta la domanda di ammissione alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività;

(d) per gli emittenti di token collegati ad attività, lo Stato membro in cui l'emittente di tali token ha la propria sede legale;

(e) per gli emittenti di token di moneta elettronica, gli Stati membri in cui l'emittente di tali token è autorizzato come ente creditizio ai sensi della direttiva 2013/36/UE o come istituto di moneta elettronica ai sensi della direttiva 2009/110/CE;

(f) per i fornitori di servizi per le cripto-attività, lo Stato membro in cui il fornitore di servizi per le cripto-attività ha la propria sede legale;

(23) "Stato membro ospitante": lo Stato membro in cui un emittente di cripto-attività ha presentato al pubblico un'offerta di cripto-attività o chiede l'ammissione alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività, o in cui il fornitore di servizi per le cripto-attività presta servizi per le cripto-attività, se diverso dallo Stato membro d'origine;

(24) "autorità competente":

(a) l'autorità designata da ciascuno Stato membro a norma dell'articolo 81 per gli emittenti di cripto-attività, gli emittenti di token collegati ad attività e i fornitori di servizi per le cripto-attività;

(b) l'autorità designata da ciascuno Stato membro ai fini dell'applicazione della direttiva 2009/110/CE per gli emittenti di token di moneta elettronica;

(25) "merce": qualsiasi merce a norma dell'articolo 2, paragrafo 6, del regolamento delegato (UE) 2017/565 della Commissione 52;

(26) "partecipazione qualificata": partecipazione in un emittente di token collegati ad attività o in un fornitore di servizi per le cripto-attività, diretta o indiretta, non inferiore al 10 % del capitale sociale

o dei diritti di voto di cui agli articoli 9 e 10 della direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 53, tenuto conto delle relative condizioni di aggregazione di cui all'articolo 12, paragrafi 4 e 5, di tale direttiva, oppure che comporta la possibilità di esercitare un'influenza significativa sulla gestione dell'impresa di investimento in cui si detiene la partecipazione;

(27) "informazione privilegiata": qualsiasi informazione di natura precisa che non è stata resa pubblica e che riguarda, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti di crypto-attività o una o più crypto-attività e che, se resa pubblica, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali crypto-attività;

(28) "consumatore": qualsiasi persona fisica che agisca per scopi che non rientrano nella sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale.

2. Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 121 per precisare gli elementi tecnici delle definizioni di cui al paragrafo 1 e per adeguare tali definizioni agli sviluppi del mercato e tecnologici.

(omissis)

TITOLO IV

Token di moneta elettronica

Capo 1

Requisiti che devono essere soddisfatti da tutti gli emittenti di token di moneta elettronica

Articolo 43

Autorizzazione

1. Nessun token di moneta elettronica è offerto al pubblico nell'Unione o è ammesso alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di crypto-attività a meno che l'emittente di tali token di moneta elettronica:

(a) sia autorizzato quale ente creditizio o "istituto di moneta elettronica" ai sensi dell'articolo 2, punto 1, della direttiva 2009/110/CE;

(b) sia conforme ai requisiti applicabili agli istituti di moneta elettronica di cui ai titoli II e III della direttiva 2009/110/CE, salvo diversa indicazione nel presente titolo;

(c) pubblichi un White Paper sulle crypto-attività notificato all'autorità competente, in conformità dell'articolo 46.

Ai fini della lettera a), un "istituto di moneta elettronica" quale definito all'articolo 2, punto 1, della direttiva 2009/110/CE è autorizzato a emettere "token di moneta elettronica" e detti token sono considerati "moneta elettronica" quale definita all'articolo 2, punto 2, della direttiva 2009/110/CE. Un token di moneta elettronica la cui valuta di riferimento è una moneta dell'Unione si considera offerto al pubblico nell'Unione.

2. Il paragrafo 1 non si applica:

(a) ai token di moneta elettronica commercializzati, distribuiti e detenuti da investitori qualificati e che possono essere detenuti solo da investitori qualificati;

(b) se l'importo medio dei token di moneta elettronica in circolazione non supera i 5 000 000 EUR, o l'equivalente corrispondente in un'altra valuta, su un periodo di 12 mesi, calcolato alla fine di ciascun giorno di calendario.

Ai fini della lettera b), qualora lo Stato membro abbia fissato una soglia inferiore a 5 000 000 EUR conformemente all'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2009/110/CE, si applica tale soglia.

Nel caso di cui alle lettere a) e b), gli emittenti di token di moneta elettronica redigono un White Paper sulle crypto-attività e lo notificano all'autorità competente in conformità dell'articolo 46.

Articolo 44

Emissione e rimborsabilità dei token di moneta elettronica

1. In deroga all'articolo 11 della direttiva 2009/110/CE, agli emittenti di token di moneta elettronica si applicano solo gli obblighi seguenti in relazione all'emissione e alla rimborsabilità dei token di moneta elettronica.

2. I possessori di token di moneta elettronica ricevono un credito nei confronti dell'emittente di tali token di moneta elettronica. È vietato qualsiasi token di moneta elettronica che non offra un credito a tutti i possessori.

3. Gli emittenti di tali token di moneta elettronica emettono token di moneta elettronica al valore nominale e al momento del ricevimento di fondi ai sensi dell'articolo 4, punto 25, della direttiva (UE) 2015/2366.

4. Su richiesta del possessore di token di moneta elettronica, il rispettivo emittente deve rimbor-

sare ai possessori di token di moneta elettronica, in qualsiasi momento e al valore nominale, il valore monetario dei token di moneta elettronica detenuti, in contanti o tramite bonifico.

5. Gli emittenti di token di moneta elettronica indicano in modo visibile le condizioni di rimborso, comprese le relative commissioni, nel White Paper sulle cripto-attività di cui all'articolo 46.

6. Il rimborso può essere soggetto a una commissione solo se indicato nel White Paper sulle cripto-attività. Tale commissione deve essere proporzionata e commisurata ai costi reali sostenuti dall'emittente di token di moneta elettronica.

7. Se gli emittenti di token di moneta elettronica non soddisfano le legittime richieste di rimborso dei possessori di token di moneta elettronica entro il periodo specificato nel White Paper sulle cripto-attività, che non supera i 30 giorni, l'obbligo di cui al paragrafo 3 si applica ai soggetti terzi seguenti che abbiano concluso accordi contrattuali con emittenti di token di moneta elettronica:

(a) i soggetti che assicurano la tutela dei fondi ricevuti dagli emittenti di token di moneta elettronica in cambio di token di moneta elettronica conformemente all'articolo 7 della direttiva 2009/110/CE;

(b) qualsiasi persona fisica o giuridica incaricata di distribuire token di moneta elettronica per conto di emittenti di token di moneta elettronica.

Articolo 45

Divieto di interessi

In deroga all'articolo 12 della direttiva 2009/110/CE, nessun emittente di token di moneta elettronica o fornitore di servizi per le cripto-attività concede interessi o qualsiasi altro beneficio legato alla durata del periodo di detenzione del token di moneta elettronica da parte del possessore dello stesso.

Articolo 46

Contenuto e forma del White Paper sulle cripto-attività per i token di moneta elettronica

1. Prima di offrire token di moneta elettronica al pubblico nell'UE o di chiedere l'ammissione di tali token alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione, l'emittente di token di moneta elettronica pubblica un White Paper sulle cripto-attività sul proprio sito web.

2. Il White Paper sulle cripto-attività di cui al paragrafo 1 contiene tutte le informazioni pertinenti seguenti:

(a) una descrizione dell'emittente di token di moneta elettronica;

(b) una descrizione dettagliata del progetto dell'emittente e una presentazione dei principali partecipanti all'elaborazione e allo sviluppo del progetto;

(c) un'indicazione attestante se il White Paper sulle cripto-attività riguarda un'offerta al pubblico di token di moneta elettronica e/o l'ammissione di tali token alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività;

(d) una descrizione dettagliata dei diritti e degli obblighi connessi ai token di moneta elettronica, compreso il diritto di rimborso al valore nominale di cui all'articolo 44 e le procedure e le condizioni per l'esercizio di tali diritti;

(e) le informazioni sulla tecnologia e gli standard sottostanti soddisfatti dall'emittente di token di moneta elettronica che consentono la detenzione, la conservazione e il trasferimento di tali token di moneta elettronica;

(f) i rischi relativi all'emittente di token di moneta elettronica, ai token di moneta elettronica e alla realizzazione del progetto, compresa la tecnologia;

(g) gli elementi informativi specificati nell'allegato III.

3. Tutte le informazioni di cui al paragrafo 2 sono corrette, chiare e non fuorvianti. Il White Paper sulle cripto-attività non contiene omissioni sostanziali ed è presentato in forma concisa e comprensibile.

4. Ogni White Paper sulle cripto-attività contiene inoltre una dichiarazione dell'organo di amministrazione dell'emittente di moneta elettronica attestante che il White Paper sulle cripto-attività è conforme ai requisiti del presente titolo e che specifica che, a quanto consta a tale organo, le informazioni presentate nel White Paper sulle cripto-attività sono corrette e non presentano omissioni significative.

5. Il White Paper sulle cripto-attività comprende una sintesi che, in un linguaggio sintetico e non tecnico, fornisce informazioni fondamentali in relazione all'offerta al pubblico di token di moneta elettronica o all'ammissione di tali token alla negoziazione, e in particolare sugli elementi essenziali dei token di moneta elettronica. La sintesi indica:

(a) che i possessori di token di moneta elettronica hanno diritto al rimborso in qualsiasi momento e al valore nominale;

(b) le condizioni di rimborso, comprese eventuali commissioni.

6. Ogni White Paper sulle cripto-attività è corredato di data.
7. Il White Paper sulle cripto-attività è redatto in almeno una delle lingue ufficiali dello Stato membro d'origine o in una lingua comunemente utilizzata negli ambienti della finanza internazionale.
8. Il White Paper sulle cripto-attività è messo a disposizione in formati leggibili meccanicamente, conformemente all'articolo 5.
9. L'emittente di token di moneta elettronica notifica il suo progetto di White Paper sulle cripto-attività e, se del caso, le sue comunicazioni di marketing all'autorità competente interessata di cui all'articolo 3, paragrafo 1, punto 24, lettera b), almeno 20 giorni lavorativi prima della data di pubblicazione.
Dopo la notifica e fatti salvi i poteri di cui alla direttiva 2009/110/CE o alle disposizioni nazionali di recepimento, l'autorità competente dello Stato membro d'origine può esercitare i poteri di cui all'articolo 82, paragrafo 1, del presente regolamento.
10. Qualsiasi cambiamento o fatto nuovo, che possa avere un'influenza significativa sulla decisione di acquisto di un potenziale acquirente o sulla decisione dei possessori di token di moneta elettronica di venderli all'emittente o scambiarli con lo stesso, che interviene dopo la pubblicazione del White Paper sulle cripto-attività iniziale è descritto in un White Paper sulle cripto-attività modificato redatto dall'emittente e notificato all'autorità competente pertinente, in conformità del paragrafo 9.

Articolo 47

Responsabilità degli emittenti di token di moneta elettronica per le informazioni fornite in un White Paper sulle cripto-attività

Qualora un emittente di token di moneta elettronica o il suo organo di amministrazione abbia violato l'articolo 46, fornendo nel suo White Paper sulle cripto-attività o in un White Paper sulle cripto-attività modificato informazioni incomplete, non corrette o poco chiare, o fornendo informazioni fuorvianti, il possessore di tali token di moneta elettronica può chiedere un risarcimento a tale emittente di token di moneta elettronica o al suo organo di amministrazione per i danni che gli sono stati arrecati a causa di detta violazione.

L'esclusione della responsabilità civile è privata di qualsiasi effetto giuridico.

2. Spetta al possessore di token di moneta elettronica presentare prove attestanti che l'emittente di token di moneta elettronica ha violato l'articolo 46 e che tale violazione ha avuto un impatto sulla sua decisione di acquistare, vendere o scambiare detti token di moneta elettronica.
3. Il possessore di token di moneta elettronica non può chiedere il risarcimento dei danni per le informazioni fornite in una sintesi di cui all'articolo 46, paragrafo 5, compresa la relativa traduzione, tranne nei casi in cui:
 - (a) la sintesi è fuorviante, imprecisa o incoerente se letta congiuntamente alle altre parti del White Paper sulle cripto-attività;
 - (b) la sintesi non fornisce, se letta congiuntamente alle altre parti del White Paper sulle cripto-attività, informazioni fondamentali per aiutare i consumatori e gli investitori a valutare l'opportunità di acquistare tali token di moneta elettronica.
4. Il presente articolo non esclude ulteriori azioni risarcitorie in conformità del diritto nazionale.

Articolo 48

Comunicazioni di marketing

1. Qualsiasi comunicazione di marketing relativa a un'offerta al pubblico di token di moneta elettronica o all'ammissione di tali token di moneta elettronica alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività è conforme a quanto segue:
 - (a) le comunicazioni di marketing sono chiaramente identificabili come tali;
 - (b) le informazioni contenute nelle comunicazioni di marketing sono corrette, chiare e non fuorvianti;
 - (c) le informazioni contenute nelle comunicazioni di marketing sono coerenti con le informazioni contenute nel White Paper sulle cripto-attività;
 - (d) le comunicazioni di marketing specificano chiaramente che è stato pubblicato un White Paper sulle cripto-attività e indicano l'indirizzo del sito web dell'emittente dei token di moneta elettronica.
2. Le comunicazioni di marketing contengono una dichiarazione chiara e inequivocabile attestante che tutti i possessori di token di moneta elettronica hanno diritto al rimborso in qualsiasi momento e al valore nominale da parte dell'emittente.

Articolo 49
Investimento di fondi ricevuti in cambio di token di moneta elettronica

I fondi ricevuti dagli emittenti di token di moneta elettronica in cambio di token di moneta elettronica e che sono investiti in attività sicure e a basso rischio conformemente all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2009/110/CE sono investiti in attività denominate nella valuta di riferimento del token di moneta elettronica.

Capo 2

Token di moneta elettronica significativi

Articolo 50

Classificazione dei token di moneta elettronica quali token di moneta elettronica significativi

1. L'ABE classifica i token di moneta elettronica quali token di moneta elettronica significativi sulla base dei criteri di cui all'articolo 39, paragrafo 1, come specificato conformemente all'articolo 39, paragrafo 6, e se sono soddisfatti almeno tre di tali criteri.
2. Le autorità competenti dello Stato membro d'origine dell'emittente forniscono all'ABE, almeno una volta all'anno, informazioni sui criteri di cui all'articolo 39, paragrafo 1, del presente regolamento e precisati all'articolo 39, paragrafo 6.
3. Laddove ritenga che i token di moneta elettronica soddisfano i criteri di cui all'articolo 39, paragrafo 1, come precisati all'articolo 39, paragrafo 6, l'ABE elabora un progetto di decisione in tal senso e lo notifica agli emittenti di tali token di moneta elettronica e all'autorità competente dello Stato membro d'origine dell'emittente. L'ABE dà agli emittenti di tali token di moneta elettronica e alle loro autorità competenti la possibilità di formulare osservazioni e commenti per iscritto prima dell'adozione della decisione definitiva. L'ABE tiene debitamente conto di tali osservazioni e commenti.
4. L'ABE decide in via definitiva se un token di moneta elettronica è un token di moneta elettronica significativo entro tre mesi dalla notifica di cui al paragrafo 3 e ne informa immediatamente gli emittenti di detti token e le loro autorità competenti.

Articolo 51

Classificazione volontaria dei token di moneta elettronica quali token di moneta elettronica significativi

1. Un emittente di token di moneta elettronica, autorizzato come ente creditizio o come "istituto di moneta elettronica" quale definito all'articolo 2, punto 1, della direttiva 2009/110/CE, o che chiede tale autorizzazione, può indicare che desidera classificare i propri token di moneta elettronica come token di moneta elettronica significativi. In tal caso l'autorità competente notifica immediatamente la richiesta dell'emittente o dell'emittente richiedente all'ABE. Affinché i token di moneta elettronica siano classificati come significativi, l'emittente o l'emittente richiedente dimostra, mediante un programma operativo dettagliato, che è probabile che soddisfi almeno tre criteri di cui all'articolo 39, paragrafo 1, come precisati all'articolo 39, paragrafo 6.
2. Laddove ritenga, sulla base del programma operativo, che i token di moneta elettronica soddisfano i criteri di cui all'articolo 39, paragrafo 1, come precisati all'articolo 39, paragrafo 6, l'ABE elabora un progetto di decisione in tal senso e lo notifica all'autorità competente dello Stato membro d'origine dell'emittente o dell'emittente richiedente. L'ABE dà all'autorità competente dello Stato membro d'origine dell'emittente o dell'emittente richiedente la possibilità di formulare osservazioni e commenti per iscritto prima dell'adozione della decisione definitiva. L'ABE tiene debitamente conto di tali osservazioni e commenti.
3. Laddove ritenga, sulla base del programma operativo, che i token di moneta elettronica non soddisfano i criteri di cui all'articolo 39, paragrafo 1, come precisati all'articolo 39, paragrafo 6, l'ABE elabora un progetto di decisione in tal senso e lo notifica all'emittente o all'emittente richiedente e all'autorità competente dello Stato membro d'origine dell'emittente o dell'emittente richiedente. L'ABE dà all'emittente o all'emittente richiedente e all'autorità competente dello Stato membro d'origine di detto emittente o emittente richiedente la possibilità di formulare osservazioni e commenti per iscritto prima dell'adozione della decisione definitiva. L'ABE tiene debitamente conto di tali osservazioni e commenti.
4. L'ABE decide in via definitiva se un token di moneta elettronica è un token di moneta elettronica significativo entro tre mesi dalla notifica di cui al paragrafo 1 e ne informa immediatamente gli emittenti o l'emittente richiedente di detti token e le loro autorità competenti. La decisione è immediatamente notificata all'emittente o all'emittente richiedente di token di moneta elettronica e all'autorità competente del rispettivo Stato membro d'origine.

Articolo 52

Obblighi aggiuntivi specifici per gli emittenti di token di moneta elettronica significativi

Gli emittenti di almeno una categoria di token di moneta elettronica applicano i requisiti seguenti pertinenti per gli emittenti di token collegati ad attività o di token collegati ad attività significativi:

- (a) gli articoli 33 e 34 del presente regolamento, anziché l'articolo 7 della direttiva 2009/110/CE;
- (b) l'articolo 41, paragrafi 1, 2 e 3, del presente regolamento;
- (c) l'articolo 41, paragrafo 4, del presente regolamento, anziché l'articolo 5 della direttiva 2009/110/CE;
- (d) l'articolo 42 del presente regolamento.

SOMMARIO: 1. Le criptovalute come mezzi di pagamento di tipo convenzionale. I dubbi sul regime giuridico applicabile. – 2. La proposta di Regolamento MiCA (*Markets in Crypto-Assets Regulation*) e la nuova tassonomia delle crypto-attività. I *payment tokens*. – 3. Gli *e-money tokens*. Lineamenti generali. – 4. Disciplina degli EMTs e normativa UE sui servizi di pagamento. Problemi di coordinamento. – 4.1. La terminologia tecnico-giuridica. Un lessico non sempre pertinente. – 4.2. Le regole in materia di trasparenza. Gli oneri a carico del soggetto «emittente». – 4.3. L'obbligo di pubblicazione del *White Paper*. Il rischio di un regime pubblicitario poco razionale. – 4.4. La sicurezza dei pagamenti. Quale responsabilità per i «fornitori di servizi per le crypto-attività»? – 5. Conclusioni.

1. Le criptovalute come mezzi di pagamento di tipo convenzionale. I dubbi sul regime giuridico applicabile

Negli ultimi anni, com'è noto, la vertiginosa ascesa delle valute virtuali – prima fra tutte il *bitcoin* – ha obbligato gli studiosi di diritto a confrontarsi con numerose problematiche, le più spinose delle quali riguardano senz'altro l'individuazione della loro natura giuridica. L'assoluta novità del fenomeno, unitamente alle sue molteplici configurazioni (tanto sul piano strutturale, quanto su quello funzionale), ha fortemente ostacolato ogni tentativo di inquadramento giuridico, rendendo manifesta la difficoltà di ricondurre questi nuovi ritrovati tecnologici entro i confini delle tradizionali categorie dell'ordinamento.

Troppo ampio, per essere compiutamente riferito in questa sede, è il dibattito che si è sviluppato, in Italia (come anche a livello internazionale), sui temi sopra indicati, al fine di stabilire se le valute virtuali potessero essere definite, se non propriamente come “valute”, quanto meno come “monete”, se fossero piuttosto da apparentare alle nozioni di strumento finanziario o di prodotto finanziario¹, o se fosse ammissibile una loro qualificazione in termini di “beni”

¹ In argomento, tra i tanti, G. GASPARRI, *Riflessioni sulla natura giuridica del bitcoin tra aspetti strutturali e profili funzionali*, in *Dial. dir. econ.*, dic. 2021; Id., *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. inf.*, 2015, n. 3, p. 145 ss.; G. GHIDINI-E. GIRINO, *Criptovalute, cryptoattività, regole e concorrenza: la ricerca imperfetta di un equilibrio perfetto*, in V. FALCE (a cura di), *Financial Innovation tra disintermediazione e mercato*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 65 ss.; P. CARRIÈRE, *Le “criptovalute” sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di “strumenti finanziari”, “valori mobiliari” e “prodotti finanziari”; tra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, n. 1 p. 117; G.M. NORI, *Bitcoin, tra moneta e investimento*, in *BIS*, 2021, n. 1, p. 174. Merita segnalare, peraltro, che altrettanto dibattuta in letteratura è la qualificazione giuridica delle cryptoattività diverse dalle valute virtuali, come, ad es., le varie tipologie di *token* (*investment tokens*, *utility tokens*, *hybrid tokens*) emessi attraverso le c.d. *Initial Coin Offerings* (L. FERRAIS, *Le Initial Coin Offerings*, in M.-T. PARACAMPO (a cura di), *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, II, Torino, 2019, p. 269; G. GITTI, *Emissione e circolazione di cryptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa,*

(immateriali)². L'eco di tali dispute – amplificate da una giurisprudenza altalenante, le cui pronunce tradiscono palesemente la difficoltà di addivenire a soluzioni univoche³ – non è stata stemperata, del resto, neanche dall'intervento del legislatore, che, anticipando sul punto la dir. UE 2018/843 in materia di antiriciclaggio (c.d. AMLD V), ha definito la valuta virtuale come «la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente» (art. 1, comma 2, lett. *qq*, d.lgs. n. 231/07, per come modificato dal d.lgs. n. 90/2017 di attuazione della dir. UE 2015/849, c.d. AMLD IV). Una definizione ad ampio raggio, che, a prescindere dall'evidente scostamento dal contenuto letterale della citata direttiva⁴ e dalla specifica *sedes* nella quale si trova collocata, risulta significativamente imperniata (anche) sui diversi profili funzionali cui la valuta virtuale può in concreto assolvere (*i.e.*, pagamento o investimento), a ulteriore testimonianza di quanto possa rivelarsi arduo, alla luce dell'eterogeneità dell'esperienza pratica, una *reductio ad unitatem* del fenomeno.

In questo contesto, sia pure sommariamente rappresentato, ampio spazio ha occupato, nelle discussioni accademiche, il summenzionato profilo della riconducibilità delle valute virtuali alla nozione di moneta. Tema, questo, che risente a sua volta di tutte le incertezze che connotano il fenomeno monetario (*lato sensu* inteso), sul quale da sempre si confronta, non a caso, la più illustre dottrina giuridica ed economica⁵. Volendo riassumere i termini della questione, sia pure senza alcuna pretesa di esaustività, ci si può qui limitare a rammentare che gli studiosi: *i)* escludono, per ovvie ragioni, che le valute virtuali

2020, n. 1, p. 13 ss.; F. RAFFAELE, *The Recent View of the Italian Market Authority (Consob) on Initial Coin Offerings (ICOs) and Crypto Assets*, in *Dir. comm. int.*, 2020, n. 3, p. 799).

² Per l'inquadramento delle criptovalute come “merce” (beni digitali), M. CIAN, *La criptovaluta. Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa*, 2019, n. 3, p. 339 ss. Suggerisce la creazione della nuova categoria giuridica degli *immaterial objects* (inclusiva dei *digital tokens*), quali possibili oggetti di *property rights*, J.G. ALLEN, *What's offered in an ICO? Digital coins as things*, reperibile su <https://ssrn.com/abstract=3140499>. Ritiene invece che *crypto-currencies* e altre forme di *crypto-assets* debbano essere considerate come *accounting entries*, alla stregua dei conti bancari, A. MILNE, *Argument by False Analogy: the Mistaken Classification of Bitcoin as Token Money*, 25 novembre 2018, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3290325>.

³ Cfr. A. LIVI, *Le criptovalute nella giurisprudenza*, in E. CORAPI-R. LENER (a cura di), *I diversi settori del Fintech. Problemi e prospettive*, Cedam, Padova, 2019, p. 111 ss.; M. PASSARETTA, *Servizi di custodia e gestione di criptovalute: il fallimento del prestatore di servizi di deposito*, commento a Trib. Firenze, sez. II, 21 gennaio 2019, n. 187, in *GiustiziaCivile.com*, 10 giugno 2020; M.C. MARTINO, *Nuova definizione di valute virtuali: l'orientamento del TAR*, commento a TAR Lazio, sez. II, 27 gennaio 2020, n. 1077, in *GiustiziaCivile.com*, 10 novembre 2020.

⁴ La direttiva UE 2018/843, invero, contiene la precisazione che la valuta virtuale «non possiede lo status giuridico di valuta o moneta» (art. 1). Si rammenta, peraltro, che un'ulteriore (e non dissimile) definizione di valuta virtuale (in termini di «rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente»), valida ai soli effetti della legge penale, è stata introdotta dal recente d.lgs. n. 184/21, in attuazione della dir. UE 2019/713 in materia di contrasto alle frodi e alle falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti.

⁵ T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario cc. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1959; B. INZITARI, voce *Moneta*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XI, 1994; *Id.*, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario cc. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2011.

possano considerarsi monete (*rectius*, valute) ai sensi della teoria statalista⁶, giacché non viene in gioco, nella specie, alcuna attività di emissione riferibile all'apparato pubblicistico; *ii*) allo stesso modo, tendono a negare che le valute virtuali assolvano pienamente ciascuna delle funzioni tipiche della moneta secondo la teoria economica (*i.e.*, fungere contestualmente da mezzo di scambio, da unità di conto e da riserva di valore)⁷; *iii*) ammettono invece che le valute virtuali possano essere qualificate come monete dal punto di vista sociale, trattandosi di mezzi di pagamento privi di corso legale, ma accettati, su base volontaria, da una collettività più o meno ampia di soggetti, liberi di determinare le modalità di regolazione delle proprie transazioni⁸.

L'idea che la valuta virtuale, seppur sprovvista di corso legale, possa essere qualificata quanto meno come mezzo di pagamento convenzionale, ha poi sollevato ulteriori interrogativi in merito alla possibile applicazione, alle obbligazioni espresse in criptomoneta, della disciplina generale sulle obbligazioni pecuniarie (art. 1277 e ss. cod. civ.), come anche, per altro verso, della normativa sulla moneta elettronica (dir. 2009/110/CE, EMD) e sulla prestazione dei servizi di pagamento (dir. UE 2015/2366, PSD2). Se, sotto il primo aspetto, le posizioni dottrinarie appaiono a tutt'oggi divergenti (registrandosi, accanto all'opinione di segno nettamente negativo, quella di chi propende per l'inquadramento delle obbligazioni in valute virtuali tra le obbligazioni pecuniarie espresse in monete non aventi corso legale, di cui all'art. 1278 c.c.⁹), assai meno controversa risulta invece la distinzione tra valute virtuali e moneta elettronica (definita come «il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso dietro ricevimento di fondi per effettuare operazioni di pagamento ai sensi dell'art. 4, punto 5), della direttiva 2007/64/CE e che sia accettato da persone fisiche o giuridiche diverse dall'emittente»: art. 1, comma 2, lett. *h-ter*, TUB). E difatti, sebbene, come si vedrà più avanti, alcune delle valute virtuali in circolazione siano per molti versi assimilabili alla moneta elettronica (in quanto ancorate, secondo un rapporto di uno ad uno, a valute correnti: v. *infra*, par. 3), di norma le prime, pur condividendo con la seconda l'attitudine a rappresentare elettronicamente un valore utilizzabile per effettuare operazioni di pagamento, se ne distanziano, oltre che per le modalità di emissione (si pensi solo al *mining*, attività computazionale che conduce, com'è noto, alla «estrazione» di nuove unità di *bitcoin*), in quanto non costituiscono una rappresentazione digitale di una moneta avente corso legale (bensì, piuttosto, unità di conto prive di valore intrinseco), né sono caratterizzate dall'obbligo di rimborso alla pari da parte dell'emittente (pur

⁶ Com'è appena il caso di precisare, secondo la teoria statalista (autorevolmente sostenuta da F.A. MANN, *The Legal Aspect of Money*, Oxford University Press, Oxford, 1938, sulla scorta degli insegnamenti di G. KNAPP, *The State Theory of the Money*, Macmillan, London, 1924), la moneta è solo quella creata dallo Stato, che le attribuisce il potere di liberare il debitore dalle obbligazioni pecuniarie. In quest'ottica, dunque, la moneta coinciderebbe con quella avente corso legale (valuta), irrefutabile da parte del creditore.

⁷ Sul punto v. però le riflessioni di M. CIAN, *La criptovaluta*, cit., p. 319 ss.

⁸ Sulla teoria sociale del denaro v. A. NUSSBAUM, *Money in the law*, The Foundation Press, Chicago, 1939. Si rammenta altresì che il *bitcoin* è stato equiparato ad un mezzo di pagamento convenzionale dalla Corte di Giustizia (CGUE, sentenza 22 ottobre 2015, C. 264/14).

⁹ La tesi è ampiamente sviluppata da C. PERNICE, *Digital currency e obbligazioni pecuniarie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 261 ss.; *contra*, M. SEMERARO, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, n. 2, p. 248 ss.

non essendo esclusa, in taluni casi, la possibilità di scambio con moneta avente corso legale¹⁰⁾ ¹¹.

Del pari, la dottrina tende ad escludere che le operazioni di pagamento in valuta virtuale ricadano nell'ambito di applicazione della PSD2. A fondamento di tale opinione sono stati addotti argomenti quali l'applicabilità del regime PSD: *i)* alle operazioni di pagamento eseguite in «valuta» (termine che, come dianzi rappresentato, evoca esclusivamente la moneta avente corso legale)¹² e *ii)* alle operazioni di pagamento effettuate attraverso l'intervento professionale di soggetti specializzati, quali i prestatori di servizi di pagamento (con esclusione, ad es., di quelle eseguite in contanti, in assenza di qualsivoglia forma di intermediazione); intervento non richiesto, invero, ai fini dei pagamenti in valuta virtuale, effettuabili in via diretta tra pagatore e beneficiario, senza bisogno dell'interposizione di terzi¹³. Né, del resto, sono assoggettati al *framework* sui servizi di pagamento coloro che, a vario titolo, prestano servizi funzionali all'operatività degli schemi di valute virtuali, come, in particolare, i gestori degli *exchanges* (i.e., i sistemi di conversione di *cryptocurrencies* in altre valute) o i fornitori di *digital wallets*: questi ultimi, invero, nell'ordinamento italiano sono ad oggi equiparati – specie ai fini della normativa antiriciclaggio – ai cambiavalute (art. 17-*bis* d.lgs. n. 141/2010), le cui attività esorbitano dal raggio di operatività della PSD2, a meno che i fondi dei clienti siano detenuti su conti di pagamento (art. 3, comma 1, lett. *f*, dir. 2015/2366)¹⁴. Le operazioni di pagamento in criptovalute, dunque, non sono assoggettate alle vigenti disposizioni sui

¹⁰ Il riferimento è ai differenti schemi di valute virtuali individuati dalla Banca Centrale Europea, con riguardo alla convertibilità o meno delle stesse in altre monete (BCE, *Virtual currency schemes – a further analysis*, febbraio 2015).

¹¹ M. PASSARETTA, *Il primo intervento del legislatore italiano in materia di “valute virtuali”*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, n. 5, p. 1179 ss.; C. PERNICE, *Criptovalute, tra legislazione vigente e diritto vivente*, in *Ianus*, 2020, n. 21, pp. 46-47; da ultimo, G. GASPARRI, *Riflessioni sulla natura giuridica del bitcoin*, cit., p. 22 ss.

¹² R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. inf. e informatica*, 2017, n. 1, p. 35. Per vero, l'ambito di applicazione della normativa (europea e italiana) sui servizi di pagamento non è più limitato, come in origine, alle sole operazioni in «valuta» (v. art. 2 PSD2 e art. 2 d.lgs. n. 11/2010, mod. con d.lgs. n. 218/2017, ora riferiti, rispettivamente, «ai servizi di pagamento prestati nell'Unione» e ai «servizi di pagamento prestati nel territorio della Repubblica»), ma continua ad essere tratteggiato, nondimeno, attraverso una serie di richiami alla predetta nozione. Senza considerare, inoltre, che le operazioni di pagamento, per come definite dalla PSD2, devono avere ad oggetto dei «fondi» (i.e., banconote, moneta scritturale o moneta elettronica), categoria nella quale non sono in alcun caso annoverate le valute virtuali (v. *infra*, par. 4.1).

¹³ N. MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *BIS*, 2016, n. 1, p. 122 (ivi nt. 35) e p. 129, afferma l'inapplicabilità della PSD alle transazioni in *bitcoin*, in ragione del mancato coinvolgimento dei prestatori di servizi di pagamento; allo stesso modo, P. IEMMA-N. CUPPINI, *La qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenze*, marzo 2018, p. 8 (in www.dirittobancario.it), precisano che «una delle principali peculiarità del Bitcoin è il fatto che le transazioni vengono convalidate dalla tecnologia associata al funzionamento del network, senza il coinvolgimento di intermediari. In tal senso, non sarebbe possibile identificare un soggetto responsabile per l'esecuzione degli ordini di pagamento trasmessi dai partecipanti alla rete cui attribuire il ruolo di “prestatore di servizi di pagamento”». È pur vero, tuttavia, che, nella pratica, la circolazione delle cripto-attività avviene, assai di frequente, attraverso fornitori di specifici servizi, ai quali si farà subito cenno nel testo, il cui intervento torna a configurare, in un sistema nato per consentire transazioni dirette tra le parti, una nuova forma di intermediazione tra domanda e offerta di tali beni (v. *infra*, par. 4.4).

¹⁴ In Francia, invece, l'*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* ha ritenuto che l'attività di *exchange* di moneta legale in cambio di valute virtuali sia classificabile come prestazione di un servizio di pagamento, con soluzione confermata anche in sede giurisprudenziale (così riferisce C. PERNICE, *Digital currency*, cit., pp. 221-222).

servizi di pagamento, a meno che non si voglia assumere – come pure ipotizzato in dottrina – un'applicazione analogica di tali regole¹⁵.

2. La proposta di Regolamento MiCA (*Markets in Crypto-Assets Regulation*) e la nuova tassonomia delle crypto-attività. I *payment tokens*

Nel contesto sopra tratteggiato si inserisce la proposta di Regolamento sui mercati delle crypto-attività (d'ora in poi, Reg. MiCA), parte integrante delle ampie iniziative in materia di finanza digitale adottate dall'UE, allo scopo di agevolare l'innovazione e l'applicazione delle nuove tecnologie nel settore finanziario, a vantaggio delle imprese e dei consumatori europei¹⁶.

Il provvedimento è focalizzato, com'è noto, sulle crypto-attività non rientranti nella vigente legislazione UE in materia di servizi finanziari, che vengono disciplinate con l'obiettivo di creare condizioni normative certe, funzionali allo sviluppo di un mercato interno di tali *assets*; di sostenere l'innovazione, mantenendo condizioni di leale concorrenza; di garantire adeguati livelli di tutela dei consumatori, degli investitori e del mercato; di assicurare, infine, la stabilità finanziaria (esposta a significativi livelli di rischio, derivanti dalla potenziale diffusione sistemica di alcune crypto-attività, quali, segnatamente, i c.d. *global stablecoins*). In quest'ottica, il Regolamento si propone di dettare requisiti armonizzati per gli emittenti che intendano offrire i propri *crypto-assets* nel territorio dell'Unione e per i fornitori di servizi per le crypto-attività che ambiscano ad ottenere l'autorizzazione ad operare all'interno del mercato unico.

Ora, tra le principali novità del Reg. MiCA, prontamente rilevate dalla dottrina specialistica, risiede l'individuazione, all'interno del vasto *genus* delle crypto-attività¹⁷, di tre *species*, rappresentate dagli *utility tokens*, dagli *asset-referenced tokens* (ARTs) e dagli *e-money tokens* (EMTs). Mentre i primi, com'è noto, sono destinati a fornire l'accesso digitale a beni o servizi disponibili mediante DLT e sono accettati esclusivamente dall'emittente, i secondi e i terzi possono assolvere le funzioni di mezzo di pagamento per l'acquisto di beni e servizi, in virtù di una stabilità di valore garantita dall'ancoraggio ad un

¹⁵ M. PASSARETTA, *Il primo intervento*, cit., p. 1188. Altri, invece, auspicano più correttamente la sottoposizione per via normativa alla disciplina sui servizi di pagamento di quanti prestano servizi volti ad agevolare i trasferimenti in valute virtuali (C. PERNICE, *Digital currency*, cit., p. 276).

¹⁶ Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle crypto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, Bruxelles, 24/09/2020 (COM (2020) 593 final). La proposta fa parte di un pacchetto di misure che include anche una proposta relativa a un regime pilota sulle infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito (DLT), una proposta per la resilienza operativa digitale (DORA) e una proposta volta a chiarire o modificare determinate norme dell'UE in materia di servizi finanziari. Si precisa che, nelle more di stampa di questo lavoro, con Regolamento (UE) 2022/858, pubblicato nella G.U. dell'UE il 2 giugno u.s., è stata adottata la prima di tali misure (DLT *pilot regime*); sui regolamenti MiCA e DORA, invece, sarebbe stato ormai raggiunto l'accordo politico.

¹⁷ Come recita il considerando n. 8, le cryptoattività e la tecnologia di registro distribuito dovrebbero essere definite nel modo più ampio possibile, in modo da ricomprendervi tutti i tipi di cryptoattività che attualmente non rientrano nell'ambito di applicazione della vigente legislazione UE in materia di servizi finanziari e da corrispondere alla definizione di attività virtuali contenuta nelle raccomandazioni del GAFI.

paniere di valute e/o di attività, nel caso degli ARTs, ad un'unica moneta fiduciaria, nel caso degli EMTs. Viene così a delinearsi la macro-categoria dei *payment tokens*, al cui interno spiccano, per la loro prevalente funzione di pagamento, gli EMTs¹⁸, così denominati in quanto assimilabili, sotto il profilo funzionale, alla moneta elettronica disciplinata dalla dir. 2009/110/CE: trattasi anche in questo caso, difatti, di un surrogato elettronico della moneta fiduciaria, utilizzabile per effettuare operazioni di pagamento all'interno di circuiti più o meno ampi (v. *infra*, par. 3)¹⁹. Vale la pena sottolineare, peraltro, che prodotti come il *bitcoin*, dei quali è stata ampiamente discussa proprio la possibile qualificazione come mezzo di pagamento, non paiono riconducibili ad alcuna delle nuove categorie testé indicate, seppur rientranti nell'ampia definizione di cripto-attività offerta dall'art. 3, comma 1, n. 2 («rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere memorizzati o trasferiti elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga»). Ciò implica che, a dispetto dell'innegabile rilevanza del fenomeno, le norme espressamente riferite ad ARTs e EMTs non risultano applicabili a tale peculiare fattispecie, rispetto alla quale può ipotizzarsi un residuo spazio di operatività per le sole disposizioni del Regolamento aventi ad oggetto, in generale, ogni tipo di *crypto-asset* (si pensi, ad es., alle previsioni in materia di fornitori di servizi per le cripto-attività, là dove tali servizi riguardino anche il *bitcoin*)²⁰²¹.

Tornando ai *token* di moneta elettronica – oggetto specifico di questo scritto –, può dunque affermarsi che gli stessi assumono una duplice veste, essendo qualificabili, al contempo, sia come prodotti di *e-money* (attratti quindi, come tali, nel relativo regime disciplinare) che come cripto-attività (soggette pertanto alle disposizioni MiCA, per assicurare la tutela dei consumatori e l'integrità del mercato)²². Proprio tale ambivalenza, tuttavia, si pone all'origine di alcune difficoltà nell'individuazione del regime normativo agli stessi applicabile, occorrendo coniugare le vigenti disposizioni eurounitarie in materia di moneta elettronica e di servizi di pagamento (EMD e PSD2) con le regole di

¹⁸ Cfr. le definizioni di *token* collegato ad attività e *token* di moneta elettronica, contenute nell'art. 3, par. 1, n. 3 e n. 4, Reg. MiCA. Si legge inoltre nel considerando n. 9 che la stabilizzazione del valore degli ARTs è finalizzata a fare in modo che i possessori li utilizzino come mezzo di pagamento per l'acquisto di beni e servizi e come riserva di valore, laddove gli EMTs dovrebbero essere utilizzati principalmente come mezzo di pagamento. Non senza contraddizioni, tuttavia, nel considerando n. 41 viene precisato che, per garantire che gli ARTs siano utilizzati principalmente come mezzo di scambio e non come riserva di valore, gli emittenti e gli eventuali fornitori di servizi per le cripto-attività non dovrebbero concedere interessi agli utenti di tali *token* (v. anche art. 36).

¹⁹ Come rileva F. MATTASSOGLIO, *Le proposte europee in tema di crypto-assets e DLT. Prime prove di regolazione del mondo crypto o tentativo di tokenizzazione del mercato finanziario (ignorando bitcoin)?*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, n. 2, p. 440, invero, «la proposta europea sembra voler regolare il processo di tokenizzazione di una valuta fiat tramite la tecnologia DLT, aprendo la strada a una *stablecoin* agganciata anche all'euro che segua l'esempio delle già esistenti Tether, TrueUSD e Paxos Standard, che scambiano 1:1 sul dollaro». Sulle *token-based payment solutions* v. anche A. BECHTEL-A. FERREIRA-J. GROSS.-P. SANDNER, *The Future of Payments in a DLT-based European Economy: A Roadmap*, 18 dicembre 2020, reperibile su <https://ssrn.com/abstract=3751204>.

²⁰ Si immagini, ad es., la gestione di una piattaforma di *exchange* che operi anche su *bitcoin*, consentendo la custodia e lo scambio di tale criptovaluta.

²¹ Fatte naturalmente salve le eccezioni previste da specifiche norme, come ad es. l'art. 4, par. 2, lett. b).

²² Considerando n. 10.

futura adozione contenute nella proposta di Regolamento sui mercati di *crypto-assets*. Ed invero, la coesistenza di corpi normativi distinti, non sempre facilmente coordinabili tra di loro, frapponendo numerosi ostacoli di ordine esegetico all'opera dell'interprete che voglia tentare una ricostruzione coerente del complessivo quadro normativo di riferimento.

Scopo di queste note, pertanto, è provare a sciogliere i nodi interpretativi generati dalla normativa in corso di adozione, con particolare riferimento alle problematiche derivanti dall'applicazione ai *payment tokens* – e, segnatamente, agli EMTs – delle tradizionali regole in materia di prestazione di servizi di pagamento.

3. Gli *e-money tokens*. Lineamenti generali

La disciplina degli EMTs è dettata dal Titolo IV del Reg. MiCA, agli artt. 43 ss., ove gli stessi vengono espressamente qualificati come «moneta elettronica», ai sensi dell'art. 2, par. 2, dir. 2009/110/CE.

Coerentemente con tale definizione, tali norme stabiliscono, in sintesi, che gli EMTs: *i)* devono essere emessi da soggetti autorizzati come enti creditizi o istituti di moneta elettronica, non potendo altrimenti essere offerti al pubblico nell'Unione o essere ammessi alla negoziazione su piattaforme di criptoattività²³; *ii)* sono emessi, al valore nominale, previa ricezione di fondi ai sensi dell'art. 4, punto 25, PSD2; *iii)* rappresentano un credito nei confronti dell'emittente (essendo vietata l'emissione di *tokens* che non offrano un credito a tutti i possessori); *iv)* attribuiscono al possessore un diritto al rimborso nei confronti dell'emittente, in qualsiasi momento e al valore nominale; *v)* non generano interessi, né benefici di altra natura legati al periodo di detenzione da parte del possessore²⁴.

Evidenti appaiono, pertanto, le affinità con la moneta elettronica, rispetto alla quale viene imposto, in sostanza, una sorta di allineamento normativo. D'altro canto, l'obiettivo dichiarato del Reg. MiCA è quello di stabilire per tutti i tipi di criptoattività aventi un'unica moneta legale come valuta di riferimento condizioni uniformi a quelle previste per la moneta elettronica (cui i primi risultano, di fatto, equiparabili), con l'obiettivo di evitare possibili elusioni della disciplina di riferimento (EMD) e indesiderati fenomeni di arbitraggio normativo²⁵.

²³ Fanno eccezione i casi previsti dall'art. 43, par. 2, relativi a EMTs commercializzati, distribuiti e detenuti (e detenibili solo) da investitori qualificati, se il loro importo medio è inferiore a determinate soglie.

²⁴ Previsione che si spiega in ragione della loro utilizzabilità principalmente come mezzo di pagamento e non come riserva di valore (v. *supra*, nt. 18).

²⁵ Più precisamente, la proposta MiCA muove dal presupposto che, malgrado le forti analogie tra la moneta elettronica e le criptoattività con un'unica moneta fiduciaria come valuta di riferimento, già diffuse sul mercato, le significative differenze tra tali prodotti (ad es., in termini di diritto al rimborso alla pari in moneta avente corso legale) possano dare luogo ad elusioni della direttiva 2009/110/CE e ad arbitraggio normativo. Per evitare tali rischi, si prescrive, per un verso, che la definizione di «token di moneta elettronica» debba essere sufficientemente ampia da includervi tutti i tipi di *crypto-assets* aventi una sola moneta fiduciaria come valuta di riferimento; per l'altro, che l'emissione di EMTs debba essere riservata a enti creditizi o IMEL e che le condizioni di emissione e di rimborso siano omogenee a quelle previste per l'*e-money* (considerando n. 10).

In tale contesto, il cuore delle nuove disposizioni è rappresentato dall'introduzione dell'obbligo di pubblicare un *White Paper*, gravante sul soggetto (emittente) che intenda offrire EMTs al pubblico nell'UE o chiederne l'ammissione alla negoziazione su apposita piattaforma. La valenza del *White Paper* è spiccatamente informativa, posto che tale documento è finalizzato – in breve – a rendere edotti i destinatari delle caratteristiche dell'emittente e del relativo progetto, nonché dei diritti, degli obblighi e dei rischi relativi al prodotto offerto. Secondo uno schema già collaudato in altri settori (il riferimento corre, ovviamente, alla disciplina del prospetto informativo, nell'ambito dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari²⁶), pertanto, la pubblicazione del *White Paper* è fonte di responsabilità risarcitoria in capo all'emittente, là dove lo stesso contenga informazioni non corrette, incomplete, poco chiare o fuorvianti, che abbiano indotto taluno ad acquistare, vendere o scambiare gli EMTs, arrecandogli un pregiudizio di natura patrimoniale.

Ebbene, dopo avere sinteticamente tracciato il quadro generale di riferimento, pare opportuno evidenziare che la definizione degli EMTs in termini di moneta elettronica implica, oltre alla già rilevata applicabilità delle disposizioni contenute nella dir. 2009/110/CE (sia pure con le deroghe e le eccezioni stabilite nel Reg. MiCA), l'assoggettamento delle operazioni compiute con tali strumenti di pagamento anche alle norme della dir. UE 2015/2366²⁷. Proprio l'estensione di tali ultime disposizioni agli EMTs, tuttavia, genera quelle frizioni con il regime MiCA cui prima si accennava e sulle quali intendiamo ora soffermarci in modo più dettagliato.

4. Disciplina degli EMTs e normativa UE sui servizi di pagamento. Problemi di coordinamento

4.1. La terminologia tecnico-giuridica. Un lessico non sempre pertinente

In primo luogo, si consideri che già l'applicazione delle disposizioni della PSD alla "classica" moneta elettronica ha suscitato negli interpreti legittime perplessità, legate alle distonie fra la terminologia relativa alla prestazione dei servizi di pagamento e le caratteristiche – strutturali e funzionali – dell'*e-money*.

La PSD2, invero, disciplina – in termini generali – le *operazioni di pagamento*, intese come gli atti, disposti dal pagatore o dal beneficiario, consistenti nel collocare, trasferire o ritirare fondi, là dove il *pagatore* è la persona fisica o giuridica che autorizza l'*ordine di pagamento* a partire dal proprio *conto di pagamento* o che, in mancanza di detto conto, impartisce l'ordine di pagamento (a sua volta inteso come l'istruzione al *prestatore di servizi di pagamento* di

²⁶ S. ALVARO-R. LENER-P. LUCANTONI, *The Prospectus Regulation. The long and winding road*, in Quad. *giuridici Consob*, 2020, 22, p. 48 ss. in part.

²⁷ Pur non regolamentando l'emissione di moneta elettronica, infatti, la PSD2 stabilisce «norme relative all'esecuzione delle operazioni di pagamento qualora i fondi siano moneta elettronica quale definita dalla direttiva 2009/110/CE» (v. considerando n. 25). Rilevante, al riguardo, anche il parere sulla proposta di Regolamento MiCA emesso dalla BCE il 19 febbraio 2021, ove si precisa, al punto 2.2.1, nt. 25, che, ai sensi della PSD2, i «fondi» comprendono anche i *token* di pagamento digitali classificabili come moneta elettronica (ma non quelli di diversa natura).

eseguire l'operazione di pagamento). Specifico rilievo assume, inoltre, la nozione di *strumento di pagamento*, definito come il dispositivo personalizzato e/o l'insieme di procedure concordate tra l'utente e il prestatore di servizi di pagamento e utilizzate per disporre un ordine di pagamento.

Ora, considerate le peculiarità della moneta elettronica, è stato avanzato il dubbio che, dal punto di vista prettamente tecnico, il titolare di un dispositivo incorporante *e-money* non possa definirsi, a rigore, come *pagatore* (ossia come soggetto abilitato a impartire un *ordine di pagamento* in senso stretto, rivolto ad un *prestatore di servizi di pagamento*) e che tale dispositivo non possa considerarsi, a sua volta, come un vero e proprio *strumento di pagamento* (funzionale, cioè, a disporre ordini di pagamento). Allo stesso modo, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di ravvisare, in relazione ai trasferimenti di moneta elettronica, la movimentazione di un *conto di pagamento* (i.e., un conto detenuto dall'utente di servizi di pagamento – pagatore o beneficiario – e utilizzato per l'esecuzione di operazioni di pagamento), non potendosi ricondurre a tale nozione, nella specie, i tradizionali conti correnti intestati alle parti di una specifica transazione (nel senso che detti conti, pur potendo fungere da conti di pagamento in relazione all'uso di altri strumenti di pagamento, più difficilmente potrebbero dirsi funzionali all'esecuzione di pagamenti in moneta elettronica)²⁸.

Le medesime perplessità sussistono, pertanto, anche con riferimento alla nuova categoria degli EMTs, posto che neanche l'utilizzo di tali strumenti – “gettoni” digitali, spendibili direttamente dal possessore – sembra potersi ricondurre *de plano* ad un vero e proprio ordine di trasferire fondi, impartito a un prestatore di servizi di pagamento.

Certamente, il problema può ridimensionarsi, in punto di fatto, ove si consideri come la stessa PSD2, pur non regolamentando l'emissione di moneta elettronica, stabilisca, come già accennato, norme relative all'esecuzione di operazioni di pagamento, quando i «fondi» movimentati siano moneta elettronica²⁹. Il trasferimento di EMTs, ad opera del titolare, può dunque equipararsi, per espressa indicazione normativa, ad un'operazione di pagamento disposta dal pagatore a valere su propri fondi. Ciò non toglie, tuttavia, che l'estensione alle criptoattività con funzione di pagamento di norme elaborate assumendo come punto di riferimento un diverso contesto operativo possa ingenerare – come avremo modo di verificare ulteriormente – difficoltà interpretative e applicative, scaturenti da un lessico tecnico-giuridico il cui uso, nel nuovo quadro normativo, può apparire per certi versi “forzato”.

4.2. Le regole in materia di trasparenza. Gli oneri a carico del soggetto «emittente»

Entrando ora nel vivo dell'argomento (i.e., la convivenza tra il regime MiCA e il regime EMD/PSD2), si prendano in considerazione le puntuali disposizioni

²⁸ Su tali aspetti v. diffusamente G. GUERRIERI, *I rischi connessi alla circolazione della moneta elettronica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 5, p. 1046 ss., nt. 3 e 29 in part., il quale ritiene, tuttavia, che possano rientrare nella nozione di conto di pagamento i «conti tecnici» utilizzati dagli intermediari per l'annotazione dei movimenti, a credito e a debito, relativi agli strumenti prepagati (ossia i conti tenuti dagli emittenti tali strumenti, al fine di annotare il saldo di moneta elettronica disponibile da parte di ciascun titolare), in quanto funzionali all'esecuzione di operazioni di pagamento disposte dal titolare del dispositivo incorporante la moneta elettronica.

²⁹ V. *supra*, nt. 27.

contenute nel Titolo III della PSD2, in materia di trasparenza nella prestazione dei servizi di pagamento, applicabili anche alle operazioni di pagamento in moneta elettronica.

Ora, a prescindere dai non irrilevanti problemi di coordinamento con altri plessi normativi (come, ad es., la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e la dir. 2002/65/CE sulla vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori³⁰), che complicano ulteriormente il quadro complessivo di riferimento, non può non rilevarsi come la PSD2 preveda un dettagliato regime di trasparenza contrattuale (distinto, peraltro, a seconda che tra utente e prestatore di servizi di pagamento sia stato o meno stipulato un c.d. contratto quadro), in virtù del quale il *payment service provider* è tenuto a fornire, a monte dell'erogazione del servizio, informazioni generali preliminari (i.e., da trasmettere all'utente prima che lo stesso sia vincolato da un contratto o da un'offerta di servizi di pagamento); a valle, informazioni successive all'esecuzione delle singole operazioni. In quest'ottica, dunque, all'utente di servizi di pagamento devono essere date – in forma chiara e facilmente comprensibile – specifiche indicazioni circa il prestatore di servizi di pagamento, l'utilizzo del servizio, i relativi costi, le modalità di recesso, le forme di tutela, ecc., integrate da ulteriori informazioni concernenti le singole operazioni di pagamento poste in essere.

Con riguardo agli EMTs è lecito domandarsi, dunque, su quale soggetto gravino gli obblighi informativi posti dalla PSD2 a carico dei prestatori di servizi di pagamento³¹. Posto, infatti, che il Reg. MiCA non introduce alcuna apparente deroga alle disposizioni sopra menzionate, sembra di poter ipotizzare che tali obblighi incombano agli emittenti la moneta elettronica *tokenizzata* (banche e IMEL), in quanto classificabili quali prestatori del relativo servizio di pagamento³². Si innestano tuttavia, su tale considerazione, i primi dubbi legati all'ambiguità del lessico adottato dalla normativa in esame.

È opportuno precisare, infatti, che i soggetti da ultimo menzionati non paiono *necessariamente* identificarsi con gli *emittenti* contemplati dalla proposta di Regolamento, i quali, a ben vedere, non sono definiti come coloro che *emettono* (ossia generano), appunto, il *token* di moneta elettronica in cambio di fondi, bensì come le persone giuridiche che *offrono* al pubblico le cripto-attività, in cambio di moneta fiduciaria o di altre cripto-attività, o che ne richie-

³⁰ Meriterebbe verificare, invero, se il regime MiCA sia effettivamente compatibile con il catalogo di obblighi, rimedi e tutele previsti dalle norme europee a protezione del consumatore. Problematica potrebbe rivelarsi, ad es., l'applicazione del comune rimedio del recesso da parte del consumatore che abbia acquistato *crypto-assets* (rimedio contemplato, con alcune limitazioni, dall'art. 12 MiCA, ma previsto, più in generale, nel caso di vendite concluse a distanza o fuori dai locali commerciali), in quanto difficilmente conciliabile, sul piano pratico, con la tendenziale irreversibilità delle transazioni eseguite mediante DLT (in arg., v. M. MAUGERI, voce *Smart Contracts*, in *Enc. dir., Contratto* (dir. da G. D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021, pp. 1145-1146).

³¹ Sul piano generale, il prestatore di servizi di pagamento può essere sia l'ente che emette lo strumento di pagamento, sia quello presso il quale è acceso il conto sul quale vengono registrate le singole operazioni di pagamento (si pensi al caso di una carta di credito emessa da un intermediario diverso dalla banca che la distribuisce e che gestisce i relativi conti di appoggio), con ciò ponendosi il problema dell'identificazione del soggetto sul quale concretamente gravano gli obblighi e le responsabilità stabiliti dalla PSD2.

³² Si rammenta che l'emissione di strumenti di pagamento consiste nel servizio, fornito da un PSP, con il quale viene fornito ad un pagatore uno strumento di pagamento, per disporre e trattare le operazioni di pagamento del pagatore medesimo (art. 4 PSD2, punto 45; art. 1, lett. c-*quater*, d.lgs. n. 11/2010). L'emissione di moneta elettronica viene considerata come servizio di pagamento ai fini dell'applicazione sia del Titolo II del d.lgs. n. 11/2010 («*Diritti ed obblighi delle parti*»), sia delle disposizioni di trasparenza (art. 126-bis, comma 2, TUB).

dono l'ammissione ad una piattaforma di negoziazione (art. 3, par. 1, n. 6)³³. Sembrerebbe profilarsi, dunque, l'eventualità di una scissione tra l'emittente in senso stretto di EMTs (ente creditizio o IMEL)³⁴ e il soggetto che viene equivocamente definito tale in ragione dello svolgimento dell'attività di offerta al pubblico (o della richiesta di ammissione ad una piattaforma di scambio) di tali strumenti³⁵, con conseguente distinzione, in tali casi, del regime giuridico applicabile ai diversi operatori: sul primo graverebbero, infatti, gli obblighi di informazione e trasparenza previsti dalla normativa in materia di servizi di pagamento, ma non anche quelli – in sintesi, pubblicazione del *White Paper* – introdotti dal Reg. MiCA a carico dell'offerente.

Sebbene tale opzione interpretativa appaia legittimata dalle ambiguità terminologiche dianzi rilevate, pare comunque di poter affermare che il Regolamento MiCA si muova, piuttosto, nella logica di una sostanziale identificazione tra l'offerente e il soggetto che emette giuridicamente gli *e-money tokens*: il regolatore, in altri termini, sembra voler indicare che l'offerta al pubblico (o la richiesta di ammissione alle negoziazioni) di EMTs possa essere effettuata solo dalla stessa banca o IMEL che procede all'emissione dei *tokens* da commercializzare, assumendo su di sé l'obbligo di rimborso al valore nominale. Siffatta ricostruzione, del resto, trova ulteriore e più esplicita conferma nella posizione sulla proposta MiCA adottata dal Consiglio lo scorso mese di novembre, ai fini dell'avvio dei negoziati con il Parlamento europeo³⁶. Ed infatti, pur tracciando una distinzione di massima fra «*issuer*» (inteso come il soggetto che emette le cryptoattività, vale a dire «*which has the control over the creation of the crypto-assets*») e «*offeror*» (ossia colui che offre al pubblico le cryptoattività, incluso, se del caso, l'emittente), il testo elaborato dal Consiglio chiarisce che nessuno, nell'ambito dell'UE, potrebbe offrire al pubblico EMTs, se non il rispettivo emittente (banca o IMEL)³⁷.

Occorre, dunque, che si faccia definitiva chiarezza riguardo alle nozioni di emissione e di offerta al pubblico di EMTs, nonché sui relativi confini, onde

³³ In ambito MiCA, per vero, la nozione di «emissione» appare connotata da notevole ambiguità, tanto più che, come rilevato in dottrina, «*in the crypto-context multiple entities together may well operate the distributed ledger on which the token application runs*». Per tale ragione, è stato suggerito di sostituire i termini «*issuer*» e «*issuance*» con quelli, più appropriati, di «*offeror*» e «*offering*» (v. D.A. ZETZSCHE-F. ANNUNZIATA-D.W. ARNER-R.P. BUCKLEY, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA) and the EU Digital Financial Strategy*, EBI Working Paper 2020 No 77, pp. 24-5).

³⁴ Soggetto cui sembra riferirsi l'art. 44, comma 3, Reg. MiCA, ai cui sensi l'emittente di *token* di moneta elettronica li emette al valore nominale e previo ricevimento di fondi ex art. 4, punto 25, PSD 2, con obbligo di rimborso in qualsiasi momento e alla pari.

³⁵ Situazione non dissimile, del resto, da quanto si riscontra in materia di valori mobiliari, ove l'emittente può anche essere soggetto diverso dall'offerente, obbligato alla pubblicazione del prospetto informativo ai sensi del Reg. UE 2017/1127.

³⁶ Consiglio dell'UE, *Il pacchetto sulla finanza digitale: il Consiglio raggiunge un accordo su MiCA e DORA*, comunicato stampa del 24 novembre 2021 (disponibile, unitamente al testo dell'accordo, su www.consilium.europa.eu).

³⁷ Viene tuttavia specificato – lasciando così riaffiorare l'ipotesi in precedenza esposta – che, dietro consenso dell'emittente, l'offerta o la richiesta di ammissione alla negoziazione di *asset-referenced tokens* (inopinatamente citati, nel contesto delle norme relative agli *e-money tokens*, in luogo di questi ultimi) possa essere effettuata da altri soggetti. Si badi peraltro che, nella *draft legislative resolution* sulla proposta di regolamento MiCA adottata dal Parlamento europeo lo scorso mese di marzo, le definizioni di emittente e offerente tornano ancora a sovrapporsi, essendo entrambe riferite al soggetto (*natural or legal person*, nel primo caso, *legal person*, nel secondo) «*who offers to the public any type of crypto-assets or seeks the admission of such crypto-assets to a trading platform for crypto-assets*».

evitare dubbi sul trattamento da riservare ai diversi soggetti cui potrebbero imputarsi, in ipotesi, le rispettive attività³⁸.

4.3. L'obbligo di pubblicazione del *White Paper*. Il rischio di un regime pubblicitario poco razionale

Sempre sotto il profilo degli obblighi di trasparenza, si noti altresì che il Reg. MiCA stabilisce, come già accennato, che l'offerta al pubblico (o l'ammissione a negoziazione) degli EMTs debba essere preceduta dalla pubblicazione, sul sito *web* dell'emittente, di un *White Paper*, contenente un dettagliato *set* di informazioni, redatte anche in questo caso in forma concisa e comprensibile (art. 46). Trattasi di elementi informativi di varia natura, attinenti, in sintesi, all'emittente, al suo «progetto», ai *token*, ai relativi rischi e agli aspetti tecnologici dell'operazione, che replicano tuttavia, per certi aspetti, quelli previsti dalla normativa sui servizi di pagamento³⁹.

A fronte di siffatto quadro regolamentare, sorge il dubbio che – indipendentemente dal soggetto tenuto al rispetto dei relativi obblighi (v. ancora *supra*, par. 4.2) – il regime pubblicitario e di trasparenza riguardante gli EMTs possa risultare, nel complesso, eccessivamente gravoso e possa in qualche modo finire, dunque, per ostacolare l'innovazione e lo sviluppo delle nuove tecnologie, a detrimento dell'auspicata diffusione di nuovi mezzi di pagamento «veloci, economici, efficienti e inclusivi». Ciò specie là dove si consideri che dette crypto-attività, seppur dotate di indubbie specificità rispetto ai tradizionali prodotti di moneta elettronica, non si differenziano poi così nettamente da questi ultimi (se non per gli aspetti prettamente tecnologici), costituendo anch'esse, come già rilevato, un surrogato della moneta avente corso legale, impiegabile a fini di pagamento.

Sia chiaro: non si vuole con ciò predicare l'assoluta inutilità della pubblicazione del *White Paper*, trattandosi di un documento che, per quanto l'esigenza di tutelare i consumatori e l'integrità del mercato sia dichiaratamente minore rispetto ad altre tipologie di *crypto-assets*, caratterizzate da profili di rischio ben più spiccati⁴⁰, consente pur sempre ai destinatari del medesimo di pren-

³⁸ Ulteriori perplessità derivano, peraltro, dalla definizione di «collocamento di crypto-attività», intesa come la commercializzazione a determinati acquirenti di crypto-attività di nuova emissione ovvero già emesse (ma non ammesse alla negoziazione su alcuna piattaforma), «senza che ciò comporti un'offerta al pubblico o un'offerta ai possessori esistenti delle crypto-attività dell'emittente» (art. 3, comma 1, n. 15). Neanche tale definizione, invero, brilla per chiarezza, oltre a lasciare in ombra la distinzione, implicita nel testo regolamentare, tra collocamento e offerta al pubblico di crypto-attività (là dove, per di più, il collocamento potrebbe costituire proprio una specifica modalità dell'offerta al pubblico, come previsto, ad es., dall'art. 2, lett. d), Reg. 2017/1127). Anche sotto tale aspetto, peraltro, il testo espresso dal Consiglio appare più lineare, definendo l'attività di collocamento («*placing of crypto-assets*») come «*the marketing, on behalf of or for the account of the offeror or of a party related to the offeror, of crypto-assets to purchasers*».

³⁹ Si confronti quanto disposto all'art. 46, par. 2 e 5 (con riferimento all'obbligo di fornire nel *White Paper* una descrizione dettagliata dei diritti e degli obblighi connessi ai *token* di moneta elettronica e le condizioni di esercizio dei diritti medesimi, compreso il diritto di rimborso al valore nominale e le relative commissioni), con l'art. 52 PSD 2, ove si indicano le informazioni e le condizioni da fornire all'utente di servizi di pagamento in caso di stipula di un c.d. contratto quadro.

⁴⁰ V. considerando n. 25 Reg. MiCA. Resta salvo, naturalmente, l'incremento dei rischi (in termini di stabilità finanziaria, corretta trasmissione della politica monetaria e sovranità monetaria) per i *tokens* di moneta elettronica significativi (artt. 50 e 51).

dere una decisione di acquisto informata e di comprendere i rischi correlati ai prodotti negoziati, soprattutto sotto il versante tecnologico.

Si intende suggerire, piuttosto, una razionalizzazione degli adempimenti inerenti alla commercializzazione degli EMTs, raggiungibile, segnatamente, attraverso un accurato coordinamento fra i distinti regimi normativi convergenti su tali prodotti. In particolare, l'obiettivo da raggiungere dovrebbe essere quello di evitare, per quanto possibile, inutili duplicazioni o ridondanza di informazioni, attraverso semplificazioni che salvaguardino, al contempo, la reale funzione informativa della documentazione *lato sensu* precontrattuale. In tal modo si ridurrebbero, per un verso, gli oneri a carico degli intermediari (e i conseguenti costi di *compliance* alla normativa di settore), contenendo, per l'altro, quel rischio di *information overload* che, com'è noto, finisce col pregiudicare, di fatto, il raggiungimento degli obiettivi di riduzione delle asimmetrie informative cui la normativa in materia di servizi finanziari costantemente tende.

4.4. La sicurezza dei pagamenti. Quale responsabilità per i «fornitori di servizi per le crypto-attività»?

Ulteriore aspetto da analizzare è quello, delicatissimo e di stringente attualità, della sicurezza dei pagamenti (intesa come affidabilità, autenticità e correttezza delle transazioni), esposti, per effetto della crescente digitalizzazione delle procedure di trasferimento dei fondi, a rischi particolarmente elevati (frodi, attacchi informatici, malfunzionamenti tecnici, ecc.), che possono minare la fiducia del pubblico nell'efficienza dei servizi di pagamento, come anche il buon funzionamento del relativo mercato.

A tal riguardo, è noto che la PSD2 ha arricchito il quadro già tratteggiato dalla prima direttiva del 2007, ora puntualizzando le preesistenti disposizioni in materia di diritti, obblighi e responsabilità di utenti e prestatori di servizi di pagamento, ora introducendone di nuove (come, ad es., quelle relative all'obbligo di adottare, in una serie di casi, la c.d. «autenticazione forte» del cliente⁴¹).

In breve, tali disposizioni stabiliscono un criterio di suddivisione delle responsabilità per le operazioni di pagamento non autorizzate (*i.e.*, eseguite senza il consenso del titolare dello strumento di pagamento), in base al quale ciascuna delle parti è tenuta a sopportare le conseguenze degli eventi che ricadono in modo più diretto nella propria sfera di controllo (criterio del *cheapest cost avoider*)⁴². Come già stabilito dalla dir. 2007/64/CE, infatti, l'utente subisce le perdite relative ad operazioni non autorizzate compiute prima della de-

⁴¹ È appena il caso di rammentare che l'autenticazione forte consiste in una procedura che consente al PSP di verificare l'identità di un utente o la validità dell'uso di uno strumento di pagamento (compreso l'uso delle credenziali di sicurezza personalizzate), basata sull'impiego di due o più elementi tra loro indipendenti (classificabili nelle categorie «qualcosa che solo l'utente conosce», «qualcosa che solo l'utente possiede» e «qualcosa che caratterizza l'utente») e concepita in modo da assicurare la riservatezza dei dati di identificazione. La *strong customer authentication* è prevista per i casi in cui il pagatore: a) accede al suo conto di pagamento *on line*; b) dispone un'operazione di pagamento elettronico; c) effettua qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi (art. 97 PSD2). La procedura e le relative esenzioni (ad es., per pagamenti *contactless* di basso importo) sono disciplinate dal Regolamento delegato (UE) 27 novembre 2017, n. 2018/389.

⁴² In argomento, mi sia consentito rinviare a F. CIRAIOLO, *Pagamento fraudolento con carta di credito e ripartizione delle responsabilità. Dagli orientamenti attuali alla revisione della PSD*, in *Dir. banc. fin.*, 2017, n. 2, p. 155 ss.

nuncia di furto o smarrimento dello strumento di pagamento, nei soli limiti di un massimale fissato in 50 euro, non applicabile, tuttavia, ove il titolare abbia agito in modo fraudolento, o non abbia adempiuto i propri doveri con dolo o con grave negligenza⁴³. In seguito alla denuncia, invece, le perdite gravano per intero sul prestatore di servizi di pagamento (tenuto, da quel momento, a impedire ogni possibile uso non autorizzato dello strumento), salvo il caso in cui l'utilizzatore abbia agito in modo fraudolento⁴⁴.

Resta inteso, inoltre, che il prestatore di servizi di pagamento risponde comunque dell'affidabilità del servizio nei confronti dell'utenza, in virtù sia di quanto stabilito dalla disciplina di settore, sia, più in generale, degli obblighi di diligenza professionale qualificata sullo stesso gravanti (art. 1176, comma 2, c.c.). In questa logica si spiega, dunque, l'obbligo per ogni *payment service provider* di approntare i presidi di sicurezza e gli accorgimenti tecnici più evoluti al fine di prevenire eventuali frodi, già sancito per via dottrinarie e giurisprudenziale⁴⁵, ed ora espressamente previsto, sotto certi aspetti, anche in sede normativa (si pensi ancora una volta al già citato obbligo di adottare, in una serie di casi specificamente indicati, le procedure di autenticazione forte del cliente, in difetto delle quali il pagatore non è tenuto a sopportare «alcuna conseguenza finanziaria», salvo che abbia agito in modo fraudolento).

Tenuto conto di tale sommaria rappresentazione del quadro normativo di riferimento, significativa appare l'estensione alla moneta elettronica (e, dunque, oggi anche agli EMTs) delle norme in materia di responsabilità delle parti di un'operazione di pagamento non autorizzata, con l'eccezione del caso in cui il PSP non sia in grado di congelare il conto di pagamento su cui è caricata la moneta elettronica o di bloccare lo strumento di pagamento (art. 63 PSD2).

È chiaro infatti che, al di là di tale specifica ipotesi, l'applicazione alle operazioni di pagamento mediante EMTs di norme dettate con riferimento ai tradizionali servizi di pagamento elettronici può ingenerare diversi dubbi. Già si è detto, invero, come la terminologia utilizzata nella PSD2 possa suscitare alcune perplessità, ove riferita ai *payment tokens* e alle loro modalità di utilizzazione (v. *supra*, par. 4.1). Ma ciò che più rileva, nella specie, è che la schematici-

⁴³ Più in dettaglio, l'utente deve: *i*) utilizzare lo strumento di pagamento conformemente alle condizioni che ne disciplinano l'uso ed in particolare *ii*) adottare ogni ragionevole misura per proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate dello strumento di pagamento; *iii*) notificare senza indugio al prestatore dei servizi di pagamento, o al soggetto specificato da quest'ultimo, lo smarrimento, il furto, l'appropriazione indebita o l'utilizzo non autorizzato dello strumento di pagamento (art. 69).

⁴⁴ A tali regole si accompagna, peraltro, un peculiare regime probatorio, sul quale non possiamo qui intrattenerci, in base al quale, a fronte del disconoscimento di una specifica operazione di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento deve in primo luogo dimostrare che la stessa è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze di guasti tecnici o di altri inconvenienti, per poi offrire l'ulteriore prova della frode o della grave negligenza dell'utente.

⁴⁵ Secondo la giurisprudenza di legittimità, invero, quand'anche il cliente violasse determinati obblighi comportamentali, la banca rimarrebbe comunque tenuta ad osservare, nell'erogazione dei propri servizi, la diligenza qualificata del *bonus argentarius*, da valutare tenendo conto dei rischi professionali tipici dell'attività esercitata (Cass., sez. I, 12 giugno 2007, n. 13777 e Cass., sez. I, 19 gennaio 2016, n. 806). In applicazione di tale principio, dunque, il giudice deve sempre valutare se l'intermediario abbia o meno adottato le misure necessarie a garantire la sicurezza del servizio di pagamento offerto al cliente (Cass., sez. I, 3 febbraio 2017, n. 2950 e Cass., sez. IV, 12 aprile 2018, n. 9158, richiamate anche da ABF, Coll. coord., 6 novembre 2019, n. 24366, al fine di sancire l'obbligo dei PSPs di predisporre un sistema di *sms alert*, quale basilare presidio di sicurezza volto a consentire al cliente di bloccare tempestivamente l'uso non autorizzato del proprio strumento di pagamento).

tà delle regole sulla suddivisione delle responsabilità nella prestazione dei servizi di pagamento – regole sostanzialmente focalizzate sulla definizione degli obblighi, di varia natura e consistenza, gravanti sulle parti di ogni operazione – mostra segni di criticità nei casi in cui, in concreto, lo svolgimento del servizio di pagamento postuli l'intervento di più intermediari: si pensi, ad es., al caso delle transazioni mediante carta di credito, là dove, in caso di abusi, potrebbero essere chiamati a rispondere quali *payment service providers*, alternativamente o congiuntamente, sia l'emittente lo strumento di pagamento, sia, se diversa da quest'ultimo, la banca che ha collocato la carta o presso la quale è acceso il conto addebitato⁴⁶. E anche nel caso in cui la catena procedimentale dei pagamenti sia strutturalmente composta dall'intervento di più intermediari (come accade con riferimento ai nuovi servizi di disposizione di ordine di pagamento), la ripartizione delle responsabilità fra i diversi soggetti coinvolti nel trasferimento dei fondi non appare semplice, né scolpita in modo lineare⁴⁷. Né andrebbero trascurati, infine, il ruolo e le responsabilità di coloro che, a vario titolo, prestano servizi tecnici funzionali all'operatività dei sistemi di pagamento (ad es., società di telecomunicazioni o fornitori di servizi informatici).

Orbene, analoghe difficoltà sembrano potersi prospettare anche in relazione agli EMTs, il cui concreto utilizzo quali mezzi di pagamento presuppone, oltre alla presenza dell'emittente (banca o IMEL), l'intervento di diverse figure professionali, variamente qualificate, perlopiù ricadenti nell'ampio *genus* dei «fornitori di servizi per le cripto-attività» (art. 3, comma 1, nn. 8 e 9, Reg. MiCA). Si pensi, in particolare, ai soggetti che offrono i c.d. *e-wallets*⁴⁸, portafogli virtuali all'interno dei quali possono essere custoditi *crypto-assets* per conto di terzi (o, più precisamente, le chiavi crittografiche private che ne consentono la movimentazione)⁴⁹. A fronte della prestazione di tale attività, sorge spontaneo chiedersi, invero, entro quali limiti, in caso di «perdita» degli EMTs, debba rispondere il fornitore del portafoglio digitale (come espressamente previsto,

⁴⁶ F. CIRAIOLO, *Pagamento fraudolento*, cit., p. 171 ss. Quanto osservato trova riscontro anche nelle decisioni dell'ABF, secondo cui, sebbene «l'eterogeneità soggettiva e organizzativa fra emittente della carta di credito e banca collocatrice non vale di per sé ad escludere la responsabilità della seconda, atteso il nesso che lega i due soggetti con riferimento alla prestazione di un servizio di pagamento, che entrambe concorrono ad offrire al cliente» (dec. n. 6523/20 e n. 2682/19), non si configurerebbe alcuna responsabilità in capo all'intermediario che operi come «mero collocatore» dello strumento di pagamento per conto dell'emittente (dec. n. 6431/17 e n. 13868/18).

⁴⁷ Sul punto, mi sia consentito rinviare a F. CIRAIOLO, *Open Banking, Open Problems. Aspetti controversi del nuovo modello dei "sistemi bancari aperti"*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, n. 4, p. 637 ss.

⁴⁸ Secondo la V direttiva antiriciclaggio, i prestatori di portafogli digitali sono le persone fisiche o giuridiche che forniscono a terzi, a titolo professionale, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali.

⁴⁹ Il servizio di «custodia e amministrazione di cripto-attività per conto di terzi» è infatti definito come «la custodia o il controllo, per conto di terzi, delle cripto-attività o dei mezzi di accesso a tali cripto-attività, se del caso sotto forma di chiavi crittografiche private» (art. 3, comma 1, n. 10, Reg. MiCA). Particolarmente controversa, ad oggi, è la qualificazione giuridica di tale servizio, che risente di tutte le incertezze relative alla natura giuridica delle cripto-attività: esso, infatti, viene equiparato al deposito (regolare o irregolare), da chi assimila i *crypto-assets* a dei beni (A. CALONI, *Deposito di criptoattività presso una piattaforma di exchange: disciplina e attività riservate*, in *Giur. comm.*, 2020, 5, p. 1073); al mandato, da chi nega una simile configurazione (V. DE STASIO, *Prestazione di servizi di portafoglio digitale relativi alla valuta virtuale "Nanocoin" e qualificazione del rapporto tra prestatore e utente*, in *Banca, borsa*, 2021, n. 3, pp. 406-407).

per alcune ipotesi, dall'art. 67, par. 3 e 8)⁵⁰, ferma restando, per altro verso, l'applicazione all'emittente (*stricto sensu* inteso), nei limiti di compatibilità, del regime di responsabilità diviso dalla PSD2 (art. 63, par. 3, e art. 97 PSD2).

Interessanti spunti di riflessione, sotto tale aspetto, scaturiscono dai rilievi di quella parte della dottrina secondo la quale la gestione di un *e-wallet* non sarebbe poi così diversa da quella di un conto di pagamento, posto che – salve le differenze nelle modalità di registrazione contabile, legate all'uso della DLT, e data per assodata la conoscenza minima del funzionamento dei sistemi crittografici a doppia chiave – la chiave pubblica può essere assimilata all'IBAN, mentre la chiave privata equivale ai codici che il correntista deve utilizzare per dare corso, di volta in volta, alle singole operazioni di pagamento⁵¹. La tesi, invero, è tutt'altro che consolidata in letteratura, ma ha il pregio di mettere in luce le assonanze tra attività meno distanti, sul piano funzionale, di quanto possa a prima vista apparire; e ciò ancor più se si osserva, per inciso, che i prestatori di servizi per i *crypto-assets* possono anche rivestire la forma di IMEL o istituti di pagamento (art. 63, par. 5), così cumulando una duplice qualifica.

Ora, senza voler giungere ad affermare che, per operare, i fornitori di servizi per le criptoattività debbano necessariamente munirsi dell'autorizzazione come prestatori di servizi di pagamento, con assunzione del relativo regime giuridico⁵², pare a chi scrive che una soluzione in astratto praticabile, della quale, *de jure condendo*, meriterebbe vagliare la percorribilità, potrebbe essere quella di estendere ai soggetti che gestiscono i *wallets*, con i dovuti adattamenti, la (sola) disciplina in materia di operazioni di pagamento non autorizzate. In questo modo, infatti, si beneficerebbe di regole più dettagliate, peraltro già ampiamente testate dal punto di vista applicativo, in luogo di quelle che si limitano ad affermare, in maniera alquanto generica, che il prestatore di servizi per la custodia e l'amministrazione di cripto-attività è tenuto a stabilire norme e procedure volte ad evitare che lo stesso possa «perdere le cripotattività dei clienti o i diritti connessi a tali attività a causa di frodi, minacce informatiche o negligenza» (art. 67, par. 3) e che lo stesso risponde nei confronti dei clienti «della perdita di cripotattività a seguito di un malfunzionamento o di attacchi informatici fino ad un massimo del valore di mercato delle criptoattività perse» (art. 67).

⁵⁰ La norma stabilisce, in particolare, che il fornitore di servizi di custodia debba dotarsi di norme e procedure volte a garantire che il fornitore stesso non possa perdere le criptoattività dei clienti o i diritti connessi a tali attività a causa di frodi, minacce informatiche o negligenza, stabilendo altresì una responsabilità dei fornitori per il caso di perdita delle criptoattività dovute a malfunzionamenti o attacchi informatici, nei limiti del valore di mercato delle attività perse. Restano ferme, per altro verso, le eventuali responsabilità del prestatore del servizio ai sensi del reg. DORA (art. 61, commi 6 e 7).

⁵¹ C. PERNICE, *Criptovalute*, cit., pp. 69-70; A. BECHTEL-A. FERREIRA-J. GROSS.-P. SANDNER, *The Future of Payments*, cit., p. 3 (nt. 7), rilevano che il termine «*account*» può essere usato con riferimento «*to software architecture of some DLT networks or can be a synonym for a digital 'wallet'*», in quanto funzionale alla registrazione di «*ownership of digital instruments on a distributed ledger*». Per uno spunto nel senso di una possibile equiparazione, in ottica penalistica, tra portafogli elettronici che consentono il trasferimento di valute virtuali e strumenti di pagamento diversi dai contanti, intesi come dispositivi diversi dalla moneta avente corso legale in grado di consentire all'utente di trasferire denaro o valore monetario anche attraverso moneta elettronica o valuta virtuale, v. Dir. UE 2019/713 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contranti, considerando n. 10.

⁵² Soluzione inevitabile, tuttavia, ove tali soggetti vogliano prestare servizi di pagamento connessi al servizio offerto in via principale (art. 56, par. 4, Reg. MiCA).

Ferma restando, infatti, la responsabilità del prestatore del servizio per eventuali carenze nell'organizzazione del medesimo (già ricavabile, peraltro, dai principi generali dell'ordinamento), si potrebbe pensare di introdurre anche in questo caso, per via normativa, un limite alla responsabilità di tale soggetto, individuandolo, segnatamente, nell'atteggiamento doloso o gravemente negligente del titolare degli EMTs che abbia causato la perdita (intesa come sottrazione o spendita abusiva) dei *payment tokens* a sé intestati, per effetto della colpevole violazione di specifici obblighi comportamentali sullo stesso gravanti (quale, ad es., l'obbligo di non comunicare ad alcuno le credenziali che consentono di effettuare il trasferimento degli *assets*⁵³). Si potrebbe a nostro avviso pervenire, in tal modo, ad una più puntuale definizione delle responsabilità delle parti e ad una più efficiente ripartizione delle medesime fra gli interessati, secondo modelli già utilmente sperimentati nella prassi, con riferimento alla disciplina dei servizi di pagamento.

5. Conclusioni

La proposta di Regolamento MiCA muove dall'assunto che alcune tipologie di crypto-attività, come gli *stablecoins*, siano suscettibili di una potenziale diffusione a livello sistemico, in grado di alimentare seri rischi per la stabilità finanziaria, per la corretta conduzione della politica monetaria e per la stessa sovranità monetaria. In sintesi, si teme che la crescente diffusione di *tokens* con valore stabile, sostitutivi della moneta legale (utilizzabili, cioè, come mezzi di pagamento e come riserva di valore), possa condurre ad una progressiva sostituzione della raccolta bancaria con tali cryptoattività, dalla quale scaturirebbero un aumento dei costi di finanziamento degli enti creditizi e una riduzione della capacità dei medesimi di erogare credito, con potenziali effetti negativi sui bilanci bancari, sulla stabilità finanziaria, sui meccanismi di trasmissione della politica monetaria e sull'efficiente funzionamento dei sistemi di pagamento. Per di più, si paventa l'ulteriore rischio di una perdita della funzione di unità di conto della moneta unica, con riguardo all'estrema ipotesi in cui le imprese iniziassero a denominare in *stablecoins* i prezzi dei beni e dei servizi offerti⁵⁴.

In quest'ottica, dunque, il legislatore europeo ambisce a dettare un quadro giuridico certo e solido, che possa sostenere l'innovazione e la concorrenza, quali fondamentali fattori di crescita economica, garantendo tuttavia, al contempo, adeguati livelli di tutela dei consumatori, degli investitori e del mercato, nonché la stabilità finanziaria complessiva.

Facilmente intuibili, per altro verso, appaiono poi le implicazioni che lo sviluppo delle attività contemplate dalla proposta in esame, cui l'entrata in vigore delle nuove disposizioni promette di dare decisivo impulso, potrà avere sotto l'ulteriore e delicato profilo, qui non analizzato, della vigilanza sulle emissioni di *crypto-assets* e sulle attività, a queste ultime complementari, svolte dai fornitori di servizi per le crypto-attività. È palese, infatti, che l'obiettivo da realizza-

⁵³ Si noti, del resto, che i fornitori di servizi per la custodia e l'amministrazione delle crypto-attività devono concludere con i propri clienti un accordo che indichi, tra l'altro, i mezzi di comunicazione con il cliente, compreso il sistema di autenticazione del medesimo (art. 67, comma 1, lett. c): espressione che evoca immediatamente gli obblighi di *strong customer authentication* imposti dalla PSD 2 in capo ai prestatori di servizi di pagamento.

⁵⁴ P. CIPOLLONE, *Il ruolo dell'euro digitale come ancora del sistema dei pagamenti*, intervento del Vice Direttore della Banca d'Italia al Convegno *La digitalizzazione degli strumenti finanziari: opportunità e rischi*, Milano, 12 novembre 2021, www.bancaditalia.it.

re non può consistere esclusivamente nel dotare le autorità competenti di più o meno incisivi poteri di intervento nei confronti dei soggetti assoggettati a controllo, dovendosi altresì tenere conto, nelle scelte concernenti la configurazione dell'apparato di vigilanza, della dimensione transfrontaliera dei mercati delle crypto-attività e dei relativi servizi: elemento, quest'ultimo, che impone evidentemente di strutturare efficaci forme di coordinamento e di cooperazione tra le autorità, nazionali e sovranazionali, coinvolte nella funzione di vigilanza, come anche di provvedere ad una razionale suddivisione di compiti e mansioni tra le stesse ⁵⁵.

Nel cimentarsi con problematiche di così vasta e complessa portata, la proposta MiCA si è tradotta in una serie di disposizioni dal carattere fortemente innovativo, che hanno tuttavia provocato nei primi commentatori reazioni ambivalenti. Da un lato, infatti, è stato indubbiamente apprezzato il tentativo di disciplinare dei fenomeni in costante crescita, che, se lasciati alla sola regolamentazione di mercato, genererebbero rischi a lungo termine ingovernabili, come quelli sopra rappresentati; dall'altro, le soluzioni escogitate e la tecnica normativa adottata hanno suscitato ampie perplessità, a partire dalle questioni definitorie (fonti di numerose incertezze in merito all'ambito di applicazione del Regolamento ⁵⁶) e dal limitato raggio di operatività delle future disposizioni (le quali finiscono per trascurare, con esiti paradossali, proprio il più emblematico esempio di cryptoattività, rappresentato da *bitcoin et similia* ⁵⁷).

Anche con più specifico riferimento ai *payment tokens*, oggetto di questo scritto, i dubbi non mancano.

Resta controversa, ad esempio, la proposta suddivisione degli *stablecoins* in due categorie, distinte per caratteristiche strutturali, eppure preordinate, in concreto, ad essere entrambe utilizzate come strumenti di pagamento: si prefigura, infatti, il rischio di arbitraggio normativo tra i rispettivi regimi disciplinari, al punto che la stessa BCE, considerate le evidenti analogie funzionali tra le due tipologie di prodotto, ha suggerito che le stesse siano accomunate dai medesimi requisiti e ricondotte ad un trattamento unitario, se del caso anche sotto il profilo autorizzatorio ⁵⁸. L'opzione di creare un'unica categoria di *sta-*

⁵⁵ Il regime di vigilanza delineato dalla proposta MiCA (Titolo VII, art. 81 ss.) è alquanto complesso e non è pensabile procedere, in questa sede, ad una dettagliata descrizione del medesimo. Basti qui osservare, in breve, che esso si basa essenzialmente sulla designazione, da parte degli Stati membri, di autorità nazionali competenti a svolgere le funzioni e i compiti indicati dal Regolamento, con obbligo di stretta cooperazione e di scambio di informazioni con EBA, ESMA e altre autorità. Si badi peraltro che, con riferimento agli emittenti di *token* di moneta elettronica significativi, è previsto un sistema di vigilanza congiunta tra autorità nazionali e EBA, foriero di potenziali complicazioni operative e di eventuali conflitti, ulteriormente acuiti dal fatto che, ove rivestisse la natura di ente creditizio significativo, l'emittente sarebbe altresì assoggettato alla vigilanza della BCE.

⁵⁶ F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina europea delle crypto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, ottobre 2020, reperibile su www.diritto bancario.it.

⁵⁷ Vale la pena menzionare, sotto tale aspetto, il vivace dibattito originato dal tentativo di inserire nella proposta MiCA un emendamento (poi bocciato dalla Commissione ECON) che avrebbe vietato, di fatto, l'uso delle *cryptocurrencies* basate sul meccanismo *proof of work* (PoW), come *bitcoin* e *ether*, in ragione del loro elevatissimo impatto ambientale (tema di stringente attualità, contemplato, non a caso, anche nell'*Executive Order on Ensuring the Responsible Development of Digital Assets*, emanato dal Presidente Biden lo scorso 9 marzo). Nel momento in cui si scrive, comunque, sembra prevalsa l'opzione di trattare *mining* e PoW nel diverso ambito della tassonomia della finanza sostenibile UE, in conformità all'art. 10 Reg. 2020/852.

⁵⁸ V. parere della BCE sulla proposta di regolamento MiCA del 19 febbraio 2021, punti 2.1.4. e 3.2.4.

blecoins, pertanto, andrebbe attentamente valutata, anche al fine di evitare ogni possibile confusione, in capo agli utenti, fra prodotti diversamente disciplinati, ma del tutto assimilabili sul piano dell'utilizzo concreto⁵⁹.

Analoghe perplessità sussistono poi con riferimento alla nuova famiglia degli EMTs. Qui si tratta, infatti, non già della creazione di una categoria di strumenti totalmente nuova, ma dell'innesto della vecchia nozione di moneta elettronica nell'ecosistema DLT, con conseguente genesi di un prodotto ibrido, che rischia ancora una volta di creare «pericolosi fraintendimenti negli utilizzatori»⁶⁰.

I riflessi si notano, peraltro, anche a livello disciplinare, poiché, come si è cercato di mettere in luce nei precedenti paragrafi, non sempre il linguaggio tecnico, i concetti e le regole sostanziali propri della normativa sui servizi di pagamento appaiono trasponibili *de plano* nella realtà – peraltro in continuo divenire – dei *crypto-assets*, e dei *payment tokens* in particolare. Si è detto, ad es., dell'ambivalenza del termine «emittente», utilizzato in ambito MiCA per designare colui che effettua l'offerta di EMTs, in accezione del tutto diversa da quella propria della normativa sui servizi di pagamento, o della difficoltà di conciliare il regime pubblicitario e informativo tratteggiato da quest'ultima con quello delineato dalle disposizioni sui *crypto-assets*. Sul piano della tecnica legislativa, dunque, sarebbe opportuno un ulteriore sforzo, in sede di negoziati, finalizzato ad eliminare dal testo regolamentare le rilevate ambiguità terminologiche e ad attribuire alle distinte nozioni ivi contemplate un significato chiaro ed inequivoco, nonché ad assicurare il necessario coordinamento tra corpi normativi altrimenti destinati ad una convivenza per certi versi conflittuale.

Non è facile prevedere quale potrà essere, sul mercato dei servizi finanziari, l'impatto concreto del Regolamento MiCA, per come in atto strutturato. Di certo, esso influirà sulle future emissioni di criptoattività aventi un'unica moneta avente corso legale quale valuta di riferimento, conformando (e uniformando) un'attività che, allo stato, appare frammentata tra schemi operativi aventi caratteristiche assai differenti. È altrettanto certo, tuttavia, che – come si è provato ad evidenziare in queste pagine – v'è ancora spazio per la razionalizzazione e il miglioramento delle regole in cantiere, in vista dell'auspicata realizzazione di un mercato integrato ed efficiente dei *crypto-assets* con funzione di pagamento.

⁵⁹ In arg., F. MATTASSOGLIO, *Le proposte europee in tema di crypto-assets e DLT*, cit., p. 451.

⁶⁰ V. ancora F. MATTASSOGLIO, *Le proposte europee in tema di crypto-assets e DLT*, cit., p. 441.



COMMENTI

Sull'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia alla luce del caso *Lexitor*

On the retroactive effectiveness of the interpretative judgments of the Court of Justice in the light of the Lexitor case

di **Diletta Aliotta** *

ABSTRACT

L'articolo muove dall'analisi della giurisprudenza di merito successiva alla sentenza *Lexitor* e alla conseguente modifica dell'art. 125-sexies del Testo Unico Bancario (TUB), per esaminare gli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia negli ordinamenti nazionali. In particolare, i contrasti interpretativi e giurisprudenziali generati dalla vicenda *Lexitor* inducono ad interrogarsi circa i rapporti tra diritto europeo e diritto nazionale, la possibilità di limitare l'efficacia retroattiva delle sentenze della Corte di Giustizia nell'ordinamento nazionale e la validità della soluzione adottata dal legislatore italiano.

The article examines the Italian case-law following the Lexitor judgment and the consequent amendment of article 125-sexies of the Italian Consolidated Law on Banking (TUB), to determine the effects of the judgments of the Court of Justice in national legal systems. In particular, the interpretative and jurisprudential contrasts generated by the Lexitor case lead to questioning about the relationship between European and national law, the possibility of limiting the retroactive effectiveness of the judgments of the Court of Justice in a national legal system and the validity of the solution adopted by the Italian legislator.

ESTRATTO: ART. 11-OCTIES D.L. 73/2021

“(…)

c) l'articolo 125-sexies è sostituito dal seguente:

“Art. 125-sexies (Rimborso anticipato). – 1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte.

(…)

2. L'articolo 125-sexies del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), del presente articolo, si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

* Avvocato del Foro di Roma.

SOMMARIO: 1. Premessa: la sentenza *Lexitor* e l'art. 125-sexies TUB (vecchio e nuovo testo). – 2. La giurisprudenza italiana successiva all'introduzione del nuovo art. 125-sexies TUB. – 3. L'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia. – 4. L'efficacia e l'attuazione delle direttive europee nell'ordinamento nazionale. – a) Principio di interpretazione conforme e divieto di interpretazione *contra legem*. – b) Disapplicazione della norma interna a favore della norma europea. – c) Il principio di leale cooperazione. – 5. Sull'applicazione dei citati principi nella vicenda *Lexitor*. – a) Interpretazione conforme della normativa nazionale. – b) Disapplicazione della norma italiana: l'assenza di efficacia diretta dell'art. 16 CCD. – c) La tutela del legittimo affidamento. – 6. L'efficacia *pro futuro* del nuovo art. 125-sexies TUB e la sua legittimità alla luce dei principi generali di diritto europeo. – 7. La responsabilità dello Stato italiano per l'erronea e/o tardiva attuazione dell'art. 16 CCD. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: la sentenza *Lexitor* e l'art. 125-sexies TUB (vecchio e nuovo testo)

Il presente contributo si propone di verificare la portata retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia, alla luce dell'ormai nota sentenza *Lexitor*¹.

Con tale pronuncia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha fornito l'interpretazione dell'art. 16, Direttiva 2008/48 (c.d. *Consumer Credit Directive* o CCD), che disciplina le ipotesi di scioglimento anticipato del rapporto contrattuale da parte del consumatore o del creditore e, in particolare, di rimborso anticipato del finanziamento da parte del consumatore. Specificamente, l'art. 16 CCD prevede che il consumatore abbia il diritto di adempiere in qualsiasi momento gli obblighi che derivano dal contratto. In tal caso, come recita l'art. 16, paragrafo 1, il consumatore «ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto». Nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Lexitor*, ciò implica la restituzione di tutti i costi del finanziamento, senza distinzione tra quelli costituenti corrispettivo di prestazioni già rese dall'intermediario al cliente (c.d. costi *up-front*) e quelli anticipatamente sostenuti dal cliente per prestazioni non ancora godute dallo stesso (c.d. costi *recurring*).

Nell'ordinamento italiano, il recepimento di questa norma è avvenuto tramite il d.lgs. n. 141/2010, che ha introdotto delle modifiche al Testo Unico Bancario (TUB), sostituendo completamente il capo II del Libro VI (artt. 121 ss.). In particolare, l'art. 16 CCD è stato trasposto nell'art. 125-sexies TUB.

Le autorità italiane hanno interpretato l'art. 125-sexies TUB nel senso che il consumatore, in caso di rimborso anticipato, avrebbe avuto diritto alla restituzione dei soli costi *recurring*, e non anche dei costi *up-front*². Invero, questa

¹ Corte di Giustizia, 11 settembre 2019, causa 383/18. Per un commento alla sentenza, v.: G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 280 ss.; R. SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 18 ss.; F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 65 ss.; A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 1 ss.; A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e "riduzione del costo totale del credito". Il caso della cessione del quinto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, p. 644 ss.

² Il comma 1 della norma, nella formulazione originaria, prevedeva che: «Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanzia-

interpretazione era comune alla Banca d'Italia, all'ABF e ai giudici di merito³.

Ebbene, la sentenza *Lexitor* ha indotto a mettere in discussione la conformità dell'art. 125-*sexies* TUB rispetto all'art. 16 CCD, e ha reso palese la contrarietà della soluzione applicativa adottata dalle autorità italiane rispetto alla direttiva europea.

Per porre rimedio a tale difformità tra diritto nazionale e diritto europeo, il legislatore italiano ha provveduto all'integrale sostituzione dell'art. 125-*sexies* TUB (art. 11-*octies* d.l. n. 73/2021, c.d. decreto Sostegni *bis*, convertito dalla legge 23 luglio 2021, n. 106). La novella, adottata in sede di conversione del decreto c.d. Sostegni *bis*, prevede *inter alia* che, in caso di rimborso anticipato, il consumatore abbia diritto alla riduzione degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito (ad esclusione delle imposte) in misura proporzionale alla vita residua del contratto.

L'art. 11-*octies*, comma 2, prevede però che la nuova norma si applichi ai contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge di conversione. Per quanto concerne i contratti stipulati in precedenza, invece, le estinzioni anticipate saranno regolate applicando il testo previgente dell'art. 125-*sexies*, nonché le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia, vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti stessi.

Quest'ultimo intervento normativo ha suscitato reazioni contrastanti nella giurisprudenza ordinaria e dell'ABF, in punto di conformità rispetto al diritto dell'Unione.

Tanto premesso, il presente contributo si propone innanzitutto di esaminare le decisioni italiane immediatamente successive alla novella (§ 2). In seguito, si procederà all'esame della giurisprudenza europea relativa all'efficacia retroattiva delle sentenze della Corte di Giustizia (§ 3). Quindi, si darà conto dei principi generali che presiedono all'attuazione di una direttiva europea nell'ordinamento nazionale (§ 4), e delle conseguenze che la loro osservanza nella vicenda *Lexitor* potrebbe produrre (§ 5). In considerazione di questa analisi, sarà possibile valutare la legittimità del nuovo art. 125-*sexies* TUB rispetto ai principi fondamentali di diritto europeo (§ 6). Infine, si valuterà una possibile responsabilità dello Stato italiano nella vicenda (§ 7). Seguiranno talune considerazioni conclusive (§ 8).

2. La giurisprudenza italiana successiva all'introduzione del nuovo art. 125-*sexies* TUB

Le prime sentenze di merito successive all'introduzione del nuovo art. 125-*sexies* TUB evocano il rischio di un attrito tra il descritto intervento normativo e

tore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto».

³ Vedi il provvedimento della Banca d'Italia in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" del 29 luglio 2009, e successive modifiche, nonché il Comunicato del 7 aprile 2011 in materia di finanziamento con cessione del quinto e gli Orientamenti di Vigilanza del 30 marzo 2018. Si vedano anche le Relazioni annuali sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario degli anni 2011-2017, nonché la decisione del Collegio di Coordinamento del 22 settembre 2014, n. 6167, che recepisce gli orientamenti dei Collegi territoriali. In giurisprudenza, v.: Trib. Torino, 29 marzo 2019, n. 1543; Trib. Torino, 8 marzo 2019, n. 1101; Trib. Torino, 10 gennaio 2019, n. 84; Trib. Napoli, 4 dicembre 2018; Trib. S. Maria Capua, 20 marzo 2018, n. 1009.

il diritto dell'Unione europea. Al riguardo, appaiono particolarmente significative due pronunce: la sentenza del Tribunale di Savona del 15 settembre 2021, n. 680, e la sentenza del Tribunale di Napoli Nord del 23 settembre 2021⁴.

Con la prima è stato deciso un caso di restituzione dei costi per rimborso anticipato di un finanziamento erogato nel 2013, facendo applicazione del nuovo art. 125-*sexies* TUB. In particolare, il Tribunale di Savona ha confermato la sentenza di condanna in primo grado dell'istituto mutuante alla restituzione di tutti i costi del finanziamento, e ha motivato la decisione osservando che non ci sarebbe alcuna sostanziale differenza tra il vecchio art. 125-*sexies*, comma 1, TUB, e il nuovo. Ciò in quanto già il vecchio art. 125-*sexies* TUB avrebbe riprodotto fedelmente la formulazione dell'art. 16 CCD e, pertanto, avrebbe dovuto essere interpretato *ab origine* nel senso chiarito dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Lexitor*. Secondo il Tribunale, dunque, la nuova norma si limita ad esplicitare quanto era già desumibile dalla formulazione precedente. Ne consegue che la previsione di irretroattività della novella, di cui al citato art. 11-*octies*, comma 2, non potrebbe ritenersi riferita anche all'art. 125-*sexies*, comma 1, ma solo ai commi 2 e 3, ossia gli unici effettivamente dotati di portata innovativa rispetto alla disciplina previgente. Infatti, ritenere irretroattivo anche il comma 1 equivarrebbe – secondo il Tribunale – a violare il diritto dell'Unione. Se fosse questo il senso dell'art. 11-*octies*, dunque, il giudice italiano dovrebbe procedere alla sua parziale disapplicazione per eliminare la violazione.

Con la sentenza del Tribunale di Napoli Nord del 23 settembre 2021 è stato deciso un caso di restituzione dei costi per rimborso anticipato di un finanziamento erogato nel 2014. Anche in questo caso, il Giudice ha condannato l'istituto mutuante alla restituzione di tutti i costi, in considerazione dell'efficacia retroattiva della *Lexitor* (al pari di tutte le sentenze interpretative della Corte di Giustizia, salva diversa previsione della Corte stessa). Peraltro, anche in questo caso il Giudice ha ritenuto che la formulazione del vecchio art. 125-*sexies* TUB non si discostasse dal tenore letterale dell'art. 16 CCD. Tanto premesso, il Giudice ha statuito che l'applicazione delle disposizioni di Banca d'Italia vigenti alla data di sottoscrizione del contratto, con conseguente necessità di distinguere tra costi *up-front* (non rimborsabili) e costi *recurring* (rimborsabili), si sarebbe posta in conflitto con il sistema di gerarchia delle fonti, determinando la prevalenza di una fonte secondaria interna (le disposizioni della Banca d'Italia) rispetto a una fonte primaria (la direttiva europea e la sentenza della Corte di Giustizia).

Le sentenze sopra analizzate, dunque, disapplicano la novella costituita dall'art. 11-*octies* decreto Sostegni *bis*, nella parte in cui determina l'irretroattività del nuovo art. 125-*sexies* TUB, per salvaguardare l'efficacia retroattiva della sentenza *Lexitor*.

Il medesimo approccio era stato inizialmente adottato anche dall'Arbitro Bancario Finanziario di Roma. In particolare, il Collegio di Roma ha investito il Collegio di coordinamento della questione di chiarire se il rinvio operato

⁴ Il presente lavoro si sofferma su tali sentenze in quanto caratterizzate da argomentazioni particolarmente articolate, nonché richiamate da altre pronunce coeve. Si segnala, tuttavia, che posizioni analoghe sono state assunte anche nelle decisioni successive (Trib. Napoli, 15 ottobre 2021, n. 8507; Trib. Genova, 12 ottobre 2021, n. 2248; Trib. Napoli, 13 ottobre 2021; Giudice di Pace di Torino, 22 settembre 2021, n. 2313; Giudice di Pace di Torino, 20 settembre 2021, n. 2261), fino ad arrivare a pronunce più recenti, tra cui: Trib. Savona, 1 febbraio 2022, n. 87; Trib. Napoli, 24 gennaio 2022, n. 743.

dall'art. 11-*octies*, comma 2, decreto Sostegni *bis*, possa essere interpretato in conformità alla *Lexitor*. In caso contrario, il Collegio riteneva che la norma dovesse essere disapplicata, in quanto finalizzata ad aggirare l'applicazione della sentenza *Lexitor* nell'ordinamento italiano.

Nel rispondere al quesito, tuttavia, il Collegio di Coordinamento dell'ABF ha espresso un diverso parere⁵. In particolare, il Collegio di Coordinamento ha osservato che l'irretroattività della nuova norma corrisponde ad una precisa scelta del nostro legislatore, che di certo non ha ignorato il principio *Lexitor*, ma ha altresì tenuto conto delle implicazioni negative di una sua applicazione incondizionata nell'ordinamento italiano.

È interessante notare che il Collegio di Coordinamento ha esplicitamente richiamato la sentenza del Tribunale di Savona sopra citata, dichiarando di non condividere le conclusioni ivi raggiunte dal giudice di merito.

Tanto premesso, il Collegio di Coordinamento ha manifestato le medesime preoccupazioni dei giudici di merito circa l'esistenza di un contrasto tra la novella e il diritto europeo, evocando la soluzione del rinvio alla Corte costituzionale.

Invero, il rinvio alla Corte costituzionale è stato effettivamente disposto in data 2 novembre 2021, ad opera del Tribunale di Torino. Nell'ordinanza di rinvio, il giudice di merito riconosce che la scelta legislativa è stata motivata dalla volontà di salvaguardare il legittimo affidamento degli intermediari finanziari alla luce degli orientamenti delle autorità statali e il mancato avvio di procedure sanzionatorie da parte della Commissione. Tuttavia, ritiene che lo Stato italiano si sia ingiustamente arrogato il diritto di limitare l'efficacia temporale della sentenza *Lexitor*.

In sintesi, le sentenze immediatamente successive alla novella dubitano della legittimità dell'art. 11-*octies*, comma 2, decreto Sostegni *bis*, sul presupposto che alla sentenza *Lexitor* debba riconoscersi efficacia retroattiva. Infatti, i giudici italiani non ritengono legittimo circoscrivere la portata temporale del principio *Lexitor* e, di conseguenza, della norma interna di recepimento.

Il problema della legittimità della novella è dunque intimamente legato alla questione dell'efficacia temporale delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia, ed in particolare dell'ammissibilità di una limitazione della loro efficacia temporale nei singoli Stati membri.

3. L'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia

Le sentenze interpretative della Corte di Giustizia hanno, di regola, efficacia retroattiva. Infatti, esse hanno valore dichiarativo, vale a dire accertano il significato da attribuire ad una norma fin dalla sua entrata in vigore. In principio, dunque, queste sentenze producono i loro effetti anche sui rapporti posti in essere prima della loro emanazione⁶. Tuttavia, la Corte di Giustizia si è riser-

⁵ Collegio di Coordinamento ABF, decisione del 15 ottobre 2021, n. 21676.

⁶ Tra le varie, v.: Corte di Giustizia, 19 ottobre 1995, causa 137/94; Corte di Giustizia, 2 febbraio 1988, causa 24/86; Corte di Giustizia, 27 marzo 1980, causa 61/79; Corte di Giustizia, 27 marzo 1980, cause riunite 66/79, 126/79 e 128/79. Sul tema esiste una vasta letteratura, tra cui, senza pretesa di esaustività, si segnalano: F. JEANTET, *Originalité d'interprétation du traité de*

vata il potere di limitare nel tempo la portata delle proprie pronunce, attribuendo alle stesse efficacia *ex nunc*. Trattasi di un potere non espressamente attribuito dai Trattati con riferimento alle questioni di interpretazione, ma contemplato solo rispetto ai giudizi sulla validità di atti europei. Infatti, l'art. 264, par. 2, TFUE stabilisce che la Corte può, «ove lo reputi necessario», precisare quali effetti dell'atto annullato debbano considerarsi definitivi.

In ogni caso, il potere di limitare gli effetti temporali delle proprie pronunce è fondamentale per assicurare un equilibrio tra contrapposte esigenze: tutela giurisdizionale effettiva dei diritti violati in seguito all'erronea applicazione del diritto europeo, da un lato, e tutela del legittimo affidamento circa l'esistenza e la validità di un certo assetto normativo, dall'altro lato. Ciononostante, questo potere è esercitato dalla Corte in via assolutamente eccezionale. Innanzitutto, si osserva che la Corte decide di regola nella medesima sentenza che interpreta la norma, e non in sentenze successive⁷. Ciò in quanto è necessario, per ragioni di tutela della certezza del diritto e per evitare disparità di trattamento tra gli Stati membri, che vi sia un'unica occasione in cui la Corte si pronuncia sulla questione dell'efficacia temporale dell'interpretazione fornita⁸.

Rome, in SJ, 1966, I-1987; A. PEPY, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application de l'article 177 du Traité de Rome*, in CDE, 1966, p. 459 ss., 484-487; G. VANDERSANDEN, *De l'autorité de chose jugée des arrêts préjudiciels d'interprétation rendus par la Cour de Justice des Communautés européennes*, in RCJB, 1972, p. 508 ss.; J. BOULOUIS, *A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Recueil d'Etudes, Droit communautaire et droit français*, 1999, p. 99 ss.; K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, OUP Oxford, Oxford, 2014, p. 243 ss.

⁷ A tal proposito, particolare rilievo assumono due precedenti della Corte di Giustizia. Nel caso *Vroege* (Corte di Giustizia, 28 settembre 1994, causa 57/93), si chiedeva alla Corte di chiarire, *inter alia*, la portata della propria precedente sentenza *Barber* (17 maggio 1990, causa 262/88). In particolare, si chiedeva alla Corte se la limitazione temporale di cui alla sentenza *Barber* potesse valere anche nelle diverse circostanze di cui al caso *Vroege*, o comunque se fosse opportuno prevedere una limitazione *ad hoc* per quest'ultimo. A ciò la Corte ha risposto che: «Per quanto concerne infine specificamente l'ultima parte della questione occorre ricordare che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, un'eventuale limitazione nel tempo degli effetti di una pronuncia pregiudiziale d'interpretazione può essere ammessa solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta (v., in particolare, sentenza 16 luglio 1992, causa 163/90, *Legros e a.*, *Race*, p. 1-4625, punto 30). Conseguentemente, qualora la Corte avesse ritenuto necessario limitare nel tempo la regola secondo la quale il diritto di iscrizione a un regime pensionistico aziendale rientra nell'ambito dell'art. 119, avrebbe dovuto farlo nella già citata sentenza». Dunque, la Corte ha escluso l'applicabilità della limitazione dell'efficacia temporale della sentenza *Barber*, nonché qualunque limitazione analoga. Similmente, nel caso *Barra* (2 febbraio 1988, causa 309/85) si chiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire l'efficacia temporale della propria precedente sentenza *Gravier*. Anche in questo caso, la Corte ha risposto negativamente, ricordando che: «Questa limitazione è però ammessa, secondo la costante giurisprudenza della Corte, solo nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta». Il principio è stato poi costantemente ribadito. Tra le varie, v.: Corte di Giustizia, 4 maggio 1999, causa 262/96, secondo cui: «Solo in via eccezionale, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, la Corte può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Siffatta limitazione può essere ammessa, secondo la costante giurisprudenza della Corte, solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta». Va altresì ricordato che non sono mancati tentativi di modificare tale orientamento della Corte. A titolo esemplificativo, l'Avvocato Generale nella causa 292/04 (*Meilicke*), Antonio Tizzano, ha invitato la Corte a valutare la possibilità di limitare gli effetti temporali di una sentenza precedente. Nella sentenza, tuttavia, la Corte ha ribadito il suo orientamento tradizionale e ha negato la limitazione degli effetti temporali.

⁸ In dottrina, v. da ultimo: M. BROBERG, N. FENGER, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, OUP Oxford, Oxford, 2021, p. 412, secondo cui: «the limitation can be laid down only in the first judgment ruling on the interpretation sought, but not

Inoltre, da un esame della giurisprudenza della Corte emerge che essa normalmente non esercita tale potere d'ufficio, ma solo se le viene espressamente richiesto di valutarne l'opportunità, alternativamente, in sede di formulazione della questione pregiudiziale ovvero nel corso del giudizio (tramite osservazioni scritte o oralmente in udienza⁹). Non a caso, come chiarito da attenta dottrina, l'onere della prova della ricorrenza delle condizioni necessarie per ottenere la limitazione grava sulla parte che ne fa richiesta¹⁰. D'altra parte, però, l'art. 264, par. 2, TFUE descrive un potere da esercitarsi «ove la Corte lo ritenga necessario», e non «ove richiesto», e la richiesta non è normalmente annoverata tra le condizioni necessarie per la limitazione. Allo stesso modo, la Corte è solita ammettere un nuovo rinvio allorché si presentino difficoltà nell'interpretazione o applicazione di una propria pronuncia pregiudiziale¹¹. Tuttavia, questa possibilità è stata (almeno inizialmente) contemplata per il caso in cui il giudice rimettente non si ritenesse adeguatamente «illuminato» dalla pronuncia pregiudiziale¹², conformemente al disposto dell'art. 158 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia¹³.

Per le esposte ragioni, la possibilità che la Corte si pronunci sulla limitazione dell'efficacia temporale d'ufficio, ovvero in una pronuncia successiva, appare remota, ma non può essere esclusa *a priori*.

Per quanto concerne le condizioni della limitazione, a partire dalla sentenza *Defrenne*¹⁴ la Corte ha tentato di individuare i presupposti per la limitazione dell'efficacia retroattiva. Questi presupposti sono essenzialmente due: in primo luogo, il rischio di gravi inconvenienti, ossia di negative ripercussioni economiche dovute all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa nazionale; in secondo luogo, la buona fede ed il legittimo affidamento dei soggetti interessati, ossia il fatto che le autorità nazionali e i privati siano stati indotti in errore dall'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni europee¹⁵. Questo secondo criterio è stret-

in later rulings. Indeed, there must necessarily be one single occasion when a decision is made on the temporal effects of the requested interpretation of the EU provision in question. Otherwise both the need for equal treatment of the Member States and of other persons subject to EU law and the requirements arising from the principle of legal certainty would be jeopardized»; T. MACIEJEWSKI-J. THEILEN, Temporal Aspects of the Interaction between National Law and EU Law: Reintroducing the Protection of Legitimate Expectations, in ELR, 2017, p. 708 ss.

⁹ Come avvenuto, ad esempio, nei seguenti casi: Corte di Giustizia, 23 maggio 2000, causa 104/98; Corte di Giustizia, 17 maggio 1990, causa 252/88. In dottrina, v.: K. LENAERTS-I. MASELIS-K. GUTMAN, *op. cit.*, p. 247: «*It is only exceptionally that the Court may, in application of the general principle of legal certainty which is inherent in the Union legal order, be moved to restrict for any person concerned the opportunity of relying on a provision which it has interpreted with a view to calling into question legal relationships established in good faith. [...] Furthermore, as the Court has consistently held, such a limitation on the temporal effects of a preliminary ruling may be allowed only in the actual judgment ruling upon the interpretation sought*».

¹⁰ K. LENAERTS-I. MASELIS-K. GUTMAN, *op. cit.*, p. 248, secondo cui: «*The burden of proof is on the party requesting the limitation of the temporal effects of the Court's judgment to demonstrate with specific evidence that all of the requirements have been fulfilled; otherwise, the request is rejected*».

¹¹ M. BROBERG, N. FENGER, *op. cit.*, p. 101.

¹² Cfr.: Corte di Giustizia, 18 ottobre 1979, causa 40/70.

¹³ Il citato art. 158, par. 2, così recita: «Spetta ai giudici nazionali valutare se essi abbiano ricevuto sufficienti chiarimenti mediante una pronuncia pregiudiziale, o se appaia necessario adire nuovamente la Corte».

¹⁴ Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, causa 43/75.

¹⁵ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 439 ss.; P. MARIANI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse ge-*

tamente correlato all'esigenza di salvaguardare il principio di certezza del diritto, che costituisce un principio generale (e, come tale, fonte) di diritto dell'Unione¹⁶.

L'esame della giurisprudenza della Corte dimostra altresì una particolare attenzione per la condotta delle istituzioni europee, e in particolare della Commissione. Invero, già nella citata sentenza *Defrenne* la Corte ritenne decisivo che l'inerzia della Commissione (che non aveva avviato procedure di infrazione nei confronti degli Stati per inosservanza delle norme dei Trattati) avesse ingenerato il legittimo affidamento dei soggetti interessati nella correttezza della propria condotta¹⁷. In seguito, la condizione della buona fede, indotta dall'atteggiamento delle istituzioni europee o dall'incertezza della norma europea, è divenuta una costante nelle pronunce sulla limitazione della retroattività¹⁸.

nerale e tutela dei singoli, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 633 ss.; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2003, p. 241. Per un esame dei presupposti di limitazione dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte, nonché sulla possibilità di rendere maggiormente flessibili tali presupposti, a partire dalla sentenza *Defrenne*, v.: D. DÜSTERHAUS, *Eppur si muove! The Past, Present and (possible) Future of Temporal Limitations in the Preliminary Reference Procedure*, in *YBEL*, 2017, p. 237 ss.

¹⁶ Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, causa 342/14, secondo cui: «il principio della certezza del diritto esige, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese»; Corte di Giustizia, 11 giugno 2015, causa 98/14, secondo cui: «il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, segnatamente, che le norme di diritto siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare quando possono avere sugli individui e sulle imprese conseguenze sfavorevoli»; Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, causa 362/12; Corte di Giustizia, 7 giugno 2005, causa 17/03; Corte di Giustizia, 22 febbraio 1984, causa 70/83, secondo cui: «la legislazione comunitaria dev'essere certa e la sua applicazione dev'essere prevedibile per gli amministratori». In dottrina, v.: R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2020, p. 161.

¹⁷ R. BARATTA, *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne?*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 2275 s.

¹⁸ Tra le varie vedi Corte di Giustizia, 2 febbraio 1988, causa 24/86, cit., secondo cui: «solo in via eccezionale la Corte, come ha deciso nella sopra indicata sentenza 8 aprile 1976, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere la disposizione così interpretata onde rimettere in questione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Siffatta limitazione può essere ammessa, secondo la costante giurisprudenza della Corte, solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta. [...] Quanto all'insegnamento universitario, questo sviluppo è d'altro canto riflesso nel comportamento della Commissione. Infatti, talune lettere indirizzate al Belgio dalla Commissione nel 1984 mettono in luce che la seconda non riteneva a quell'epoca che l'imposizione del *minerval* fosse in contrasto col diritto comunitario. Solo il 25 giugno 1985 la Commissione rendeva noto, durante una riunione ufficiosa con i responsabili dei ministeri belgi della pubblica istruzione, di aver modificato il proprio atteggiamento. Ancora due giorni dopo questa data, vale a dire più di quattro mesi dopo la pronuncia della ripetuta sentenza 13 febbraio 1985, essa dichiarava, durante una riunione del comitato per l'istruzione istituito presso il Consiglio, di non aver terminato le riflessioni in proposito, vale a dire di non avere ancora una precisa opinione sulle conseguenze che si dovevano trarre da questa sentenza la quale, d'altro canto, come è stato sopra rilevato, si è pronunciata a proposito di un insegnamento tecnico. Questo atteggiamento della Commissione ha in particolare potuto indurre nel Belgio a ritenere ragionevolmente che la normativa nazionale fosse conforme al diritto comunitario». Cfr. anche: Corte di Giustizia, 23 maggio 2000, causa 104/98, cit., in cui la limitazione dell'efficacia temporale della sentenza è stata esclusa, in quanto esisteva già una giurisprudenza europea che avrebbe consentito allo Stato di rilevare la violazione; Corte di Giustizia, 16 luglio 1992, causa 163/90, in cui è stata concessa a fronte dell'incertezza della normativa europea e del contegno tenuto dalle istituzioni europee; Corte di Giustizia, 11 marzo 1981, causa 69/80, in cui è stata esclusa per la preesistenza di una giurisprudenza europea e per l'esiguo numero di casi che sarebbero stati interessati dall'efficacia retroattiva della pronuncia.

4. L'efficacia e l'attuazione delle direttive europee nell'ordinamento nazionale

Dalle argomentazioni sopra svolte emerge che, se la Corte non si esprime in ordine all'efficacia nel tempo della propria pronuncia (come nel caso *Lexitor*) alla stessa dovrebbe riconoscersi efficacia *ex tunc*. Ciononostante, ci si propone di verificare se l'applicazione retroattiva della sentenza sia sempre coerente e compatibile rispetto ai principi fondamentali che governano i rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, che pure devono essere rispettati. In dottrina, infatti, non sono mancate voci tese a distinguere tra efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte e loro recepimento nel diritto interno¹⁹.

Sotto altro profilo, il problema dell'applicazione della sentenza *Lexitor* è intimamente legato alla questione dei limiti di efficacia e applicabilità dell'art. 16 CCD, il quale è contenuto in una direttiva, e dunque in una fonte tradizionalmente priva del carattere di applicabilità diretta negli ordinamenti nazionali. Al riguardo, attenta dottrina ha altresì evidenziato come le pronunce della Corte di Giustizia possono avere efficacia diretta negli Stati membri solo nella misura in cui le disposizioni oggetto di interpretazione siano direttamente efficaci²⁰.

Tanto premesso, il giudice nazionale dovrà, in principio, dare attuazione all'art. 16 CCD applicando taluni principi fondamentali che costituiscono corollari del generale principio di leale cooperazione tra Unione europea e Stati membri.

I principi fondamentali cui ci si riferisce – e che costituiscono il parametro della valutazione ivi svolta – sono il principio di interpretazione conforme e di disapplicazione.

a) Principio di interpretazione conforme e divieto di interpretazione *contra legem*

In base al principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, par. 3, TUE, gli Stati membri devono sforzarsi in ogni modo di recepire il diritto europeo, innanzitutto mediante un'interpretazione delle norme interne che sia in linea con le norme sovranazionali²¹. Il nesso tra obbligo di interpretazione conforme e principio di leale cooperazione è stato evocato dalla Corte a partire dalla sentenza *Wagner Miret*²², mentre con riferimento alle direttive l'obbligo è stato

¹⁹ D. DÜSTERHAUS, *op. cit.*, p. 244, secondo cui: «*Retroactivity thus appears to be a matter of domestic application*»; K. LENAERTS-I. MASELIS-K. GUTMAN, *op. cit.*, p. 243 ss.

²⁰ Cfr.: D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 73.

²¹ Corte di Giustizia, 29 giugno 2017, causa 579/15; Corte di Giustizia, 8 novembre 2016, causa 554/14; Corte di Giustizia, 5 settembre 2012, causa 42/11; Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, causa 105/03; Corte di Giustizia, 15 maggio 1986, causa 222/84. Quest'obbligo di interpretazione conforme viene in rilievo soprattutto quando la fonte europea è costituita da una direttiva, quale logica conseguenza dell'effetto indiretto di queste norme negli ordinamenti nazionali. L'interpretazione conforme favorisce l'integrazione tra ordinamento nazionale ed europeo, mediante lo sforzo dell'interprete nazionale di armonizzare il diritto interno e il diritto europeo. Sul tema esiste una vasta letteratura, da ultimo: A. DAVIDE, *Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1890 ss.

²² Corte di Giustizia, 16 dicembre 1993, causa 334/92, in cui si è affermato che: «In terzo

enunciato nella sentenza *Von Colson*²³.

Tuttavia, l'obbligo di interpretazione conforme conosce taluni limiti²⁴. *In primis*, non può giungere fino al punto di imporre al singolo un obbligo previsto da una direttiva non trasposta. In quel caso, infatti, non si avrebbe più differenza tra efficacia diretta ed indiretta delle norme europee²⁵. Inoltre, l'obbligo non può determinare un'interpretazione *contra legem* del diritto interno. A tal proposito, la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'esistenza di un limite all'obbligo di interpretazione conforme nell'inequivocabile contrarietà della norma interna al diritto dell'Unione. Infatti, il dovere di interpretazione conforme presuppone che sia possibile attribuire alla norma interna una varietà di significati, tra i quali l'interprete è chiamato a privilegiare quello conforme al diritto europeo²⁶. Un ulteriore limite è dato dalla necessità di rispettare i principi gene-

luogo, si deve ricordare che qualsiasi giudice nazionale, allorché interpreta e applica il diritto nazionale, deve presumere che lo Stato abbia avuto intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata».

²³ Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, causa 14/83, in cui la Corte ha affermato che: «È tuttavia opportuno precisare che l'obbligo degli stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva n. 76/207, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189, 3° comma». In dottrina, v. tra gli altri: S. HAKET, *Coherence in the Application of the Duty of Consistent Interpretation in EU Law*, in *Review of European Administrative law*, 2015, pp. 215 ss.; G. BETLEM, *The doctrine of consistent interpretation*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 2002, p. 397 ss.

²⁴ L. DANIELE, *op. cit.*, p. 305 ss.; D. GALLO, *op. cit.*, p. 325.

²⁵ Tra le varie, v.: Corte di Giustizia, 24 giugno 2019, causa 573/17, secondo cui il primato del diritto europeo «non può [...] condurre a rimettere in discussione la distinzione essenziale tra le disposizioni del diritto dell'Unione dotate di effetto diretto e quelle che ne sono prive, né, pertanto, a instaurare un regime unico di applicazione di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali»; Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, causa 105/03, cit.; Corte di Giustizia, 26 settembre 1996, causa 168/95.

²⁶ Nella sentenza del 10 aprile 1984, causa 14/83, cit., la Corte ha altresì stabilito che: «Spetta al giudice nazionale dare alla legge adottata per l'attuazione della direttiva, in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisce un margine discrezionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario». Tra le decisioni più recenti, si segnalano, in particolare, le seguenti: Corte di Giustizia, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, causa 882/19, secondo cui: «l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, tuttavia, è soggetto ad alcuni limiti e non può, in particolare, servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»; Corte di Giustizia, 3 giugno 2021, causa 726/19, secondo cui: «certamente, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto interno trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»; Corte di Giustizia, 12 maggio 2021, causa 844/19; Corte di Giustizia, 29 aprile 2021, causa 665/20; Corte di Giustizia, 4 marzo 2020, causa 183/18, secondo cui: «spetta alle autorità nazionali, e in particolare agli organi giurisdizionali nazionali quando statuiscono su controversie ad essi sottoposte, interpretare il diritto nazionale conformemente alle disposizioni in esse contenute, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione. Il principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale non può tuttavia servire da fondamento per un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»; Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014, causa 176/12, secondo cui: «l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del proprio diritto interno trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire da fondamento per un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 settembre 2012, causa 42/11; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 24 gennaio 2012, causa 282/10; Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, causa 378/07; Corte di Giustizia, 15 aprile 2008, causa 268/06; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 16

rali che fanno parte del diritto dell'Unione, quali quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività, come chiarito dalla Corte di Giustizia²⁷.

b) Disapplicazione della norma interna a favore della norma europea

Il dovere di disapplicazione costituisce un ulteriore corollario del principio di leale cooperazione. Tuttavia, la disapplicazione della norma interna presuppone che la norma europea sia dotata di efficacia ed applicabilità diretta negli ordinamenti nazionali²⁸, come tipicamente avviene nel caso di un regolamento.

Con riferimento alle direttive, invece, l'applicabilità diretta è esclusa, e si può parlare di efficacia diretta ed immediata solo in termini di capacità di produrre effetti giuridici negli ordinamenti interni in mancanza di misure nazionali di attuazione (o in presenza di erronea attuazione), purché ricorrano i presupposti individuati dalla giurisprudenza europea²⁹. In particolare, è necessario che sia scaduto il termine concesso allo Stato per l'attuazione della direttiva, e che la stessa crei diritti a favore dei singoli, di contenuto sufficientemente preciso ed incondizionato (come nel caso delle direttive c.d. *self-executing* o dettagliate)³⁰. Pur in questi casi, tuttavia, l'efficacia diretta della direttiva è limitata

giugno 2005, causa 105/03, cit. In dottrina, vedi da ultimo: R. BARATTA, *Il sistema istituzionale*, cit., pp. 206 ss.

²⁷ Corte di Giustizia, 4 luglio 2006, causa 212/04, secondo cui: «Certamente, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (v., per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa 105/03, Pupino, Racc. pag. I-5285, punti 44 e 47)»; Corte di Giustizia, 8 ottobre 1987, causa 80/86, secondo cui: «Tuttavia, questo obbligo del giudice nazionale, di riferirsi al contenuto della direttiva nell'interpretare le pertinenti norme di diritto nazionale, incontra il limite dei principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario ed in particolare quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività». Per quanto enunciato, spesso, in materia penale, il principio in esame si presta indubbiamente ad un'applicazione generalizzata.

²⁸ Sul tema esiste una vasta letteratura. Tra gli altri, v.: F.R. DINACCI, *Interpretazione "euro-peisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3055 s.

²⁹ L. DANIELE, *op. cit.*, p. 292 ss.; J. DICKSON, *Directives in EU Legal Systems: Whose Norms Are They Anyway?*, in *ELJ*, 2011, p. 190 ss.; K. LENAERTS-T. CORTHAUT, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *ELR*, 2006, p. 210. Per un esame sulla distinzione tra i concetti di efficacia diretta ed applicabilità diretta, nonché della dottrina e giurisprudenza europea sul tema, v.: N. FOSTER, *Foster on EU law*, OUP Oxford, Oxford, 2021, p. 167 ss.; D. GALLO, *op. cit.*, p. 114 ss.; S. PRECHAL, *Directives in EC law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2005, p. 226 ss.

³⁰ Il legame tra efficacia diretta e carattere incondizionato è stato valorizzato dalla Corte di Giustizia già nella nota sentenza *van Gend en Loos* (sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62). Con riferimento specifico alle direttive, però, il principio è stato evocato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 17 dicembre 1970, causa 33/70, in cui si legge: «L'efficacia della direttiva 68/31 va valutata alla luce di questo complesso di disposizioni. A tale scopo, è opportuno considerare non solo la forma dell'atto di cui si discute, ma anche la sua sostanza, come pure la sua funzione nel sistema del trattato». Il principio è stato poi enunciato in termini più chiari nella successiva sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41/74, in cui si legge: «L'obbligo risultante dalla norma testé citata è assoluto ed incondizionato; esso non richiede inoltre, per la sua stessa natura, alcun provvedimento d'attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri». I requisiti della precisione e del carattere incondizionato sono stati precisati nella sentenza del 17 settembre 1996, causa 246/94, in cui la Corte ha chiarito che una direttiva è incondizionata quanto «enuncia un obbligo che non è accompagnato da alcuna condizione né subordinato nella sua esecuzione o nei suoi effetti all'intervento di alcun atto sia delle istituzioni della Comunità sia degli Stati membri», ed è precisa quando «enuncia un obbligo in termini non

ai rapporti c.d. verticali, ossia a situazioni in cui la norma della direttiva sia invocata da un soggetto privato nei confronti di un soggetto pubblico, ovvero un soggetto privato investito di funzioni pubblicistiche³¹ (il tal senso, l'efficacia diretta ha altresì la funzione di sanzionare lo Stato, inadempiente all'obbligo di attuazione del diritto europeo)³².

Al riguardo, si ricorda che il concetto di soggetto pubblico, nei cui confronti può operare l'efficacia diretta nell'ambito dei rapporti c.d. verticali, è inteso in un'accezione lata. Infatti, la Corte ha via via ampliato il concetto di Stato come destinatario dell'obbligo di osservare la direttiva, includendo non solo la pubblica amministrazione³³ e gli enti locali³⁴, ma anche società nel cui capitale lo Stato ha o ha avuto una quota significativa in grado di influenzarne le decisioni o, addirittura, imprese private incaricate di servizi pubblici con poteri derogatori rispetto al regime generale³⁵.

Viceversa, l'effetto diretto è escluso nei rapporti tra privati, c.d. rapporti orizzontali³⁶, per quanto un effetto diretto possa prodursi nei rapporti trilaterali

equivoci». In seguito, il principio è stato costantemente ribadito. Tra le altre, v.: Corte di Giustizia, 3 marzo 2011, causa 203/10; Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, causa 226/07; Corte di Giustizia, 5 ottobre 2004, cause riunite da 397/01 a 403/01, secondo cui: «risulta da una costante giurisprudenza della Corte che, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva sia che l'abbia recepita in modo non corretto»; Corte di Giustizia, 24 settembre 1998, causa 76/97; Corte di Giustizia, 23 febbraio 1994, causa 236/92; Corte di Giustizia, 20 settembre 1988, causa 190/87, secondo cui: «il diritto del cittadino della Comunità di far valere una disposizione incondizionata e sufficientemente precisa di una direttiva nei confronti dello Stato membro che si sia astenuto dal recepire detta direttiva o non l'abbia recepita correttamente è basato sul combinato disposto degli artt. 189, 3° comma, e 5 del trattato CEE»; Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, causa 152/84; Corte di Giustizia, 15 dicembre 1983, causa 5/83; Corte di Giustizia, 22 settembre 1983, causa 271/82; Corte di Giustizia, 19 gennaio 1982, causa 8/81; Corte di Giustizia, 26 febbraio 1976, causa 52/75. Per un più completo esame dei casi in cui una direttiva può esplicare efficacia diretta, vale a dire l'ipotesi di direttiva che imponga un obbligo di non fare, o che riproduca una disposizione dei Trattati, si veda: F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 276 ss.

³¹ Corte di Giustizia, 10 ottobre 2017, causa 413/15; Corte di Giustizia, 12 luglio 1990, causa 188/89.

³² Corte di Giustizia, 28 aprile 2011, causa 61/11; Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, causa 208/90; Corte di Giustizia, 12 luglio 1990, causa 188/89; Corte di Giustizia, 6 maggio 1980, causa 102/79; Corte di Giustizia, 5 aprile 1979, causa 148/78. In dottrina v.: C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione Europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 60.

³³ Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, causa 152/84.

³⁴ Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, causa 103/88.

³⁵ Corte di Giustizia, 10 ottobre 2017, causa 413/15; Corte di Giustizia, 4 dicembre 1997, cause riunite da 253/96 a 258/96; Corte di Giustizia, 12 luglio 1990, causa 188/89.

³⁶ Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, causa 457/02, secondo cui: «In proposito, occorre ricordare che una direttiva non può certamente creare, di per sé, obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso (v., in particolare, sentenza 14 settembre 2000, causa 343/98, Collino e Chiapperò, Racc. pag. I-6659, punto 20)»; Corte di Giustizia, 28 gennaio 1999, causa 77/97; Corte di Giustizia, 7 marzo 1996, causa 192/94, secondo cui: «Estendere detta giurisprudenza all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta unicamente nei casi in cui essa ha il potere di adottare regolamenti o decisioni (v. sentenza Faccini Dori, già citata, punto 24)»; Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, causa 91/92; Corte di Giustizia, 11 giugno 1987, causa 14/86; Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, causa 152/84, cit. In dottrina, v.: N. FOSTER, *op. cit.*, p. 179 ss.; R. ADAM-A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 178; O. POLLICINO, *La Corte di giustizia riconosce l'efficacia diretta*

(c.d. effetti incidentali e triangolari), allorché l'esercizio del diritto attribuito dalla direttiva nei confronti del soggetto pubblico determini effetti pregiudizievoli per un altro soggetto privato³⁷. Al riguardo, s'impone una doverosa precisazione: negare che una direttiva possa produrre effetti diretti nei rapporti orizzontali non significa negare che la sua mancata o erronea attuazione da parte dello Stato possa essere invocata in una controversia tra privati. Ed infatti, nella giurisprudenza della Corte ciò è avvenuto, ma ha determinato, ad esempio, la disapplicazione di norme nazionali. Ciò che non può avvenire, nemmeno in questi casi, è che l'inadempimento dello Stato comporti un obbligo positivo per il privato: la Corte di Giustizia ha chiarito che il principio di certezza del diritto sarebbe violato anche ove ai singoli si imponessero obblighi sulla base di una direttiva inattuata (non essendo gli stessi in grado di conoscerne con sufficiente certezza la portata)³⁸.

c) Il principio di leale cooperazione

Si è detto che entrambi i principi sopra esaminati costituiscono corollari del principio di leale cooperazione tra Unione e Stati, enunciato dall'art. 4, par. 3, TUE, secondo cui Unione e Stati sono chiamati a rispettarsi ed assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati. In attuazione del principio, i rapporti tra gli ordinamenti implicano reciproca collaborazione³⁹,

orizzontale dei principi generali ma non delle direttive, in Q. Cost., 2016, p. 597 s.; U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 s.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 175 s.; A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *Federalismi*, 2011, p. 17; R. ADAM-A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino 2006, p. 56 s., e giurisprudenza ivi citata; S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 266.

³⁷ Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, cause riunite da 152/07 a 154/07; Corte di Giustizia, 7 gennaio 2004, causa 201/02; Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, causa 103/88. In dottrina v.: U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2020, p. 322 s.; A. IERMANO, *L'effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi "limiti" nei rapporti orizzontali*, in *Freedom, Security, Justice: European Legal Studies*, 2018, p. 27 ss.; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea: l'ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 125; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, OUP Oxford, Oxford, 2015, p. 101 ss.; A. KACZOROWSKA, *European Union Law*, Routledge, London, 2013, p. 293 ss.; F. CAPELLI, *L'efficacia orizzontale delle direttive comunitarie secondo una giurisprudenza incompiuta*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1994, p. 51 ss.

³⁸ Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, cause riunite da 152/07 a 154/07, cit.; Corte di Giustizia, 7 gennaio 2004, causa 201/02, cit.; Corte di Giustizia, 26 settembre 2000, causa 443/98; Corte di Giustizia, 30 aprile 1996, causa 194/94. In dottrina, si è osservato come la differenza tra le due situazioni sia collegata alla qualifica della direttiva come *private law directive* o *public law directive*. Nel primo caso, infatti, la direttiva è direttamente volta a regolare rapporti privatistici, con la conseguenza che non potrà direttamente modificare diritti ed obblighi dei privati. Nel secondo caso, invece, la direttiva è volta a regolare i rapporti tra singoli e Stato, con la conseguenza che le sue previsioni potranno legittimamente essere invocate in una controversia tra privati o nei confronti di privati. Sul punto, v.: D. GALLO, *op. cit.*, p. 308 s.; A. DASHWOOD, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 98 ss.; R. KRÁL, *Questioning the limits of invocability of EU directives in triangular situations*, in *European Public Law*, 2010, p. 239 ss.; D. COLGAN, *Triangular Situations: The Coup de Grâce for the Denial of Horizontal Direct Effect of Community Directives*, in *European Public Law*, 2002, p. 545 ss.; J. STUYCK, *Case Note on Océano Grupo*, in *CML-Rev.*, 2001, p. 735; H. GILLIAMS, *Horizontale werking van richtlijnen*, in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, 2000, p. 241; P.J. SLOT, *Case Note on CIA Security International*, in *CML-Rev.*, 1996, p. 1035 ss.

³⁹ Corte di Giustizia, 22 ottobre 2002, causa 94/00, secondo cui: «Come emerge dalla giuri-

integrazione e contaminazione⁴⁰.

Il contrappeso dell'integrazione è poi rappresentato dalla tutela dell'identità nazionale di ciascuno Stato membro, di cui all'art. 4, par. 2, TUE⁴¹. Questa norma riflette il pluralismo "costituzionale" (o identitario) che si riscontra all'interno dell'Unione Europea, e, in combinato disposto con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, assicura un pacifico confronto tra i diversi ordinamenti. Così, le autorità nazionali sono chiamate non solo a garantire l'attuazione della normativa europea, ma anche a facilitare all'Unione europea l'assolvimento dei propri compiti⁴². Si delinea, dunque, un concetto di fondamentale importanza: l'obbligo di leale cooperazione implica un riparto di competenze tra Unione europea e Stato membro, secondo cui l'Unione ha il compito di creare una cornice comune, mentre il singolo Stato ha l'obbligo di calare la disciplina europea nel concreto contesto nazionale⁴³. Questo confronto ha condotto all'accoglimento di principi costituzionali a livello europeo, e viceversa⁴⁴, cosicché i principi costituzionali comuni ai vari Stati sono ormai, in gran parte, principi fondamentali dello stesso ordinamento europeo, ed è lecito

sprudenza della Corte, un obbligo di leale cooperazione s'impone sia alle autorità giurisdizionali degli Stati membri che agiscono nell'ambito delle loro competenze (v., in particolare, sentenze 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann*, Racc. pag. 1891, punto 26, e 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Racc. pag. 3969, punto 12), sia alle istituzioni comunitarie, le quali sono tenute a reciproci obblighi di leale cooperazione con gli Stati membri (v., segnatamente, sentenza 10 febbraio 1983, causa 230/81, Lussemburgo/Parlamento, Racc. pag. 255, punto 38, ed ordinanza 13 luglio 1990, causa 2/88 IMM, *Zwartveld e a.*, Racc. pag. 1-3365, punto 17). Si deve sottolineare in proposito che, qualora, come nel caso di specie, le autorità comunitarie e nazionali siano chiamate a concorrere alla realizzazione degli obiettivi del Trattato mediante un esercizio coordinato delle rispettive competenze, tale cooperazione riveste un carattere particolarmente essenziale»; Corte di Giustizia, 13 luglio 1990, causa 2/88, secondo cui: «le istituzioni comunitarie sono tenute ad un obbligo di leale collaborazione con le autorità giudiziarie degli Stati membri, incaricate di vegliare all'applicazione e all'osservanza del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale»; Corte di Giustizia, 15 gennaio 1986, causa 52/84, secondo cui: «la Commissione e lo Stato membro, in forza della norma che impone agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie doveri reciproci di leale collaborazione, norma che informa soprattutto l'art. 5 del trattato, devono collaborare in buona fede per superare le difficoltà nel pieno rispetto delle norme del trattato».

⁴⁰ A tal proposito, si pensi ai principi comuni agli Stati Membri, che diventano principi generali del diritto europeo grazie ad un confronto tra le Corti nazionali e sovranazionali. Sul tema, vedi: A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, p. 35 s.

⁴¹ Molti interpreti hanno inteso la norma come fondamento della teoria dei c.d. controlimiti, ma lo spirito e la collocazione della stessa sembrano piuttosto correlare quest'obbligo al principio di sussidiarietà. Non a caso, la norma non parla di identità *costituzionale*, bensì di identità *nazionale*, che costituisce un concetto la cui definizione è rimessa ai singoli Stati. Né potrebbe essere diversamente, non potendosi onerare la Corte di Giustizia del dovere di indagare l'identità dei singoli Stati, o defraudare questi ultimi del diritto di autodefinirsi davanti alle istituzioni europee. Sul tema v.: E. ALBANESI, *Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2020, p. 425 ss.; G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Q. Cost.*, 2019, p. 333 ss.

⁴² Corte di Giustizia, 24 marzo 1988, causa 240/86240; Corte di Giustizia, 11 dicembre 1985, causa 192/1984; Corte di Giustizia 27 febbraio 1980, causa 68/79.

⁴³ Questa dinamica si riproduce, ovviamente, nel rapporto tra Corti europee e Corti nazionali, giacché: alla Corte di Giustizia spetta il compito di chiarire la portata delle norme europee, mentre i giudici nazionali devono recepire le relative pronunce, con gli eventuali limiti imposti dai principi fondamentali di diritto interno. Sul tema, v.: P. MENGOSI, *op. cit.*, p. 102; G. LATTANZI, *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco, Contributo per il Liber amicorum in onore del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo Guido Raimondi*.

⁴⁴ È dunque lecito domandarsi se la teoria dei controlimiti conservi una qualche *utilità*.

supporre che gli stessi verranno garantiti a livello sovranazionale. In ogni caso, poi, il singolo Stato potrà (*rectius*, dovrà) tenerne conto nel momento in cui procede al recepimento di una disposizione europea, in quanto fonti del diritto europeo gerarchicamente sovraordinate.

Nel progressivo sviluppo del concetto di leale cooperazione, la Corte di Giustizia ha altresì valorizzato il collegamento tra questo ed il principio di “buona fede”, stabilendo che, in considerazione del principio di leale cooperazione, l’Unione e gli Stati membri devono collaborare in buona fede per superare eventuali difficoltà di attuazione del diritto europeo⁴⁵. Da ciò è possibile desumere che dal principio di leale cooperazione discenda il corollario dell’attuazione in buona fede del diritto europeo da parte degli Stati membri. La stessa Corte di Giustizia, del resto, ha configurato il principio di leale cooperazione come principio “cangiante”, nel senso che il suo contenuto «dipende, di volta in volta, dalle disposizioni del Trattato o dai principi che si desumono dalla sua struttura complessiva»⁴⁶.

Come tale, il dovere di leale cooperazione può trovare un contemperamento con altri principi generali dell’Unione, quali il citato principio di certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento. Quest’ultimo, in particolare, è stato costantemente ribadito dalla Corte di Giustizia⁴⁷, attraverso un processo c.d. di «integrazione a tratti successivi»⁴⁸, che può essere analizzato attraverso l’esame di alcune paradigmatiche sentenze della Corte di Giustizia. Dapprima, infatti, la Corte evocava solo implicitamente la necessità di tutela del legittimo

⁴⁵ Tra le varie, v.: Corte di Giustizia, 10 luglio 1990, causa 217/88. L’apice dell’evoluzione giurisprudenziale in materia di leale cooperazione e controlimiti si è avuto, da ultimo, con la nota vicenda Taricco, su cui v. da ultimo: S. LOCONTE-I. MESSI, *Taricco-bis: la CGUE riconosce i principi fondamentali dell’Ordinamento costituzionale italiano*, in *Iltributario.it*, 31 gennaio 2018. In questa occasione, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha mostrato una maggior sensibilità nei confronti del diritto nazionale, riconoscendo che spetta al giudice statale dare attuazione agli obblighi che discendono dall’ordinamento dell’Unione. In questo modo, la Corte ha operato un bilanciamento tra le istanze di tutela dei principi di matrice nazionale costituzionalmente garantiti, da un lato, e il primato del diritto dell’Unione europea, dall’altro lato.

⁴⁶ Corte di Giustizia, 12 luglio 1973, causa 2/73.

⁴⁷ Il principio è stato enunciato per la prima volta con la decisione della Corte di Giustizia del 3 maggio 1978, causa 112/77. Nella risalente sentenza del 22 gennaio 1997, T-115/94, il Tribunale dell’Unione europea faceva discendere il principio dal diritto internazionale generale, così argomentando: «Va osservato in secondo luogo che il principio di buona fede è il corollario, nel diritto internazionale pubblico, del principio di tutela del legittimo affidamento, che, secondo la giurisprudenza, fa parte dell’ordinamento giuridico comunitario (v. sentenza della Corte 3 maggio 1978, causa 112/77, *Töpfer/Commissione*, Racc., p. 1019, punto 19). Possono appellarsi al principio di tutela del legittimo affidamento tutti gli operatori economici nei quali un’istituzione abbia ingenerato speranze fondate (v., segnatamente, sentenza del Tribunale 13 luglio 1995, cause riunite T-466/93, T-469/93, T-473/93, T-474/93 e T-477/93, *O’Dwyer e a./Consiglio*, Racc. p. 11-2071, punto 48)». Tra le pronunce più recenti, si segnala la sentenza del 30 aprile 2020, causa 184/19, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che: «i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento fanno parte dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea. A tale titolo, essi devono essere rispettati non solo dalle istituzioni dell’Unione, ma anche dagli Stati membri nell’esercizio dei poteri ad essi conferiti dalle direttive dell’Unione. [...] In via preliminare, occorre rammentare che i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento richiedono, da un lato, che le norme giuridiche siano chiare e precise e, dall’altro, che la loro applicazione sia prevedibile per coloro che vi sono sottoposti (v., in tal senso, sentenza dell’11 settembre 2019, *Calin*, causa 676/17, EU:C:2019:700, punto 50 e giurisprudenza ivi citata). Del pari, nelle materie disciplinate dal diritto dell’Unione, la normativa degli Stati membri deve essere formulata in modo non equivoco al fine di consentire ai soggetti interessati di conoscere i loro diritti e obblighi in modo chiaro e preciso e ai giudici nazionali di garantirne l’osservanza».

⁴⁸ P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 255 ss.

affidamento in sentenze relative al principio di certezza del diritto, ritenendo che quest'ultimo non dovesse essere applicato in maniera assoluta, bensì confrontando l'interesse pubblico (ossia dell'Unione) con l'interesse dei privati⁴⁹. In seguito, nell'enunciare apertamente il principio del legittimo affidamento⁵⁰, la Corte ha scelto di integrare il diritto comunitario scritto in modo selettivo, ossia tutelando un principio che non era valorizzato da tutti gli Stati membri. Così, la Corte ha "ignorato" quegli ordinamenti che non ne tenevano conto per estendere il più possibile l'ambito di tutela degli individui⁵¹. Successivamente, la Corte ha ribadito il principio, fino a farne un presupposto della limitazione dell'efficacia temporale delle proprie pronunce⁵². Invero, il principio di tutela del legittimo affidamento (come tutti i principi generali di diritto dell'Unione) orienta l'interpretazione del diritto europeo e costituisce un criterio-guida anche per la Corte di Giustizia, nella sua funzione di controllo e interpretativa⁵³.

5. Sull'applicazione dei citati principi nella vicenda *Lexitor*

In considerazione dell'analisi che precede, ci si propone ora di verificare quali conseguenze produrrebbe un'applicazione dei citati principi generali nella vicenda *Lexitor*.

⁴⁹ Corte di Giustizia, 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59.

⁵⁰ Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, causa 81/72.

⁵¹ Nella selezione dei principi meritevoli di assurgere a principi generali del diritto europeo sta la funzione creativa della Corte di Giustizia, la quale non procede ad un'analisi comparativa dei vari ordinamenti statali, ma sceglie, tra le varie soluzioni prospettate dagli Stati, quella che meglio assicura la realizzazione degli obiettivi posti dai Trattati e meglio contribuisce all'integrazione dinamica dell'ordinamento europeo. Sul tema, v.: M.C. CICIRIELLO, *La comunità europea e i suoi principi giuridici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 112.

⁵² Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, causa 43/75, cit., e Corte di Giustizia, 2 febbraio 1988, causa 24/86, cit. Più in generale, l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento può costituire un limite all'efficacia retroattiva di qualunque atto dell'Unione. A tal proposito, v.: Corte di Giustizia, 20 giugno 1991, causa 248/89, in cui è stabilito che: «Anche se occorre riconoscere ad ogni istituzione comunitaria, che accerta l'illegittimità dell'atto che ha appena adottato, il diritto di revocarlo entro un termine ragionevole con effetto retroattivo, tale diritto può trovare un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto, che ha potuto fare affidamento sulla legittimità di quest'ultimo (v. sentenza 3 marzo 1982, *Alpha Steel*, Racc. p. 749)».

⁵³ A. ADINOLFI, *Materiali di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 171 ss.; M.C. CICIRIELLO, *op. cit.*, p. 108. Sul tema v. inoltre: T. MACIEJEWSKI-J. THEILEN, *op. cit.*, p. 713 ss, in cui gli Autori, *inter alia*, contestano l'eccessiva rigidità del principio di efficacia *ex tunc* delle sentenze della Corte di Giustizia, ritenendo che una maggior tutela del legittimo affidamento (da realizzarsi attraverso la limitazione dell'efficacia delle sentenze nel tempo) non comprometterebbe eccessivamente l'effettività del diritto europeo; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2007, p. 242, in cui l'Autore afferma che la tutela del legittimo affidamento è espressione del principio di certezza del diritto; K. LENAERTS-P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 713, che definiscono il principio come «*principle of sound administration*»; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 2006, pp. 941 ss.; J. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, Nomos Verlagsges MBH, Baden-Baden, 2002, p. 393; R. THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, London, 2000, p. 42, in cui l'Autore chiarisce che: «*The principle of legitimate expectations is used to ensure that the administration achieves its objectives while, so far as possible, protecting the individual's expectations. By using law as a means of administration a balance is achieved between the public interest and the individual's expectations*».

a) Interpretazione conforme della normativa nazionale

Sul presupposto che la sentenza *Lexitor* abbia efficacia retroattiva, il giudice nazionale era (ed è) innanzitutto chiamato ad interpretare la normativa interna (art. 125-*sexies* TUB) in senso conforme all'art. 16 CCD. Nel far ciò, si dovrà verificare se l'art. 125-*sexies* TUB si presti, effettivamente, a diverse interpretazioni, e se tra queste ve ne sia una conforme all'art. 16 CCD, nel senso chiarito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Lexitor*.

Ebbene, per quanto concerne il testo originario, vi era una differenza letterale tra le due norme. In particolare, l'art. 16 CCD (nella versione italiana) contempla il «diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto», mentre l'originario art. 125-*sexies* TUB prevedeva il «diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto». In particolare, l'utilizzo, nella norma italiana, della locuzione «pari a» ha indotto le competenti autorità e la giurisprudenza a interpretare la norma nel senso che il rimborso fosse limitato alle sole voci di costo espressamente contemplate. Invero, l'art. 16 CCD, utilizzando l'espressione «comprende», avrebbe potuto indurre a ritenere che l'elencazione compiuta dalla norma non fosse esaustiva, ma potesse implicitamente riferirsi anche a voci di costo non espressamente menzionate. Tuttavia, questa differenza non è stata valorizzata, e la distinzione tra costi *up-front* e costi *recurring* è stata avallata dalla Banca d'Italia⁵⁴, dall'Arbitro Bancario Finanziario⁵⁵ e dai giudici

⁵⁴ Nel provvedimento in materia di «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari» del 29 luglio 2009 (sez. XI, par. 2), la Banca d'Italia prevedeva espressamente che «in relazione ai contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e a fattispecie assimilate, le procedure [interne dell'intermediario erogante il prestito] quantificano in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che, in caso di estinzione anticipata, sono restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore». Successivamente, tale orientamento è stato ribadito più volte dalla Banca d'Italia. Così, la distinzione tra costi *up-front* e costi *recurring* – e la precisazione che solo questi ultimi saranno rimborsati al consumatore in caso di estinzione anticipata – si ritrova sia nel Comunicato del 7 aprile 2011 in materia di finanziamento con cessione del quinto, sia nell'aggiornamento delle Disposizioni di trasparenza del 9 febbraio 2011. Più di recente, gli Orientamenti di vigilanza del 30 marzo 2018 specificano che i costi/commissioni *up-front* «non saranno restituite in caso di estinzione anticipata del finanziamento».

⁵⁵ Nella Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario per l'anno 2011, si legge che: «una questione ripetutamente sottoposta all'ABF è stata quella degli effetti dell'estinzione anticipata del contratto di finanziamento per quanto attiene alle spese e agli oneri sostenuti dal cliente sino a quel momento in forza del contratto. In più pronunce, l'organo decidente ha riconosciuto il diritto del cliente – indipendentemente dalla sua eventuale qualità di consumatore – a vedersi restituite le somme versate a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora rese dall'intermediario al momento dell'estinzione anticipata del contratto, che il cliente avrebbe dovuto dunque ottenere in futuro se il rapporto di finanziamento non fosse nel frattempo venuto meno. Lo stesso criterio ha, nel contempo, condotto a negare ai clienti il rimborso della commissione relativa all'intervento del mediatore/agente, atteso che un simile intervento è destinato a esaurirsi nella fase della stipula del contratto». La Relazione per l'anno 2012 fa riferimento all'«obbligo dell'intermediario di rimborsare, in sede di estinzione anticipata, la quota parte delle componenti pagate anticipatamente dal cliente, ma soggette a maturazione nel corso del tempo (c.d. commissioni *recurring*)». Di tenore analogo sono le Relazioni per l'anno 2013, 2014, 2016, 2017. Per quanto concerne, invece, le decisioni ABF, il Collegio di coordinamento, con decisione del 22 settembre 2014, n. 6167, distingue tra «i costi relativi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (cc.dd. *recurring*) da quelli relativi ad adempimenti preliminari alla concessione del prestito (cc.dd. *up-front*)», puntualizzando che la «distinzione è finalizzata a sancire la retrocedibilità dei primi e non anche dei secondi, limitatamente alla quota non maturata degli stessi in ragione dell'anticipata estinzione». Per quanto

di merito⁵⁶. In questo modo, nell'ordinamento italiano si è consolidato un orientamento condiviso sul significato dell'art. 125-*sexies* TUB. Dunque, delle due l'una: o le autorità italiane hanno reso l'unica interpretazione possibile della norma, oppure la norma si prestava a diverse interpretazioni, ma le autorità italiane ne hanno adottata una non conforme al diritto europeo.

Invero, anche dopo la sentenza *Lexitor* le autorità italiane hanno manifestato dubbi sulla possibilità di interpretazione conforme. Al riguardo, il Collegio di Coordinamento, con decisione dell'11 dicembre 2019, ha enfatizzato l'identità di significato (ma non di tenore letterale) tra art. 16 CCD e art. 125-*sexies* TUB, e ha ammesso che entrambi i testi «utilizzano una formula espressiva che, sul piano strettamente letterale, sembrerebbe suggerire il collegamento del diritto alla riduzione dei costi in riferimento soltanto a quelli dipendenti dalla restante durata del rapporto contrattuale». Cionondimeno, muovendo dalla generale efficacia dichiarativa (e, dunque, retroattiva) delle sentenze della Corte di Giustizia, esso ha concluso nel senso che l'art. 125-*sexies* TUB dovesse essere letto «come se avesse detto fin dalla sua origine» che la riduzione del costo totale del credito debba comprendere tanto i costi *recurring* quanto i costi *up-front*. I collegi periferici, tuttavia, non hanno sempre recepito questa soluzione⁵⁷. Anche la giurisprudenza di merito è apparsa divisa. In al-

riguarda, invece, i collegi periferici, si riportano a titolo esemplificativo le decisioni del Collegio di Napoli del 3 dicembre 2012, n. 4087, che recita: «È orientamento condiviso dai tre Collegi ABF quello secondo il quale l'intermediario è tenuto – sin dalla originaria versione dell'art. 125, comma 2, d.lgs. 385/1993 e dell'art. 3 del Decreto del ministero del tesoro 8 luglio 1992 – a rimborsare, in sede di estinzione anticipata del prestito, la quota parte delle componenti economiche pagate anticipatamente, ma soggette a maturazione nel corso del tempo (c.d. commissioni *recurring*)», e del 22 febbraio 2011, n. 349, secondo cui: «si dovrà necessariamente avere cura di distinguere tra le somme che debbono essere corrisposte a fronte di prestazioni già rese, e dunque godute dal cliente, le somme che sono in realtà il corrispettivo di prestazioni ancora non rese dall'intermediario, che dunque il cliente avrebbe dovuto ottenere in futuro, e di cui evidentemente non godrà più proprio per l'effetto della cessazione anticipata: distinzione all'evidenza fondamentale, appunto perché in caso di estinzione anticipata del rapporto l'intermediario potrà legittimamente ottenere solo le somme relative a prestazioni rese al cliente e non già per quelle inerenti a prestazioni ancora da rendere» (nello stesso senso: Collegio di Napoli, decisione del 24 maggio 2011, n. 1071).

⁵⁶ A titolo esemplificativo, il Trib. Napoli, con sentenza del 4 dicembre 2018, si esprimeva nei seguenti termini: «come più volte affermato da diverse pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario (cfr. *ex multis* decisione n. 6167/2014 del Collegio di Coordinamento), la concreta applicazione del principio di equa riduzione del costo del finanziamento determina la rimborsabilità delle sole voci soggette a maturazione nel tempo (c.d. *recurring*) che – a causa dell'estinzione anticipata del prestito – costituirebbero un'attribuzione patrimoniale in favore del finanziatore ormai priva della necessaria giustificazione causale, di contro non sono rimborsabili le voci di costo relative alle attività preliminari e prodromiche alla concessione del prestito, integralmente esaurite prima della eventuale estinzione anticipata (c.d. *up front*). Dal momento che nel caso di specie la molteplicità degli adempimenti previsti nel contratto di cui è causa, senza la necessaria ripartizione delle quote relative alle varie commissioni tra quelle preliminari alla conclusione del contratto e quelle soggette a maturazione nel tempo, determina "una complessiva opacità della formulazione delle clausole, aggravata dalla sua formulazione unitaria e riferibile alle diverse commissioni previste nel contratto" (cfr. ABF Napoli del 20 settembre 2017 n. 0011296/17, che ha deciso la questione oggi oggetto di controversia giudiziale), non può che determinare il riconoscimento del diritto della ricorrente alla restituzione delle commissioni bancarie e di intermediazione proporzionalmente alla vita residua del finanziamento». Del medesimo tenore: Trib. Torino, 29 marzo 2019, n. 1543; Trib. Torino, 8 marzo 2019, n. 1101; Trib. Torino, 10 gennaio 2019, n. 84; Trib. S. Maria Capua, 20 marzo 2018, n. 1009.

⁵⁷ A titolo esemplificativo, il Collegio di Napoli, con decisione dell'8 ottobre 2020, n. 17428, ha respinto il ricorso del consumatore osservando che: «il riferimento all'inciso relativo alla "vita residua del contratto" ha determinato, tanto nella "giurisprudenza" ABF, quanto (e soprattutto) nella disciplina sub primaria della Banca d'Italia (cfr. Le Disposizioni sulla trasparenza e le Indicazioni della Vigilanza del 2009, 2011 e 2018, nonché le Comunicazioni Banca d'Italia del 2009

cune decisioni, il principio *Lexitor* è stato applicato *tout court*, ritenendo che l'art. 125-*sexies* potesse essere interpretato in senso conforme all'art. 16 CCD⁵⁸. In altre, invece, la differenza letterale dell'art. 125-*sexies* TUB rispetto all'art. 16 CCD è stata valorizzata per escludere la possibilità di un'interpretazione conforme⁵⁹.

In apparenza, la questione della possibilità o meno di un'interpretazione conforme del vecchio art. 125-*sexies* TUB sembrerebbe essere stata risolta dal legislatore, il quale ha sostituito il testo della norma. Ciò è avvenuto al fine di eliminare le incertezze sorte a seguito della *Lexitor*, ma potrebbe essere considerato quale implicito avallo della tesi che escludeva la possibilità di interpretarla conformemente al principio *Lexitor*. Sennonché, il problema dell'interpretazione conforme si ripropone con riferimento al nuovo testo dell'articolo, poiché la limitazione della portata retroattiva del principio *Lexitor* nell'ordinamento italiano si pone in contrasto con la generale efficacia retroattiva delle sentenze della Corte di Giustizia.

Di qui la scelta di alcuni giudici di merito di procedere alla disapplicazione parziale della nuova norma.

b) Disapplicazione della norma italiana: l'assenza di efficacia diretta dell'art. 16 CCD

Com'è noto, ove non possa conciliare il significato della norma interna con la disposizione europea, il giudice nazionale è chiamato a disapplicare la prima in favore della seconda. Ciò presuppone, tuttavia, che la norma europea sia direttamente applicabile.

Ebbene, l'art. 16 CCD è norma contenuta in una direttiva non immediatamente applicabile, e regola rapporti fra privati (in particolare, tra l'istituto finanziatore e il consumatore finanziato, in sede di scioglimento anticipato del contratto di finanziamento). Trattasi dunque di rapporti c.d. orizzontali, per i quali la diretta applicabilità ed efficacia della norma europea è in principio esclusa. Non sembra infatti applicabile quella giurisprudenza della Corte che equipara ai soggetti pubblici anche società nel cui capitale lo Stato ha o ha avuto una quota significativa in grado di influenzarne le decisioni, ovvero incaricate di servizi pubblici con poteri derogatori rispetto al regime generale. Nel momento in cui concedono un finanziamento, infatti, gli intermediari finanziari (anche se partecipati) non agiscono nell'esercizio di un incarico pubblico.

Peraltro, l'eventuale invocazione dell'art. 16 CCD in una controversia tra

e 2011) il risultato di circoscrivere i costi interessati alla restituzione in ragione della estinzione anticipata del finanziamento a quelli che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto (c.d. costi *recurring*)».

⁵⁸ Trib. Torino, 23 aprile 2020, n. 1434, secondo cui la norma interna è «trasposizione della regola sancita dalla direttiva (articolo 16 direttiva 2008/48), e deve dunque essere letta in conformità a quest'ultima come interpretata dalla Corte Ue». Nello stesso senso: Trib. Milano, 9 aprile 2021; Trib. Milano, 3 novembre 2020; Trib. Torino, 22 settembre 2020; Giudice di Pace di Mascalucia, 27 agosto 2020, n. 135; Trib. Torino, 21 marzo 2020.

⁵⁹ Così Trib. Roma, 11 febbraio 2021, secondo cui: «non pare applicabile alla fattispecie la sentenza *Lexitor*, che ha interpretato l'art. 16 della Direttiva UE 48/2008 in contrasto con il testo dell'art. 125-*sexies* TUB»; Trib. Mantova, 7 luglio 2020, secondo cui: «La normativa nazionale non fa alcun riferimento ai costi iniziali sostenuti dal cliente e la circostanza non appare né una dimenticanza né una eccessiva sproporzione a svantaggio del cliente. Gli unici costi che possono essere oggetto di domanda di rimborso, come peraltro recita l'art. 125-*sexies* TUB, sono quelli che non dovrà più sostenere avendo rimborsato anticipatamente il debito».

privati avrebbe non già l'effetto di determinare la disapplicazione di una norma nazionale (come avvenuto nei sopra citati casi *CIA International Security* o *Unilever*⁶⁰), bensì di configurare un obbligo "di fare" a carico delle imprese intermediari finanziari, chiamati a restituire tutti i costi del finanziamento. Ebbene, un simile effetto è precluso dalla normativa e dalla giurisprudenza europee, perché l'efficacia diretta di una direttiva non può, in ogni caso, determinare la nascita di obblighi a carico dei privati.

Pertanto, disapplicare la norma interna per applicare direttamente l'art. 16 CCD sembra dar luogo ad un contrasto con la stessa giurisprudenza europea. Del resto, tale posizione è già stata espressa da diverse sentenze di merito⁶¹, da ultimo con l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale⁶².

Se così è, la disapplicazione deve essere esclusa, e l'unica forma di efficacia diretta che potrà essere riconosciuta all'art. 16 CCD consisterà nell'invocarla nei rapporti c.d. verticali, vale a dire nei confronti dello Stato italiano, per violazione del diritto europeo⁶³.

c) La tutela del legittimo affidamento

In termini generali, si è detto che sia l'interpretazione conforme, sia la disapplicazione trovano un limite nella necessità di tutela della certezza del diritto e del principio di legittimo affidamento, da tempo enunciato dalla Corte di Giustizia.

Ebbene, la prima attuazione dell'art. 16 CCD, pur rivelatasi erronea alla lu-

⁶⁰ Causa 194/94 (*CIA International Security*) e causa 443/98 (*Unilever*), cit.

⁶¹ Trib. Roma, 11 febbraio 2021, cit., secondo cui: «la citata direttiva europea non pare *self-executing* e non può trovare diretta applicazione nei rapporti interprivatistici nel nostro ordinamento»; Giudice di Pace di Roma, 31 luglio 2020, n. 13888, secondo cui: «la Direttiva 2008/48/CE art. 16 par. 1 ha comunque efficacia verticale, con ciò intendendosi che l'interessato può far valere solo nei confronti dello Stato una asserita imperfetta attuazione della direttiva, mentre essa non ha efficacia "orizzontale" tra privati, con conseguente impossibilità per il giudice di procedere alla disapplicazione della normativa italiana (il cui contrasto con la direttiva peraltro non è dimostrato)»; Trib. Napoli, 22 novembre 2019, n. 10489, secondo cui: «la citata direttiva non è *self-executing*. Di conseguenza si può dire che la Repubblica Italiana abbia non correttamente trasposto nel diritto nazionale la direttiva 2008/48 UE, ma tale situazione può dar luogo ad una responsabilità dello Stato italiano per erronea trasposizione della direttiva, che comunque non sarebbe applicabile nei rapporti tra privati». Hanno condiviso tale orientamento anche: Giudice di Pace di Eboli, 2 novembre 2020, n. 641; Trib. Napoli, 10 marzo 2020, n. 2391; Trib. Monza, 21 novembre 2019, n. 2573.

⁶² Trib. Torino, ordinanza del 2 novembre 2021, cit., secondo cui: «non è possibile la risoluzione dell'antinomia, mediante la non applicazione dell'art. 11-octies comma 2 d.l. 73/2021 e l'applicazione in sua vece dell'art. 16 par. 1 Direttiva, come interpretato dalla Corte di giustizia, poiché la Direttiva, regolando un rapporto esclusivamente inter-privato, non ha efficacia diretta, che è condicio sine qua non affinché il giudice di uno stato membro possa disapplicare il diritto interno».

⁶³ V. D. GALLO, *op. cit.*, p. 258 s., in cui l'Autore analizza i possibili scenari davanti ai quali potrebbe trovarsi l'interprete nazionale, a fronte di una contrarietà tra norma interna ed europea. In particolare, esclusa la possibilità di una disapplicazione della norma interna a favore della norma europea direttamente applicabile (primo scenario) e dell'interpretazione conforme (secondo scenario) non resterebbe che rivolgersi allo Stato responsabile di aver violato il diritto europeo (terzo scenario). In verità, l'Autore prospetta due ulteriori possibilità: rinvio alla Corte di Giustizia, affinché doti di efficacia diretta disposizioni che ne sono prive (quarto scenario) e rinvio alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 11 Cost. (quinto scenario). Nel caso *Lexitor*, tuttavia, la quarta soluzione non sembra ipotizzabile, giacché se anche la Corte riconoscesse il carattere preciso ed incondizionato dell'art. 16 CCD, questo non potrebbe comunque trovare applicazione nei rapporti orizzontali. Sotto altro profilo, il rinvio alla Corte costituzionale rischia di aggravare, più che risolvere, il problema del vuoto normativo.

ce della pronuncia della Corte di Giustizia, era stata determinata da una formulazione effettivamente ambigua della norma⁶⁴. A tal proposito, la Corte ha ammesso come la formulazione della norma potesse dare adito a diverse interpretazioni⁶⁵. Non a caso – ha osservato la Corte – la norma è stata recepita in modo diverso dagli Stati membri. Ancora, l'ambiguità del testo della CCD è stata recentemente riconosciuta anche dalla Commissione europea. È infatti stata avviata una procedura legislativa europea di sostituzione della CCD con una nuova direttiva, il cui testo è attualmente al vaglio dei Parlamenti nazionali e del legislatore europeo. Ebbene, il Considerando n. 5 della nuova direttiva recita che: «la formulazione imprecisa di determinate disposizioni della direttiva 2008/48/CE ha consentito agli Stati membri di adottare disposizioni divergenti che vanno al di là di quelle previste in tale direttiva, ha determinato la frammentazione del quadro normativo nell'Unione per quanto riguarda una serie di aspetti del credito al consumo»⁶⁶.

A fronte di un testo ambiguo, il legislatore italiano ha attuato l'art. 16 CCD – e le autorità ed imprese nazionali lo hanno applicato – in buona fede, confidando nella sua conformità al diritto dell'Unione, e nel rispetto del generale principio di leale cooperazione.

A valle delle considerazioni sopra svolte, pertanto, si osserva che applicare retroattivamente il principio *Lexitor* comporterebbe una lesione del legittimo affidamento riposto dagli intermediari finanziari operanti in Italia nella legittimità della distinzione tra costi *up front* e costi *recurring*.

Allo stesso modo, l'applicazione retroattiva determinerebbe la lesione del principio di certezza del diritto. Al riguardo, la stessa Corte di Giustizia ha escluso la retroattività quando vi sia la necessità di tutelare tale principio, inerente all'ordinamento giuridico comunitario, e quindi per tener conto dei gravi sconvolgimenti che una sentenza potrebbe provocare per il passato nei rapporti giuridici stabiliti in buona fede⁶⁷. Più nello specifico, la Corte di Giustizia ha più volte ribadito che la retroattività c.d. impropria, ossia l'applicazione di una novella normativa a situazioni giuridiche sorte sotto il vigore di una normativa previgente, ma ancora pendenti, non sia ammessa allorché si risolva in una modifica imprevedibile, nonché pregiudizievole, per gli operatori economici che abbiano confidato nel mantenimento del precedente sistema⁶⁸. Peraltro, la limitazione dell'efficacia retroattiva si giustifica tanto più quando risulti che i singoli e le autorità nazionali siano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza relativa alla portata delle disposizioni comunitarie, incertezza deter-

⁶⁴ Lo stesso Avvocato generale della Corte, Gerard Hogan, ha mosso una preliminare critica alla norma oggetto del giudizio di rinvio, evidenziando come il significato della stessa fosse «quantomeno oscuro», e non si prestasse facilmente ad una interpretazione soddisfacente, tanto da rendere auspicabile un nuovo intervento del legislatore europeo.

⁶⁵ In particolare, la menzione della restante durata del contratto avrebbe potuto essere intesa tanto nel senso di qualificare come costi rimborsabili quelli «che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto», quanto nel senso di indicare un determinato metodo di calcolo, consistente nel prendere in considerazione la totalità dei costi per poi ridurne l'importo in proporzione alla residua durata del contratto.

⁶⁶ Considerando n. 5, Proposta di direttiva 2021/0171 del 30 giugno 2021.

⁶⁷ Corte di Giustizia, 30 aprile 2020, causa 184/19; Corte di Giustizia, 9 giugno 2016, causa 332/14; Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, causa 362/12.

⁶⁸ Corte di Giustizia, 11 luglio 1991, causa 368-89; Corte di Giustizia, 26 giugno 1990, causa 152/88; Corte di Giustizia, 8 giugno 1977, causa 97/76; Corte di Giustizia, 14 maggio 1975, causa 74/74; Corte di Giustizia, 4 luglio 1973, causa 1/73.

minata in parte dagli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalle Istituzioni europee⁶⁹.

6. L'efficacia *pro futuro* del nuovo art. 125-sexies TUB e la sua legittimità alla luce dei principi generali di diritto europeo

Dalle considerazioni che precedono si traggono alcune conclusioni preliminari.

La discrepanza tra art. 16 CCD e norma interna di attuazione costituisce ormai un fatto storico, con il quale ci si è dovuti confrontare, all'indomani della sentenza *Lexitor*, in sede di modifica dell'art. 125-sexies TUB.

Il permanere di dubbi sulla possibilità di un'interpretazione conforme dell'art. 125-sexies TUB, vecchia formulazione, anche dopo la *Lexitor*, dimostra come la questione non sia di facile soluzione. D'altra parte, non sembra potersi trascurare il fatto che l'art. 125-sexies TUB sia stato concordemente interpretato nel senso opposto alla sentenza *Lexitor* per circa dieci anni, da parte delle più competenti autorità dello Stato (Banca d'Italia, ABF e giudici di merito).

Sotto altro profilo, si deve tener conto del divieto che l'interpretazione conforme si traduca in un'interpretazione *contra legem* (la quale non è ammessa nemmeno al fine di tutelare la *ratio* della normativa⁷⁰).

Per quanto concerne l'efficacia della direttiva, si è detto che l'art. 16 CCD non è suscettibile di diretta applicazione nei rapporti orizzontali. Non sembra possibile, dunque, disapplicare l'art. 125-sexies TUB, a fronte di una disposizione europea non direttamente efficace (l'art. 16 CCD).

Infine, in punto di rispetto del generale principio del legittimo affidamento, il legislatore nazionale ha dovuto prendere atto degli effetti *medio tempore* prodotti dall'art. 125-sexies TUB, nell'interpretazione comune e costante fornita da Banca d'Italia, ABF e giudici nazionali. Sotto questo profilo, il legislatore ha svolto un'analisi sugli effetti della sentenza *Lexitor* nell'ordinamento italiano e, tenendo conto dell'orientamento consolidatosi in merito alla distinzione tra costi *up-front* e *recurring*, ha inteso «operare un bilanciamento degli interessi individuali contrapposti, tenendo conto delle esigenze di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e anche di minimizzazione del rischio per lo Stato»⁷¹.

Il legislatore, dunque, ha ritenuto impossibile recepire il principio *Lexitor* ignorando il fatto che, fino a quel momento, nell'ordinamento era maturato e si era consolidato un orientamento diverso ed incompatibile rispetto alla pronuncia della Corte di Giustizia.

⁶⁹ Tra le varie, v. Corte di Giustizia, 11 agosto 1995, causa 367/93.

⁷⁰ Incidentalmente si noti che lo stesso problema si è posto anche in altri orientamenti. A titolo esemplificativo, per l'impossibilità di recepire il principio *Lexitor tout court* in Germania, in presenza di una norma (il § 501 BGB) che è chiara nell'escludere la rimborsabilità dei costi *up-front*, v.: M. PENDL, *Anmerkung. EuGH, Urteil 11.9.2019 – causa 383/18 Lexitor*, in JZ, 2019, p. 1101 ss.; per l'opportunità di una riforma del § 16, comma 1, del *Verbraucherkreditgesetz* austriaco, si esprimono HAGHOFER, *Erma "Büfung laufzeitunabhängiger Kreditkosten bei vorzeitiger Rückzahlung"*, in Vbr, 2019, p. 213, nonché M. KELLNER-F. LIEBEL, *Contra Lex-lata-Grenzverschiebungen*, in Vbr, 2019, p. 235.

⁷¹ v. l'Interrogazione a risposta immediata nella VI Commissione (Finanze), 5-04106, "Chiarimenti in ordine alle procedure di ristoro in caso di estinzione anticipata di un finanziamento", indirizzata al Ministro dell'economia e delle finanze, cui è stata data risposta il 10 giugno 2020 dal sottosegretario di Stato per l'economia e le finanze (allegato 5 al bollettino in Commissione VI (Finanze) del 10 giugno 2020).

Per la stessa ragione, l'applicazione retroattiva della sentenza *Lexitor* non potrà avvenire in modo tale da ledere il legittimo affidamento riposto dai privati nel significato e nella validità della normativa previgente (fermo restando l'ulteriore requisito delle gravi conseguenze economiche, valorizzato dalla Corte al fine di limitare la portata temporale delle proprie decisioni).

Pertanto, tenuto conto dell'impossibilità di procedere all'interpretazione conforme o alla disapplicazione dell'art. 125-*sexies* TUB, e considerato il dovere di tutelare il generale principio del legittimo affidamento, è possibile comprendere la scelta compiuta dal legislatore italiano con il nuovo art. 125-*sexies* TUB⁷². In particolare, l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento, con i corollari della certezza del diritto e prevedibilità degli obblighi derivanti dalle norme, si è tradotta nell'irretroattività della nuova norma, che dunque non costituisce un tentativo di eludere la sentenza *Lexitor*, bensì di recepire il diritto europeo nel rispetto del principio di leale cooperazione⁷³. Del resto, la stessa Corte di Giustizia ha chiarito che spetta allo Stato verificare che vi siano strumenti adeguati per affrontare i problemi di certezza del diritto generati dall'applicazione di una direttiva⁷⁴.

Resta il fatto che Corte di Giustizia non si è espressa sull'efficacia temporale della propria pronuncia. Invero, questo silenzio è probabilmente dovuto al fatto che la Corte non è stata specificamente sollecitata sul punto⁷⁵. Si è detto, infatti, che normalmente la Corte non si pronuncia sull'efficacia retroattiva della propria decisione, a meno che il giudice del rinvio non le sottoponga la relativa questione, ovvero una delle parti non chieda la limitazione dell'efficacia temporale nel corso del giudizio. Nel caso *Lexitor*, ciò non è avvenuto, con la conseguenza che la Corte ha reso l'interpretazione dell'art. 16 CCD senza interrogarsi sugli effetti che il principio enunciato avrebbe determinato nell'ordinamento nazionale del giudice rimettente (quello polacco) né tantomeno nei vari Stati membri dell'Unione⁷⁶.

Vero è che una simile valutazione avrebbe potuto essere formulata dallo Stato Italiano, ma si deve considerare che la questione non coinvolgeva direttamente il nostro ordinamento, e non era facile, per lo Stato, prevedere le conseguenze dirompenti che la sentenza *Lexitor* avrebbe prodotto. A ciò si aggiunga che la normativa italiana non era stata mai oggetto di censura da parte della Commissione europea.

In conclusione, nonostante il silenzio della Corte induca a ritenere retroattivo il principio *Lexitor*, non si può escludere *a priori* l'esistenza di molteplici e valide ragioni per limitare l'efficacia della sentenza *Lexitor* quanto all'ordi-

⁷² Incidentalmente, vale la pena di considerare che non si è trattato di una scelta isolata. Infatti, altri paesi dell'Unione, come Germania (nel par. 501 del codice civile) e Austria (nella legge sul credito al consumo), hanno limitato allo stesso modo l'efficacia retroattiva del principio *Lexitor*.

⁷³ Cfr., senza pretesa di esaustività: M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, OUP Oxford, Oxford, 2014, p. 13 ss.

⁷⁴ Corte di Giustizia, 6 giugno 2002, causa 159/00.

⁷⁵ Sul tema, cfr. K. LENAERTS-I. MASELIS-K. GUTMAN, *op. cit.*, p. 247.

⁷⁶ A ben vedere, non desta meraviglia il fatto che una simile valutazione sia stata omessa dalla Corte. Infatti, non spetta alla Corte interrogarsi sulle conseguenze che la propria pronuncia avrà in ogni singolo Stato membro, né le si può imporre di conoscere la situazione normativa dei singoli Stati tanto a fondo da poterlo fare. Invero, alla Corte spetta pronunciarsi sul significato del diritto europeo, ed eventuali valutazioni sull'efficacia temporale dei suoi *dicta* sono ammesse (negli angusti limiti sopra descritti) solo se richiesto dalla parte interessata.

namento italiano⁷⁷, e la conseguente legittimità dell'efficacia *pro futuro* del nuovo art. 125-sexies TUB.

7. La responsabilità dello Stato Italiano per l'erronea e/o tardiva attuazione dell'art. 16 CCD

Pur volendo ritenere che la condotta dello Stato Italiano sia rispettosa dei citati principi generali di leale cooperazione, *sub specie* di divieto di interpretazione *contra legem* e disapplicazione, resta il fatto che l'art. 16 CCD è stato erroneamente attuato ed applicato per circa dieci anni.

Come osservato dalla giurisprudenza di merito successivamente alla riforma⁷⁸, ciò induce, inevitabilmente, ad interrogarsi circa la configurabilità di una responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo.

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione è stata affermata dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Francovich*⁷⁹, e sussiste in presenza di tre condizioni: la violazione di una norma europea che attribuisce un diritto ai singoli; il carattere grave e manifesto della violazione; il nesso di causalità tra violazione e danno subito dal singolo.

Circa la prima condizione, la violazione può essere imputabile a uno qualsiasi degli organi dello Stato e consistere in un'omissione, ritardo o errore nel recepire o attuare qualsiasi norma di diritto europeo: sia essa una norma dei Trattati, di un regolamento, di una decisione o di una direttiva, ovvero un principio generale dell'ordinamento europeo⁸⁰. In ogni caso deve trattarsi di una norma preordinata ad attribuire diritti a favore dei singoli.

Per quanto concerne il secondo elemento costitutivo (carattere grave e manifesto della violazione), la Corte ha precisato che si deve tenere conto di una serie di indici, tra i quali: il grado di chiarezza e precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, l'ampiezza del potere discrezionale che la norma infranta riserva alle autorità nazionali, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario⁸¹.

Quanto al terzo elemento (nesso causale tra il danno e la violazione del diritto europeo), la Corte ha precisato che il risarcimento del danno si determina in conformità alle norme del diritto nazionale⁸².

⁷⁷ Si noti che le riflessioni esposte di seguito sono state da ultimo condivise dal Collegio di Coordinamento ABF, con la decisione del 15 ottobre 2021, cit.

⁷⁸ A titolo esemplificativo, v. Giudice di Pace di Roma, 31 luglio 2020, n. 13888, cit.

⁷⁹ Corte di Giustizia, 19 dicembre 1991, cause riunite 6/90 e 9/90. La giurisprudenza successiva ha confermato la dottrina *Francovich* (Corte di Giustizia, 24 ottobre 2018, causa 234/17; Corte di Giustizia, 16 luglio 2015, causa 681/13; Corte di Giustizia, 24 settembre 1998, causa 319/96).

⁸⁰ V. per tutti: Corte di Giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite 46/93 e 48/93.

⁸¹ Corte di Giustizia, 25 gennaio 2007, causa 278/05; Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, causa 446/04; Corte di Giustizia, 30 settembre 2003, causa 224/01.

⁸² Corte di Giustizia, 23 maggio 1996, causa 5/94.

Con riferimento all'erroneo recepimento dell'art. 16 CCD, non sembra possano sussistere dubbi in merito alla ricorrenza della prima condizione: violazione di una disposizione attributiva di un diritto.

Cionondimeno, questo non deve indurre ad affermare troppo precipitosamente la sussistenza di una responsabilità statale, in quanto è necessario accertare anche la seconda condizione, impiegando i criteri indicati dalla Corte di Giustizia.

Al riguardo, l'art. 16 CCD era (per stessa ammissione della Corte) una norma dal testo ambiguo e suscettibile di diverse interpretazioni, e questo potrebbe incidere sulla scusabilità dell'errore commesso e sul carattere volontario o involontario della violazione. A tali considerazioni fa da contrappeso il fatto che la norma lasciasse allo Stato un margine discrezionale piuttosto ridotto. Al contempo, occorre considerare anche la condotta delle Istituzioni europee – in particolare, della Commissione – che in dieci anni di vigenza della norma non hanno mai sanzionato la violazione. Insomma, occorre verificare attentamente che la violazione sia sufficientemente qualificata, per quanto la sua gravità appaia evidente anche alla luce delle conseguenze che ne sono derivate.

Non è questa, evidentemente, la sede più adeguata per vagliare la sussistenza di una responsabilità dello Stato per violazione della CCD, ma non ci si può esimere dal constatare come si tratti di una questione complessa, che richiede un'attenta ponderazione di più elementi e un loro corretto apprezzamento alla luce della giurisprudenza *Francovich*. Fino ad ora, la responsabilità dello Stato è stata solo evocata dai giudici di merito, ma non si dubita del fatto che questi possano essere presto chiamati al suo accertamento. Peraltro, è interessante notare che la questione potrebbe essere posta tanto dai consumatori, quanto dagli intermediari finanziari. Infatti, nel caso in cui si confermi la validità dell'efficacia *pro futuro* del nuovo art. 125-sexies TUB, i consumatori lamenteranno di essere stati privati per un decennio di un diritto loro riconosciuto dall'ordinamento europeo. Viceversa, ove il principio *Lexitor* venga applicato retroattivamente dai giudici italiani, lo Stato sarà presumibilmente convenuto in giudizio dagli intermediari finanziari, per i danni da loro patiti per avere attuato, in buona fede, una prassi basata su un'interpretazione della norma avallata da Banca d'Italia, ABF e giurisprudenza di merito.

8. Considerazioni conclusive

Lungi dall'essere definita, la vicenda *Lexitor* è ancora in piena evoluzione, e si configurano diversi scenari possibili.

Ad avviso di chi scrive, l'irretroattività del nuovo art. 125-sexies TUB non è in contrasto con il diritto europeo, nonostante determini un'applicazione non retroattiva del principio *Lexitor*. Il percorso argomentativo che conduce ad una simile conclusione può essere sintetizzato come segue.

Le sentenze interpretative della Corte di Giustizia hanno normalmente efficacia retroattiva, salvo che la Corte stessa non ne limiti l'efficacia temporale. Stando ad un esame della giurisprudenza della Corte, questo potere di limitazione viene esercitato su richiesta del giudice rimettente o delle parti del giudizio, e nella stessa sentenza che decide la domanda pregiudiziale. Tanto premesso, nel caso *Lexitor* non c'è stata alcuna richiesta di limitazione degli effet-

ti temporali della sentenza, e la Corte non si è pronunciata sul punto⁸³. Secondo i principi generali dell'ordinamento europeo, ciò dovrebbe comportare l'applicazione retroattiva della sentenza *Lexitor*. Tuttavia, è lecito ritenere che nel caso in esame ricorrano entrambi i presupposti della limitazione, ossia il rischio di gravi ripercussioni economiche e la buona fede degli ambienti interessati. Ciò in quanto l'applicazione retroattiva della pronuncia della Corte metterebbe in discussione un ingente numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede, sulla base di una normativa pacificamente interpretata ed applicata in un certo modo per un periodo di tempo considerevole (circa dieci anni). Peraltro, l'applicazione retroattiva della sentenza *Lexitor* comporterebbe la necessità di interpretare *contra legem* la norma interna. In alternativa, quest'ultima andrebbe disapplicata in favore di norma europea non direttamente efficace, in particolare determinando l'applicazione di una direttiva in rapporti c.d. orizzontali e così da imporre ad un privato (impresa intermediario finanziario) un obbligo "di fare" (restituzione di tutti i costi del finanziamento). Ferma restando, in entrambi i casi, la violazione del principio di tutela del legittimo affidamento. Di talché, se si volesse applicare retroattivamente il principio *Lexitor* nell'ordinamento italiano, si rischierebbe di determinare una nuova violazione del diritto europeo, ancor prima di ledere principi fondamentali di diritto nazionale.

Dal momento che gli effetti dell'errore compiuto in sede di primo recepimento dell'art. 16 CCD non possono essere eliminati retroattivamente, l'applicazione *pro futuro* del principio *Lexitor* salvaguarda il legittimo affidamento degli intermediari finanziari in riferimento ai rapporti giuridici sorti nel vigore del precedente art. 125-*sexies* TUB. Questa soluzione appare altresì legittima alla luce del principio di leale cooperazione, in forza del quale lo Stato Italiano ha recepito l'art. 16 CCD in buona fede, sia in sede di prima attuazione della norma (con il vecchio art. 125-*sexies* TUB) sia in sede di riforma.

Fermo quanto precede, non possono certo escludersi esiti diversi.

Innanzitutto, occorre considerare la possibilità di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per chiedere un'espressa limitazione degli effetti temporali della sentenza *Lexitor*. In tal caso, la Corte potrebbe rifiutare, non essendosi pronunciata *ab origine*. Tuttavia, non è da escludere che la Corte cambi orientamento, limitando l'efficacia temporale della *Lexitor*.

Con specifico riferimento al diritto interno, non può nemmeno escludersi che prevalga e si consolidi in giurisprudenza un orientamento favorevole alla disapplicazione dell'art. 11-*octies*, comma 2, con conseguente applicazione retroattiva del principio *Lexitor*.

Infine, resta comunque aperta la partita della responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo. Infatti, non sembra che lo Stato italiano potrà facilmente sottrarsi alle conseguenze della sua originaria violazione dell'art. 16 CCD.

In un simile contesto, si attendono ulteriori evoluzioni della vicenda, nell'auspicio che le soluzioni adottate siano sempre pienamente rispettose dei ricordati principi generali di leale cooperazione, buona fede e certezza del diritto.

⁸³ Si potrebbe argomentare che in simili circostanze il silenzio della Corte sul tema non debba essere inteso come decisione di non limitare l'efficacia retroattiva, bensì come assenza di qualunque valutazione sul punto. Ciò non toglie, però, che l'effetto del silenzio debba essere, in linea di principio, la retroattività degli effetti della pronuncia.



COMMENTI

Le sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria in tema di concessioni demaniali marittime: a proposito di un fatto di “*brutta* normazione giurisprudenziale”

The twin rulings of the plenary meeting concerning maritime state property concessions: discussing an “ugly case-law standardisation”

di **Alessandro Squazzoni** *

ABSTRACT

Il commento analizza le sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in materia di concessioni demaniali marittime. Al di là della scontata conferma del contrasto con il diritto dell'Unione Europea della proroga al 2033 stabilita dalla l. n. 145/2018, l'analisi si concentra in chiave critica principalmente su due aspetti problematici di queste sentenze. Il primo aspetto è relativo alla clausola di salvaguardia dell'efficacia delle concessioni in essere fino alla data del 31 dicembre 2023. Il commento evidenzia che una tale statuizione giurisdizionale, oltre che rappresentare un'invasione nella competenza della Corte di giustizia, rischia di sconfinare nel campo del legislatore. Il secondo aspetto si incentra soprattutto su alcuni profili problematici rispetto al livello normativo europeo. In particolare, il commento evidenzia come il Consiglio di Stato non abbia avvertito il rischio di avallare un'applicazione con effetti verticali discendenti dell'art. 12 della direttiva Bolkestein. Infine il contributo si chiude dando conto del recente progetto di legge per regolare la materia all'esame del parlamento, segnalando alcune misure preordinate a tutelare la posizione degli attuali concessionari.

The commentary discusses rulings n. 17 and 18 of the Council of State's plenary meeting regarding maritime state property concessions. Other than the obvious conflict with EU Laws, due to the deferment of the concessions until 2033, that was established with L. n. 145/2018, the following analysis focuses mainly on two issues arising in the current scenario, whilst scrutinising them from a critical standpoint. The first issue concerns the safeguard clause affecting the pre-existing concessions, expiring on the 31st December 2023. The commentary highlights that a similar jurisdictional situation, other than representing an intrusion in the Court of Justice's jurisdiction, might even stray towards what is perceived as the lawmaker's responsibility. The second matter that will be discussed focuses on a few problematic elements that arise when EU laws are brought up. In particular, the analysis shines a light on how the Council of State did not feel the need to corroborate an implementation with descending vertical effects as established by art. 12 of the Bolkestein directive. Lastly, the article reviews the draft legislation aiming at regulating the sub-

* Professore associato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

ject, that has been recently submitted for parliamentary evaluation, pointing out some measures aimed at safeguarding the current concessions holders' position.

ESTRATTO: CONS. STATO, AD. PLEN., 9 NOVEMBRE 2021, N. 17 – PRES. PATRONI GRIFFI – EST. MOLINARO – COMET. S.R.L. (AVV. PUZZELLO) C. AUTORITÀ DEL SISTEMA PORTUALE DELLO STRETTO (AVVOCATURA DELLO STATO) E MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI (AVVOCATURA DELLO STATO)

CONS. STATO, AD. PLEN., 9 NOVEMBRE 2021 N. 18 – PRES. PATRONI GRIFFI – EST. GIOVAGNOLI – COMUNE DI LECCE (AVV. TI ASTUTO, LAZZARI) C. ANDREA CARETTO (AVV. VETRÒ) E ASSOCIAZIONE FEDERAZIONE IMPRESE DEMANIALI (AVV. MASSA)

«Omissis

11. La risoluzione delle questioni sottoposte dall'Adunanza plenaria richiede in via preliminare l'esame del regime normativo cui è sottoposto il rilascio e il rinnovo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, al fine di vagliare la sussistenza di eventuali profili di contrasto della legge nazionale (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere) con norme dell'Unione europea direttamente applicabili.

12. La questione è stata già in gran parte scandagliata dalla Corte di giustizia U.E., con la sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, la quale ha affermato, in sintesi, i seguenti principi: a) l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che essa osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; 2) l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

13. Anche dopo la sentenza della Corte di giustizia, nonostante essa sia stata recepita da una copiosa giurisprudenza nazionale, il dibattito sulla compatibilità comunitaria della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* è continuato, soprattutto in ambito dottrinale. Da più parti, invero, si è negato che il diritto dell'Unione imponga l'obbligo di evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. In questa prospettiva, si è apertamente contestata l'applicabilità sia dei principi generali a tutela della concorrenza desumibili sia dall'art. 49 TFUE, sia dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

13.1. L'applicabilità dell'art. 49 TFUE è stata messa in discussione ritenendo mancante nel caso di specie il requisito dell'interesse transfrontaliero certo, il cui accertamento è stato rimesso dalla Corte di giustizia alla valutazione del giudice nazionale.

13.2. Rispetto all'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE sono stati mossi due ordini di obiezioni: il primo volto a sostenere l'assenza della risorsa naturale scarsa (requisito la cui sussistenza la Corte di giustizia ha demandato al giudice nazionale); il secondo, che entra in contrasto frontale con la sentenza del giudice europeo, volto radicalmente ad escludere la possibilità di far rientrare le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative nella nozione di autorizzazione di servizi e, quindi, nel campo di applicazione dell'art. 12 della citata direttiva.

14. L'Adunanza plenaria ritiene che tali obiezioni non siano condivisibili e che debba essere ribadito il principio secondo cui il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica *ex lege* fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere.

Tale incompatibilità sussiste, per le ragioni che si esporranno, sia rispetto all'art. 49 TFUE, sia rispetto all'art. 12 della c.d. direttiva servizi.

15. Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 49 TFUE, la Corte di giustizia, sin dalla nota sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, ha chiarito che qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica sia tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato e, in particolare, i principi di

non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Come detto in precedenza, nell'ottica della Corte detto obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un "adeguato livello di pubblicità" che consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle relative procedure di aggiudicazione.

La Corte ha inizialmente elaborato tale giurisprudenza per disciplinare quelle commesse pubbliche che, per la loro natura giuridica o per le loro ridotte dimensioni, sono sottratte alle regole della concorrenza previste dalla normativa europea in tema di appalti pubblici.

Si può, peraltro, ritenere che le ragioni di fondo alla base di tale giurisprudenza giustificino – come, del resto, chiaramente confermato dalla sentenza *Promoimpresa* del 2016 – la loro applicazione ad ogni fattispecie (anche non avente carattere puramente negoziale per il diritto interno) che dia luogo a prestazione di attività economiche o che comunque costituisca condizione per l'esercizio di dette attività.

Più precisamente, secondo questa giurisprudenza, quando sia accertato che un contratto (di concessione o di appalto), pur se si colloca al di fuori del campo di applicazione delle direttive, presenta un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto.

L'interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri.

La Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza, se ne è occupata soprattutto in materia di appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, elaborando alcuni indici identificativi. Per la Corte di giustizia, *"spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale"* (Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06). Tuttavia, prosegue la Corte, *"una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori. Si potrebbe altresì escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20). È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo"* (ancora Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06).

In particolare, sempre con riferimento agli appalti, la Corte di giustizia ha affermato che tali criteri oggettivi potrebbero identificarsi *"nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie"* (Corte di giustizia, 6 ottobre 2016, n. 318).

16. Con riferimento al "mercato" delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, tali criteri devono evidentemente essere "adattati", tenendo conto della particolarità del settore di mercato che viene in considerazione. Qui non si tratta, infatti, di un appalto "isolato", da eseguirsi *una tantum*, rispetto al quale l'esiguo valore economico, la specialità, sotto il profilo tecnico, delle prestazioni richieste e anche l'ubicazione (lontana dai confini) della prestazione potrebbero scoraggiare o rendere comunque scarsamente probabile la partecipazione di operatori economici di altri Stati membri. Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il

che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime.

L'attrattiva economica è aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione. A tal proposito, l'articolo 45-bis cod. nav. consente al concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, di affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione (o di attività secondarie nell'ambito della concessione stessa). L'attuale formulazione della norma è il risultato della modifica disposta dall'articolo 10, comma 2, della legge 16 marzo 2001, n. 18, che ha soppresso le parole *"in casi eccezionali e per periodi determinati"*, rendendo possibile il ricorso alla sub-concessione in via generalizzata e senza limiti temporali.

È allora evidente che, a causa del ridotto canone versato all'Amministrazione concedente, il concessionario ha già la possibilità di ricavare, tramite una semplice sub-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio, che riflette il reale valore economico e l'effettiva valenza turistica del bene.

Già queste considerazioni traducono in termini economici un dato di oggettiva e comune evidenza, legata alla eccezionale capacità attrattiva che da sempre esercita il patrimonio costiero nazionale, il quale per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica è certamente oggetto di interesse transfrontaliero, esercitando una indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

Pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole delle concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale (dove pure è chiara la violazione dei principi di libera iniziativa economica e di ragionevolezza derivanti da una proroga generalizzata e automatica delle concessioni demaniali), ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione.

Né si può sminuire l'importanza e la potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale attraverso un artificioso frazionamento del medesimo, nel tentativo di valutare l'interesse transfrontaliero rispetto alle singole aree demaniali date in concessione. Una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*. Non vi è dubbio, al contrario, che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo, il che implica che la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

17. L'obbligo di evidenza pubblica discende, comunque, dall'applicazione dell'art. 12 della c.d. direttiva 2006/123, che prescinde dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo, atteso che la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata sul punto ritenendo che *"l'interpretazione in base alla quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato membro è conforme agli scopi perseguiti dalla suddetta direttiva"* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 103).

18. Devono, a tal proposito, essere fugati i dubbi relativi alla possibilità di far rientrare le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative nel campo di applicazione della direttiva in questione e, più in generale, i dubbi in merito alla stessa possibilità di ritenere la direttiva immediatamente applicabile alle fattispecie oggetto del presente giudizio.

In tal senso, già la Corte di giustizia con la sentenza *Promoimpresa* del 2016 si è espressa chiaramente, demandando al giudice nazionale solo il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale. Tuttavia, come si è accennato, le conclusioni cui è giunta nel 2016 la Corte di giustizia sono state, specie nell'ambito del dibattito dottrinale, oggetto di tentativi di confutazione e molti di quegli argomenti critici sono stati ripresi dall'appellante nel presente giudizio.

19. I principali argomenti contrari all'applicazione della direttiva 2006/123 alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative possono essere sintetizzati nei termini che seguono.

l) Nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le notevoli differenze

esistenti fra le legislazioni degli Stati membri (in particolare quelli più direttamente interessati ossia, oltre all'Italia, Spagna, Portogallo, Francia, Grecia e Croazia) avrebbero richiesto una preventiva armonizzazione delle normative nazionali applicabili in tale settore. Presupponendo (e implicando) tale preventiva armonizzazione, la direttiva 2006/123 avrebbe dovuto essere fondata, oltre che sugli articoli del Trattato relativi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi (artt. 47, paragrafo 2 del Trattato sulle Comunità europee, ora, rispettivamente, artt. 53 e 63 TFUE) anche su un'altra base giuridica, vale a dire sull'art. 94 del Trattato sulle Comunità europee (ora art. 115 TFUE) che prevede il ricorso all'unanimità per l'adozione di atti normativi aventi come obiettivo l'armonizzazione delle legislazioni nazionali (mentre la direttiva 2006/123 è stata approvata a maggioranza).

II) La direttiva 2006/123, se applicata alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa, comporterebbe un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia di turismo, ponendosi così in contrasto con quanto oggi prevede l'art. 195 TFUE, secondo il quale, in materia di turismo, l'Unione europea si limita soltanto ad una politica di accompagnamento, con esclusione di *“qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”*.

III) La concessione di beni demaniali non rientrerebbe comunque nella nozione di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123. La concessione del demanio marittimo – si osserva – è un atto che permette soltanto l'occupazione del bene di proprietà pubblica per uso turistico e ricreativo, ma non autorizza l'attività di servizio prestata dall'impresa turistico balneare. È vero che lo stabilimento balneare è di norma esercitato su suolo demaniale; nulla, tuttavia, toglierebbe, all'attività di servizio, il carattere suo proprio, se anche fosse esercitata su suolo di proprietà privata. Ma soprattutto non è vero il contrario, e cioè che la concessione demaniale riguardi necessariamente attività di stabilimento balneare (o di impresa turistica). In astratto, la concessione può essere richiesta e finanche preferita malgrado abbia ad oggetto attività non corrispondenti a prestazioni di servizi; e non perde in questo caso alcuno dei suoi connotati tipici. In senso giuridico, gli oggetti dei due provvedimenti permissivi — concessione demaniale e autorizzazione alla prestazione del servizio — corrono, quindi, su binari paralleli e non si confondono, con conseguente estraneità della concessione demaniale al campo applicativo dell'art. 12 della direttiva 2006/123.

In tale direzione viene spesso richiamata anche la sentenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo n. 223/2015, che, proprio su queste basi, ha escluso che la direttiva stessa si applichi al caso di concessione demaniale, ritenendo, appunto che la concessione *“si configura come titolo di occupazione di demanio pubblico, non come misura di intervento secondo le leggi di settore che ricadono sull'attività [...]”. Sarà quindi questa normativa di settore a disciplinare le attività di impresa di cui la concessione pubblica risulta essere solo il supporto fisico”*.

IV) Le aree demaniali marittime, fluviali o lacuali non potrebbero in ogni caso considerarsi risorse scarse: mancherebbe, quindi, anche in fatto, il presupposto per applicare la norma della direttiva servizi.

V) Si osserva, infine, che in ogni caso la direttiva 2006/123 e, in particolare, la disposizione contenuta nell'art. 12 sarebbe priva di quel livello di dettaglio e di specificità necessario ai fini della diretta applicabilità, in assenza di un puntuale recepimento da parte del legislatore nazionale. Non si tratterebbe, in altri termini, di una direttiva *self-executing*.

20. Ad avviso dell'Adunanza plenaria, nessuno di tali argomenti risulta meritevole di condivisione.

21. Occorre, anzitutto, evidenziare che la direttiva 2006/123 deve essere considerata una direttiva di liberalizzazione, nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso: *“fissa disposizioni generali volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale”* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 104).

Come emerge *per tabulas* dal suo articolo 1 (ed è, peraltro, confermato dai suoi numerosi *Considerando* e dal dibattito politico che si è svolto nella lunga fase di gestazione che ne ha preceduto la definitiva approvazione), l'obiettivo è quello di *“stabilire le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi”*. Ciò al fine, appunto, di rendere possibile l'attuazione della libera circolazione dei servizi nel mercato interno, sul presupposto che tale libertà (a differenza di quella delle persone, dei beni e dei capitali) non avesse ancora trovato piena attuazione nell'ambito del mercato interno a causa della presenza all'interno degli ordinamenti nazionali di centinaia di ostacoli amministrativi o misure protezionistiche camuffate e discriminanti.

La base giuridica della direttiva, pertanto, va individuata nel Capo II e nel Capo IV del TFUE. L'obiettivo della direttiva non era (e non è) quello di "armonizzare" le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma, appunto, di eliminare tali ostacoli (attraverso lo smantellamento, più che l'armonizzazione, delle leggi nazionali che ad essi forniscono una copertura normativa), al fine di realizzare un'effettiva concorrenza fra i prestatori dei servizi, restando fermo che il risultato finale di ogni direttiva (anche se di liberalizzazione) implica un'armonizzazione normativa, che, però, non è l'obiettivo primario della direttiva 2006/123 e non può costituirne, pertanto, la base giuridica legittimante, come sostenuto da chi, invece, invoca la necessità di applicare la regola dell'unanimità in seno al Consiglio.

In tale prospettiva la Corte di giustizia ha infatti affermato, proprio con riferimento alla direttiva 2006/123, che *"la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri"*, per poi richiamare il considerando 7 e l'obiettivo di implementare un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato d'integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di un'armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punti 105 e 106).

In base al Considerando 7 risulta evidente che la finalità di istituire un quadro giuridico generale a vantaggio di un'ampia varietà di servizi ha comportato, in via prioritaria e principale, l'eliminazione degli *"ostacoli che possono essere rimossi rapidamente"*, mentre, per quanto riguarda gli altri ostacoli, necessita di *"avviare"* un processo di valutazione, consultazione e armonizzazione *"complementare"* in merito a questioni specifiche grazie al quale sarà possibile modernizzare progressivamente ed in maniera coordinata i sistemi nazionali che disciplinano le attività di servizi.

Considerato quindi l'obiettivo primario della direttiva 2006/123, non viene in evidenza l'art. 115 TFUE (art. 94 del Trattato sulle Comunità europee), che prevede la deliberazione all'unanimità delle direttive di armonizzazione e coordinamento.

22. Queste considerazioni valgono anche per gli articoli da 9 a 13, che riguardano, nell'ambito di attività diverse, il rilascio di autorizzazioni da parte di pubbliche autorità e, in particolare, per l'art. 12, ai sensi del quale, *"qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento"*.

23. Le considerazioni che precedono consentono di superare anche il secondo argomento che viene invocato contro l'applicazione della direttiva in materia di concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, ossia l'assenza di competenza dell'Unione europea ad adottare misure di armonizzazione in materia di turismo, alla luce dell'art. 195 TFUE. La circostanza già evidenziata che la direttiva 2006/123 non possa considerarsi una direttiva di armonizzazione (essendo, piuttosto, una direttiva di liberalizzazione) dimostra, di per sé, l'infondatezza dell'assunto.

Inoltre, l'art. 12 della direttiva 2006/123, nella misura in cui pretende una procedura di gara trasparente ed imparziale per il rilascio di autorizzazioni in caso di scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, è norma volta a disciplinare il mercato interno in termini generali, applicandosi quindi a tutti i settori salvo quelli esclusi dall'ambito di applicabilità della medesima direttiva. In tale prospettiva deve essere letta la disposizione di cui all'art. 2 comma 2 della direttiva 2006/123, dove si stabilisce che la direttiva non si applica ai *"servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali"*, con la conseguente necessità, in sede di applicazione pratica della norma, di enucleare specificamente la nozione di *"servizi portuali"*, anche con riferimento al (diverso) concetto di porto (turistico) e all'oggetto della concessione demaniale.

Del resto, la portata conformativa dell'art. 12 della direttiva 2006/123 sulle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative non si riverbera in modo diretto sulla politica nazionale in materia di turismo: il rilascio della concessione rappresenta, infatti, solo una precondizione per l'esercizio dell'impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva.

La tutela della concorrenza (e l'obbligo di evidenza pubblica che esso implica) è, d'altronde, una *"materia"* trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di *"sostegno"*: anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all'esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate) gli Stati membri sono tenuti all'obbligo della gara, che si pone a monte dell'attività poi svolta in quella materia. Altrimenti, si dovrebbe paradossalmente ritenere che anche le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni non

potrebbero trovare applicazione ai contratti diretti a procurare risorse strumentali all'esercizio di attività riservate alla sovranità nazionale degli Stati. Ad esempio, oltre al turismo, competenze di mero sostegno dell'Unione europea sono previste in materia di sanità pubblica, istruzione, cultura e protezione civile, che sono tutti settori rispetto ai quali i contratti pubblici sono sottoposti all'obbligo di gara.

Del resto, con specifico riferimento all'applicabilità della direttiva 2006/123 al settore del turismo, la Corte di giustizia ha espressamente affermato che essa *“si applica a numerose attività in costante evoluzione, tra le quali figurano i servizi collegati con il settore immobiliare, nonché quelli nel settore del turismo”* (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 35).

24. Non ha pregio neanche l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123. Come si è visto, a sostegno di tale posizione si osserva, in sintesi, che la concessione attribuisce il bene (*rectius*, il diritto di sfruttarlo), ma non autorizza l'esercizio dell'attività e che le attività svolte dal concessionario non sono sempre attività di servizi.

Tale impostazione risulta, tuttavia, meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente).

Questa distinzione, di stampo giuridico-formale, deve essere rivisitata nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi. Dall'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 risulta che per “servizio”, ai fini di tale direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, *“un'attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale, rientra nella nozione di «servizio», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123”* (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 34).

La stessa decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) *“Tassazione dei porti in Italia”* contiene l'affermazione per cui *“la locazione di proprietà demaniale dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica”*.

È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.

Del resto, come ricordato dalla Corte di giustizia nella più volte citata sentenza *Promoimpresa*, *“il considerando 39 della direttiva in questione precisa che la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni”*. E la stessa sentenza ha chiaramente affermato che *“tali concessioni possono quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica”*.

L'Adunanza plenaria non può che condividere tali conclusioni e ribadire che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all'obbligo di gara.

25. In senso contrario non vale neanche valorizzare la mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale, sul quale peraltro la Corte di giustizia, nella sentenza *Promoimpresa*, ha rilevato che le concessioni sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale, fatto che deve *“essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato”*.

Il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che

dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato. Va ancora considerata la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. È sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l'attenzione per verificare se l'attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall'esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente "protetti" dalla proroga *ex lege*.

Da questo punto di vista, i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa "libera" risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque "abbandonata".

A ciò si aggiunge che in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita.

È evidente, allora, che l'insieme di questi dati già evidenzia che attualmente le aree demaniali marittime (ma analoghe considerazioni valgono per quelle lacuali o fluviali) a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una notevole scarsità, ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane, a maggior ragione alla luce della già evidenziata capacità attrattiva delle coste nazionali e dell'elevatissimo livello della domanda in tutto il periodo estivo (che caratterizza l'intero territorio nazionale, al di là della variabilità dei picchi massimi che possono differenziare le singole zone). Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione.

Anche da questo punto di vista, quindi, sussistono i presupposti per applicare l'art. 12 della direttiva 2006/123.

26. Non ha pregio, infine, la tesi volta a sostenere che la disposizione in questione non potrebbe considerarsi *self-executing*, perché non sufficientemente dettagliata o specifica.

Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare *self-executing* dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato. Da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la *par condicio* fa i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Pur essendo auspicabile (come si dirà nel prosieguo con maggiore dettaglio) che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale, non vi è dubbio, tuttavia, che nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga *ex lege*.

27. Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, ritenersi che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate.

È peraltro indiscutibile che il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior "contraente" (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione,

ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso. Inoltre, il confronto è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita.

28. Le considerazioni appena svolte conducono alla conclusione – anticipando sin da ora la risposta al terzo quesito – secondo cui anche la moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, co. 2, d.l. 34/2020 presenta profili di incompatibilità comunitaria del tutto analoghi a quelli fino ad ora evidenziati. Non è, infatti, seriamente sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al “*contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica*”. In senso contrario, si deve osservare, come evidenziato dalla Commissione nell'ultima lettera di costituzione in mora (che riguarda anche l'art. 182, co. 2, d.l. 34/2020), che “*la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi*”.

Non vi è quindi alcuna ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia, presentandosi semmai essa come disfunzionale rispetto all'obiettivo dichiarato e di fatto diretta a garantire posizioni acquisite nel tempo.

29. Le considerazioni che precedono danno conto anche delle ragioni del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla c.d. “giurisprudenza Cilfit” (di recente, ribadita, sia pure con alcuni correttivi volti a renderla più flessibile, dalla Corte di giustizia, Grande Camera, nella sentenza 6 ottobre 2021, C-569/19), i giudici nazionali di ultima istanza non sono sottoposti all'obbligo di rinvio pregiudiziale. La questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non sono in grado di sollevare ragionevoli dubbi, come confermato anche dal fatto che i principi espressi dalla sentenza *Promoimpresa* sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo che di secondo grado, con l'unica isolata eccezione del T.a.r. Lecce, il quale, peraltro, più che mettere in discussione l'esistenza di un regime di evidenza pubblica comunitariamente imposto cui sottoporre il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali, ha negato (come si vedrà nel prosieguo con maggiore dettaglio) la sussistenza di un potere di non applicazione in capo agli organi della P.A., toccando, quindi, una questione sulla quale esistono orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) ancor più consolidati e granitici.

30. Appurata l'incompatibilità comunitaria (per contrasto sia con gli artt. 49 e 56 TFUE sia con l'art. 12 della direttiva 2016/123) della disciplina nazionale (art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018 e art. 182, comma 2, d.l. 19 n. 34/2020) che prevede la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali già rilasciate, si può procedere all'esame dei quesiti concernenti le conseguenze di tale contrasto normativo.

31. Viene sotto tale profilo in rilievo il primo quesito oggetto del decreto presidenziale di remissione all'Adunanza plenaria: *1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva*.

32. L'Adunanza plenaria ritiene che l'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing*.

In termini generali, va, anzitutto, osservato che la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della P.A. rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale.

In particolare, nella sentenza *Fratelli Costanzo* si legge espressamente che “*tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali*”, sono tenuti ad applicare le disposizioni UE *self-executing*, “*disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi*” (22 giugno 1989, C-103/88).

Anche la Corte costituzionale (sentenza n. 389 del 1989) ha ribadito che “*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme*” comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea.

Il Consiglio di Stato, a sua volta, sin dalla sentenza sez. V 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti.

Opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto.

33. Queste conclusioni valgono anche per il caso in cui a venire in rilievo sia una direttiva *self-executing*. A tal proposito, il T.a.r. Lecce (nella sentenza oggetto del parallelo giudizio, discusso nell'udienza del 20 ottobre 2021) ha valorizzato la distinzione tra regolamenti comunitari – che sono, per loro stessa natura, direttamente applicabili e tali quindi da giustificare la non applicazione anche da parte della P.A. – e direttive, che, al contrario, di regola non possono produrre effetti diretti e la cui eccezionale natura *self-executing* richiederebbe una complessa attività interpretativa, la quale, ove rimessa ai singoli organi amministrativi, rischierebbe di legittimare non applicazioni della legge nazionale affidate a valutazioni soggettive ed opinabili del singolo funzionario, prive di riscontro in sede di giurisprudenza nazionale o europea.

34. L'argomento, sebbene suggestivo, non può essere condiviso, per diverse ragioni.

34.1. In primo luogo, è dirimente la circostanza che nel caso di specie tale incertezza circa il carattere *self-executing* della direttiva 2006/123 non sussiste, perché tale carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito.

34.2. In secondo luogo, la prospettata distinzione, nell'ambito delle norme U.E. direttamente applicabili, fra i regolamenti, da un lato, e le direttive *self-executing*, dall'altro – al fine di ritenere solo le prime e non le seconde in grado di produrre l'obbligo di non applicazione in capo alla P.A. – si tradurrebbe nel parziale disconoscimento del c.d. effetto utile delle stesse direttive autoesecutive e nella artificiosa creazione di un'inedita categoria di norme U.E. direttamente applicabili (nei rapporti verticali) solo da parte del giudice e non della P.A. Di tale limitazione non vi è traccia nella giurisprudenza comunitaria, la quale, anzi, è da tempo orientata verso una progressiva valorizzazione dell'effetto diretto della direttiva *self-executing* (cui si riconosce una crescente incidenza anche nella disciplina dei rapporti orizzontali).

34.3. Infine, la tesi della non disapplicabilità da parte della P.A. della legge in contrasto con una direttiva *self-executing* cade in una contraddizione logica, che finisce per sterilizzarne ogni utilità pratica. Basti pensare che, anche ad ammettere che la legge in contrasto con la direttiva *self-executing* non sia disapplicabile dalla P.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l'atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anticomunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato. E allora, nel momento in cui la P.A. ha comunque deciso di “non applicare” quella legge (nel caso di specie, negando la proroga) e il privato ha sottoposto al vaglio giurisdizionale l'atto amministrativo frutto di quella non applicazione, il giudice, che certamente ha il potere di non applicazione, non potrebbe che prendere atto della legittimità dell'atto e respingere il ricorso. Altrimenti si dovrebbe ritenere che nemmeno il giudice può disapplicare la legge che la P.A. ha applicato, con chiara violazione di consolidati principi sui rapporti tra ordinamenti nazionale e comunitario.

In altri termini, delle due l'una: o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è “costretta” ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione “costretta” ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive *self-executing*) appare una contraddizione in termini.

35. Le considerazioni che precedono evidenziano come la distinzione tra norme non applicabili *tout court* e norme non applicabili dal giudice ma non della P.A. risulti foriera di contraddizioni e inconvenienti pratici, anche perché di fatto affida alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi (e con riferimento al presente contenzioso va sottolineato che rispetto alle proroghe assentite nella maggior parte dei casi non ci sono controinteressati attuali che propongono ricorso).

36. Ne consegue allora che la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva *self-executing*, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione, senza che sia all'uopo necessario (come chiarito dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984) una questione di legittimità costituzionale. Si ricorda, inoltre, che un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anticomunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr., in particolare, Corte Cost., sentenze n. 289/2017, n. 20/2019, n. 63/2019, n. 112/2019). Nessuna delle due "eccezioni" ricorre nel caso di specie, perché le norme comunitarie violate sono *self-executing* e non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti.

37. In senso contrario non vale invocare il rischio correlato alle possibili ripercussioni che una simile non applicazione potrebbe generare in termini di responsabilità penale dei concessionari demaniali, i quali, secondo una certa impostazione, venute meno le proroghe *ex lege*, si troverebbero privi di titolo legittimante l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto dall'art. 1161 cod. nav.

Tale timore è, infatti, privo di fondamento, atteso che ad una simile conclusione ostano incondizionatamente i principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale. Detti principi, come riconosciuto anche dalla Corte di giustizia U.E., fanno parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario (ed in ogni caso rappresenterebbe comunque controlimiti interni al principio di primazia). Ne discende che la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem*.

38. Non rilevano, in senso contrario, neanche le esigenze correlate alla tutela dell'affidamento degli attuali concessionari. In primo luogo, l'affidamento del concessionario dovrebbe trovare tutela (come chiarito da Corte di giustizia e anche dalla Corte costituzionale) non attraverso la proroga automatica, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara (par. 3 dell'art. 12 della direttiva e sentenza *Promoimpresa* par. 52-56).

In relazione alla pretesa esigenza di tutela dell'affidamento, anche la lettera di messa in mora della Commissione europea del 3 dicembre 2020, nel rilevarne l'insussistenza, ricorda che "secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione. In secondo luogo, tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte assicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili".

In termini più generali si è affermato che, "qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato" (Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09).

38.1. Tali condizioni non sussistono nella materia in esame, specie se si considera che, ancor prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825). A ciò si aggiunga la considerazione che, su questa materia, la prima procedura di infrazione risale al 2008. Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908, su cui v. la lettera di messa in mora inviata all'Italia il 29 gennaio 2009, iniziata in seguito della segnalazione dell'AGCM (segnalazione

AS481 del 20 ottobre 2008), procedura poi chiusa nel 2012, confidando sul fatto che l'art. 11 d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010, aveva delegato il Governo ad emanare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

38.2. Anche la Corte costituzionale, a partire dal 2010, è più volte intervenuta sulla questione, dichiarando costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali – per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento U.E. (art. 117, primo comma, Cost.) – che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni. Si segnala, in particolare, Corte cost. n. 180/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, il quale prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio, subordinatamente alla presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene. La Corte ha dichiarato la norma costituzionalmente illegittima perché determinava "un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, invadendo una competenza spettante allo Stato, violando il principio di parità di trattamento (detto anche "di non discriminazione"), che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi". Analoga vicenda ha riguardato l'art. 16, comma 2, l.r. Toscana n. 23 dicembre 2009, n. 77, che è stata dichiarata illegittima dalla Corte con sentenza n. 340/2010. Tale disposizione prevedeva la possibilità di una proroga, fino ad un massimo di 20 anni, delle concessioni in essere, in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti: in tale occasione la Corte si è richiamata alla sua precedente decisione n. 180/2010, sopra citata.

Stessa sorte hanno subito l'art. 4, comma 1, l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7; l'art. 5, l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13; gli artt. 1 e 2, l.r. Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3, dichiarati illegittimi con sentenza n. 213/2011. Tali disposizioni consentivano ai titolari di concessione in corso di validità, che avessero eseguito o che eseguissero, durante la vigenza della concessione, interventi edilizi, accompagnati o meno da acquisto di attrezzature e beni mobili, di chiedere la variazione della durata della concessione per un periodo compreso tra 7 e 20 anni (decorrenti dalla data di variazione). Al di là delle singole fattispecie, dall'esame delle pronunce citate si evince (appunto già a partire dal 2010) che, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, occorre assicurare il rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti.

39. Può procedersi all'esame del secondo quesito rimesso all'Adunanza plenaria, con il quale si chiede di stabilire, "*nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio.*"

40. In via preliminare, è utile ricordare che, secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, il principio di primazia del diritto U.E. di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultino comunitariamente illegittimi. In linea di principio, quindi, va escluso un obbligo di autotutela (o anche di riesame), a maggior ragione laddove il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudicato.

Si possono richiamare, a tal proposito, con specifico riferimento alla questione dell'obbligo di autotutela su un atto amministrativo comunitariamente invalido, le sentenze *Khune* (C-453/04) e *Kempter* (C-2/06), in cui la Corte UE, pur escludendo la sussistenza di un generalizzato obbligo di autotutela o di riesame, individua alcune condizioni in presenza delle quali tale obbligo sussiste, anche in presenza di giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo.

Secondo la Corte, tale obbligo sussiste quando: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

41. Tali principi, che l'Adunanza plenaria intende condividere e ribadire, non sono tuttavia applicabili al caso di specie, dove, a ben guardare, non si pone propriamente una questione di autotutela amministrativa su provvedimenti amministrativi.

La risposta al quesito *sub* 2) richiede, infatti, la previa qualificazione dell'atto di rinnovo di proroga, richiesto o che sia stato eventualmente già adottato.

42. L'Adunanza plenaria ritiene che l'atto di proroga sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile (così la sentenza Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874).

In tal senso, la formulazione letterale dell'art. 1, comma 682, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 non lascia spazio a dubbi, perché la norma direttamente dispone che le concessioni demaniali già rilasciate *“vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici”* (sull'ambito oggettivo di applicabilità della disposizione è intervenuto il d.l. 14.8.2020 n. 104 convertito con legge 13.10.2020 n. 126, che ha stabilito, al comma 1 dell'art. 100, che *“Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione”*).

La proroga del termine avviene, quindi, automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo. Si tratta, in buona sostanza, di una legge-provvedimento che non dispone in via generale e astratta, ma, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e “legifica”, prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate. Ed invero, se una legge proroga la durata di un provvedimento amministrativo, quel contenuto continua ad essere vigente in forza e per effetto della legge e, quindi, assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto rispetto al quale l'atto amministrativo che (eventualmente) intervenga ha natura meramente ricognitiva dell'effetto prodotto dalla norma legislativa di rango primario. Si è verificata, quindi, e in mancanza di una riserva di amministrazione costituzionalmente garantita, una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che ora trova appunto la sua base, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento (*mutatis mutandis*, con riferimento alla questione della legificazione dei d.P.C.M. adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19, la cui durata è stata prorogata *ex lege* dai decreti-legge n. 44/2021 e n. 52/2021, cfr. Cons. Stato, sez. III, ord. 29 marzo 2021, n. 1606).

43. Seguendo questa impostazione, se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto.

Sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regolamenta il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni.

Di talché l'Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (con i vincoli che la caratterizzano): se l'atto eventualmente adottato dall'amministrazione svolge la sola funzione ricognitiva (e nei termini appunto in cui svolga questa sola funzione), mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga.

Del resto, il potere di autotutela quale potere di regolamentare una seconda (*rectius* “ulteriore”) volta, in aderenza al principio di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa, il rapporto di diritto pubblico (e l'interesse pubblico ad esso sotteso) presuppone detto potere di regolamentazione che, come sopra evidenziato, è stato invece avvocato a sé dal legislatore. In altre parole, il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l'autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge.

Non può peraltro evitarsi di considerare la particolare funzione svolta dall'atto ricognitivo eventualmente adottato dall'Amministrazione: essa non costituisce il portato del potere autoritativo riconosciuto alla soggettività pubblica, pur essendo comunque riconducibile alla posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale.

Tale provvedimento è funzionale a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico, che deriva appunto dal ruolo svolto dall'Amministrazione nell'ambito di una società fluida come quella contemporanea, nella quale anche molti rapporti tipicamente amministrativi sono regolati in assenza di un provvedimento espresso.

Detto ruolo consente alle soggettività pubbliche di creare certezze giuridicamente rilevanti per i terzi, laddove invece ai privati è inibita questa facoltà rispetto a soggetti estranei al rapporto negoziale.

Sicché le medesime ragioni di certezza depongono nel senso che l'Amministrazione provveda, comunque, a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto.

44. Analoghe considerazioni valgono anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Da questo punto di vista, è pur vero che occorre ribadire – in applicazione dei principi di certezza e stabilità del diritto e dei rapporti giuridici di cui è espressione la *res iudicata*, diventati essi stessi principi non solo degli Stati membri ma anche del diritto dell'Unione – l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali, con la conseguenza che, come affermato ripetutamente dalla stessa Corte di giustizia, il diritto europeo non impone a un giudice nazionale di non applicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale decisione (v. *ex plurimis*, sentenza 11 settembre 2019, causa C-676/17, con ulteriori richiami; Corte giust., 16 marzo 2006, causa C-234/04; 1° giugno 1999, causa C-126/97; in termini cfr. anche Ad. Plen. n. 6/2021 e Cass. civ., Sez. 5, 27 gennaio 2017, n. 2046).

Tuttavia, occorre tener conto del fatto che, nel caso di specie, tali principi vanno adeguati tenendo conto che il giudicato incide su un rapporto di durata (qual è appunto quello che deriva dal rilascio o dal rinnovo della concessione demaniale). Sotto tale profilo, va, infatti, ricordato, che, come affermato da Cons. Stato, Ad. Plen. 11 del 2016, le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto. La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia è, quindi, equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (come accade quando viene in considerazione un rapporto di durata) determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

Ora, considerando che in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata, deve essere richiamato il consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Ne consegue che, per quella parte di rapporto non coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens* di derivazione comunitaria (con le conseguenze di cui *infra*).

45. In conclusione, pertanto, l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produce come effetto, anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna.

46. L'Adunanza plenaria è, tuttavia, consapevole del notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare, specie in un contesto caratterizzato da un regime di proroga che è frutto di interventi normativi stratificatisi nel corso degli anni. Basterà ricordare che la prima proroga, fino al 31 dicembre 2015, fu disposta dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009, convertito con modificazione in legge 26 febbraio 2010, n. 25. Il termine del 31 dicembre 2015 fu successivamente prorogato sino al 31 dicembre 2020 per effetto della successiva legge 24 dicembre 2012, n. 228, e, infine, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, l'art. 1, commi 682 e 683 ha disposto l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2033.

Nel corso di queste ripetute proroghe, il legislatore, anche per fare fronte alle procedure di infrazione nel frattempo aperte dalla Commissione europea, aveva "annunciato" il "riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea" (così l'art. 24, comma 3-*septies* d.l. n. 113 del 2016, convertito in legge n. 160 del 2016); come è noto, tuttavia, la nuova normativa volta a garantire compatibilità con l'ordinamento europeo non è mai intervenuta.

Ne è derivata una situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione.

47. In questo quadro normativo, l'Adunanza plenaria, applicando principi analoghi a quelli già espressi nella sentenza n. 13 del 2017, ritiene allora che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione.

La deroga alla retroattività trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni (in tal senso, ma con riferimento all'ordinamento comunitario, Corte di giustizia, 15 marzo 2005, in C-209/03).

Nel caso di specie, peraltro, la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata.

Detto periodo deve essere congruo rispetto all'esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere. Allo stesso tempo, il lasso temporale non può essere elusivo dell'obbligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento comunitario.

L'intervallo temporale potrebbe altresì consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali. È, infatti, compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti.

48. Pertanto, l'Adunanza plenaria, consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023.

Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia –o meno– un soggetto subentrante nella concessione.

Si precisa sin da ora che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, *tamquam non esset* le concessioni in essere.

49. In ordine ai principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, ferma restando la discrezionalità del legislatore nell'approntare la normativa di riordino del settore, può ricordarsi che l'art. 12 della direttiva 2006/123 già contiene importanti criteri in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore, imponendo, appunto, una *“procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”*, ma precisando anche che, *“nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario”*.

Nel considerare tali ultime prerogative possono essere apprezzati e valorizzati in sede di gara profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale.

Con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, la Corte di giustizia ha constatato che *“gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale”*, precisando che si possa tenere conto di tali considerazioni *“solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva”* e che comunque necessiti al riguardo *“una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti”* (sentenza *Promoimpresa*). La Corte di giustizia ha del resto rinvenuto detta situazione rispetto a una concessione attribuita nel 1984, *“quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza”*, esigendo che *“la risoluzione di siffatta concessione*

sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico" (sentenza *Promoimpresa*). L'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi.

Se i criteri dettati dall'art. 12 della direttiva 2006/123 non impongono il rispetto del principio di rotazione (dettati in relazione al diverso settore dei contratti pubblici disciplinati dalle direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25), nondimeno, nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi).

La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. A tal fine i criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione dell'accesso al settore di nuovi operatori.

Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare gli standard qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato. Al riguardo, sarebbe opportuna l'introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell'ambito del tetto normativo) dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario. La durata andrebbe commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario.

È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

50. Le suddette considerazioni si riverberano anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Si è già detto che l'eventuale giudicato che abbia riconosciuto il diritto alla proroga non attribuisce un diritto incondizionato alla continuità del rapporto, dovendosi viceversa ritenere che la parte del rapporto non coperta dal giudicato sia esposta alla normativa comunitaria.

Detta affermazione richiede di stabilire quale sia la parte del rapporto non coperta dal giudicato. I rapporti concessori oggetto di eventuali giudicati formati sulla normativa in esame (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere), successiva alla sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia, necessitano di essere regolamentati tenendo conto, da un lato, del portato tipico dell'autorità di cosa giudicata (sopra illustrato) e, dall'altro, delle implicazioni derivanti dalle modifiche normative (cui sono equiparate le sentenze della Corte di giustizia) successivamente intervenute a disciplinare il rapporto.

La particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, quindi prima della modifica normativa del 2018, sicché essa non costituisce quella sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente (in particolare riguardante la modifica normativa del 2018).

Nondimeno non si può non considerare il ruolo che svolge la presente pronuncia in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano, ruolo reso evidente, da un lato, dal deferimento d'ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, e considerata la particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria *“onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali”*; e, dall'altro lato, dalla graduazione temporale degli effetti della presente pronuncia.

Dette circostanze inducono a ritenere che, anche rispetto ai rapporti oggetto di sentenza passata in giudicato favorevole per il concessionario, gli effetti della non applicazione della normativa in esame si produrranno al termine del periodo transitorio sopra illustrato.

In tal senso convergono:

- le stesse ragioni di certezza che inducono a prevedere un periodo transitorio che preceda l'obbligo di non applicazione della disciplina legislativa interna in conflitto con il diritto UE;
- considerazioni concrete di applicabilità amministrativa del principio di diritto enunciato (che richiedono necessariamente di prevedere un intervallo per lo svolgimento delle gare);
- l'opportunità di consentire al legislatore di normare le procedure di affidamento delle concessioni balneari in conformità al diritto UE, considerato anche il ruolo nevralgico delle medesime nell'ambito dell'economia italiana;
- la necessità di evitare disparità di trattamento;
- generali esigenze di semplificazione e linearità della disciplina pubblicistica.

Ne deriva che i giudicati favorevoli per il concessionario formati sulla normativa in esame cessano di disciplinare il rapporto concessorio a far data dalla scadenza del periodo biennale di cui appena sopra.

51. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

1. *Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.*

2. *Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisa dalla P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legiferato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.*

3. *Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.*

OMISSIS».

MASSIME

«1) *Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il*

diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.

2) Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali [atti] siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiano comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo [a]gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esse[n]t, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.

3) Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.».

SOMMARIO: 1. Premessa: una pronuncia di normazione. – 2. (...) celata sotto l'etichetta della modulazione degli effetti della sentenza. – 3. Sintesi degli antefatti significativi: il punto sulla sentenza Promoimpresa. – La reazione del legislatore e una nuova procedura di infrazione. – 3.1. La reazione del legislatore e una nuova procedura di infrazione. – 3.2. L'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa, e l'eccentrico orientamento del Tar Lecce. – 4. La soluzione ribadita dalla Plenaria. – 5. Su alcuni aspetti critici in ordine ai rapporti con l'ordinamento europeo: l'impostazione della Plenaria. – 5.1. In particolare, il problema dell'efficacia verticale invertita dell'art. 12 della Direttiva servizi. – 6. Il vero appuntamento con il futuro: brevissime considerazioni sulla c.d. rete di tutela della posizione dei concessionari attuali.

1. Premessa: una pronuncia di normazione

Pur separandosi per un paio di mesi dalla lettura a caldo delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria c'è un'insistente impressione di fondo che resta¹.

Chiosando ed adattando al caso la celebre espressione di Nigro², qui siamo di fronte ad un fatto di brutta normazione giurisprudenziale.

¹ Le due identiche pronunce sono state oggetto di un interesse diffuso ed immediato da parte della dottrina. Cfr., in particolare, il fascicolo monotematico della rivista *Diritto e società* n. 3/2021, *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, con contributi di M.A. SANDULLI, F. FERRARO, G. MORBIDELLI, M. GOLA, R. DIPACE, M. CALABRÒ, E. LAMARQUE, R. ROLLI-D. SAMMARRO, E. ZAMPETTI, G. IACOVONE, M. RAGUSA, P. OTRANTO. Tra i primi commenti a caldo, cfr., E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*; M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia*, in *Riv. giur. edil.*, n. 5/2021, p. 1596 ss.; C. FELIZIANI, *Norma interna in contrasto con il diritto europeo, doveri del funzionario pubblico e sorte del provvedimento amministrativo "antieuropeo"*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 460 ss.

² «Non solo ci si dispone male a risolvere le singole questioni del giudizio di ottemperanza alle sentenze amministrative, ma non si comprende nulla della funzione di esso giudizio nell'economia del processo amministrativo, se non ci si rende conto che l'applicazione dell'art.

Bisogna infatti ammettere con onestà che né l'intento né il prodotto di queste sentenze si dispongono sul piano di un intervento di nomofilachia, meno che meno preordinato a comporre un dissidio giurisprudenziale³. Le fibrillazioni dei Tribunali amministrativi regionali non erano certo giunte alla soglia di allarme tipica dell'intervento previsto dall'art. 99 c.p.a. Per tacitare le eccentricità dell'orientamento recentemente maturato presso il Tar Lecce, sarebbe stato sufficiente attendere la parola della sezione semplice del giudice d'appello. D'altro canto, anche sul concetto di questioni di massima importanza che abilitano lo strumento dell'avocazione alla Plenaria a mezzo di intervento del Presidente del Consiglio di Stato occorre intendersi⁴. Ove si fosse semplicemente trattato di riaffermare concetti da tempo recetti in ordine ai rapporti tra ordinamento interno ed europeo l'intervento della Plenaria sarebbe stato strumento eccedente ed ingiustamente sprecato.

La verità è che queste nuove sentenze gemelle sono tutte concepite intorno ad un unico assorbente obiettivo.

Si trattava di dar corpo ad un intervento di ortopedia normativa sostituendo una previsione di legge con un'altra previsione di legge. Più esattamente, di sostituire i precetti che in grazia dell'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145/2018 prevedevano una durata di ulteriori quindici anni delle concessioni demaniali marittime, protraendone l'efficacia quindi fino al 2033, con una diversa norma che ne ha invece limitato l'efficacia al 31 dicembre 2023⁵.

La giustificazione che fa da sfondo all'operazione è costituita dalla presa d'atto del fatto che le disposizioni positive interne erano contrarie al diritto europeo, ma che la disapplicazione di esse senza altre dilazioni avrebbe com-

27 n. 4 a queste sentenze è avvenuta non per estensione diretta, né per analogia (sono le contrastanti posizioni della Cassazione e del Consiglio di Stato), ma per un fatto di pura e semplice (direi di brutta) normazione giurisprudenziale». Come noto così si esprimeva, con frase poi divenuta celebre, a proposito della sentenza della IV Sezione n. 181 del 2 marzo 1928 che estese il rimedio dell'ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, ora in *Scritti giuridici*, 1996, III, 1521 ss. qui p. 1522-1523.

³ In ordine alle note strutturali dell'esercizio del potere nomofilattico dell'Adunanza plenaria, cfr. per tutti, S. SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza Plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019. Quanto all'assimilabilità tra principio di diritto espresso dalla Plenaria e norma, A. DE SIANO, *Il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria quale norma giuridica*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1687 ss.

⁴ Sulle difficoltà di individuare i presupposti del potere di deferimento attribuito dall'art. 99 c.p.a. al Presidente del Consiglio di Stato per risolvere questioni di massima importanza, cfr. A. MARRA, *Commento sub art. 99*, in G. FALCON-B. MARCHETTI-F. CORTESE (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, p. 775 ss. ove si evidenzia che tale prerogativa può prescindere dalla presenza di un contrasto tra le sezioni semplici, analogamente a quanto prevede l'art. 373, comma 2, c.p.c. in ordine al deferimento alle sezioni unite.

⁵ In questa operazione, ovviamente, è destinata a rimanere del tutto assorbita anche la norma che aveva esteso le proroghe alle concessioni lacuali e fluviali, oltre che a quelle per la nautica da diporto (cfr. art. 100 d.l. n. 104/2020 conv. nella legge n. 126/2020). Apparentemente più incerta, invece, la sorte della disposizione che aveva previsto la moratoria dei procedimenti di devoluzione dei beni e di rilascio e assegnazione delle aree con procedure ad evidenza pubblica (art. 182, comma 2, d.l. 34/2020 conv. legge n. 77/2020). La Plenaria ne ha solo affermato l'incompatibilità con il diritto europeo e quindi la necessaria disapplicazione, accomunandola al destino dell'art. 1, commi 682 e 683 della legge n. 145/2018. Tuttavia se si dovesse ritenere che detta moratoria era più che altro legata all'ipotesi in cui la PA, dando prevalenza al diritto UE, aveva disapplicato la norma di proroga interna (magari anche in esecuzione di una statuizione del giudice), ne dovrebbe seguire che nell'idea della Plenaria l'affermata efficacia delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023 sia destinata a superare il problema.

portato significative ricadute sul piano sociale ed economico. Da cui, appunto, la necessità di creare una sorta di norma ponte.

Se si accettasse questo dato di fatto molte delle critiche che queste sentenze hanno già attirato potrebbero inquadrarsi in una luce parzialmente diversa.

In particolare, il totale distacco con le fattispecie concrete giunte in fase d'appello, che ha indotto la motivazione a trascurare aspetti forse addirittura dirimenti per la decisione di quei casi, potrebbe vedersi come un incidente tutto sommato secondario, se appunto lo scopo avuto di mira dalla Plenaria è quello di introdurre una modifica nella legge.

Ed in effetti, nell'intento di dettare una nuova norma che peso può mai avere l'idea che lo Stato ed i suoi apparati non possano opporre la Direttiva 123/2006 al concessionario che pretenda l'applicazione della norma interna che gli accordava una proroga sino al 2033?

Verrebbe da dire ben poco, perché il problema dei c.d. effetti in *malam partem* delle direttive (o dell'efficacia diretta inversa) cessa di porsi una volta assunte le vesti del legislatore interno che quelle norme europee si accinge ad adattare nel suo ordinamento.

Parimenti, una volta calati in questo ruolo ci si può anche permettere una qualche implausibile idea sul tema dell'interesse transfrontaliero certo. È un tema che infatti si pone colui che si accinge a stabilire se una norma del Trattato può decidere le sorti di un giudizio in Italia, ma che perde tale decisivo rilievo quando si passa a confezionare la norma interna che pur sia motivata dalla volontà di aderire a quei principi.

Analogamente, pure la prospettiva di travolgere i giudicati favorevoli ai concessionari e basati sulla pregressa norma interna che accordava la proroga al 2033, si potrebbe colorare di una luce diversa.

La Plenaria, sul punto, si vede costretta a motivare puntando sui noti rapporti di forza tra le sentenze interpretative della Corte di giustizia ed il giudicato interno. Ma in questo caso la sentenza Promoimpresa è del 2016 e presumibilmente i giudicati da travolgere saranno quelli (successivi) basati sulla legge di proroga del 2018, sicché l'asserita omologazione con il fenomeno dello *jus superveniens* pare davvero incomprensibile⁶. Comprensibile invece lo diventa quanto – si dimentichi la motivazione, che certo non lo può dire – sia la sentenza stessa che si sta pronunciando lo *jus superveniens*. La legge, infatti, non solo a certe condizioni pare proprio possa lecitamente incidere sui rapporti di durata ancorché attinti da un precedente giudicato, ma comunque ove lo faccia si impone con la forza del fatto.

Del resto, se ben si riflette, anche l'idea di ricondurre l'effetto di proroga delle concessioni direttamente alla l. n. 145/2018, che così diverrebbe legge-provvedimento, scansando l'intermediazione del provvedimento amministrativo, degradato a fenomeno ricognitivo, in questa operazione di normazione trova una spiegazione pratica del tutto intuitiva. La necessità di smarcarsi dai limiti temporali che altrimenti incontrerebbe l'autotutela, ai sensi dell'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990, è infatti essenziale. Diversamente, considerato il lasso di tempo trascorso dalla legge 145/2018, il giudice fattosi legislatore qui detterebbe una norma che rischia di rimanere lettera morta. E se in questo incidente è aduso incorrere non di rado il parlamento, è chiaro che un simile vizio pratico della legge non può invece sfuggire al Consiglio di Stato.

⁶ Su questo specifico punto cfr. *infra*, par. 3.

Non da ultimo si potrebbe anche osservare che quelle indicazioni che la Plenaria dà in merito a taluni criteri che dovrebbero presidiare le future procedure di comparazione – indicazioni sospese tra indebito esercizio di funzione consultiva e inammissibile giudizio su poteri non ancora esercitati – non sono così eterodosse ove si tratti di sostituire il legislatore. Norma immediata, quella sull'efficacia delle concessioni in essere fino a 31 dicembre 2023; criteri dettati da un legislatore delegante quei c.d. *obiter* ove ci si diffonde sulle future procedure di gara.

Perché allora non limitarsi a prendere atto che questo è il senso intimamente giuridico delle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria, magari lodandone pure la nobile intenzione di prendersi carico del fardello lasciato da un legislatore neghittoso ed inadempiente?

Vi è più di una valida ragione per dissentire.

In primo luogo, anche volendosi disinteressare del significato istituzionale di una sentenza, la dottrina non può comunque abdicare al suo tradizionale ruolo di vaglio critico delle argomentazioni giuridiche addotte per pervenire ad una data soluzione.

In secondo luogo, un problema di non poco conto dell'operazione portata a compimento dall'Adunanza plenaria risiede nel fatto che – paradossalmente – il suo successo è pressoché in tutto e per tutto condizionato da un tempestivo intervento del legislatore chiamato a raccogliere il monito di regolare rapidamente la delicata materia.

Se il legislatore interverrà prontamente⁷, i difetti di queste pronunce finiranno per assumere un peso tutto sommato secondario, emergendone invece il pregio di aver provocato la necessaria scossa istituzionale che ha indotto governo e parlamento a quella riforma della materia, tanto attesa e non più procrastinabile. Certo ci si potrà ancora chiedere a quale grado di maturazione sia mai giunta l'integrazione con il livello normativo europeo, se il nostro legislatore si attiva solo quando è il Consiglio di Stato a doppiare ciò che è già stato affermato anni prima dalla Corte di giustizia. Ma resta il fatto che la partita tornerebbe a giocarsi tra legge, Commissione europea, Corte di giustizia, giudice penale e, fors'anche, eventualmente, Corte costituzionale.

Ma se il legislatore non interverrà con rapidità, difficilmente si potrà allora accordare a queste pronunce la prognosi di successo certo che invece ha giustamente coronato la normazione per giurisprudenza perpetrata quasi un secolo fa e di cui parlava a suo tempo Nigro.

La nuova disposizione di legge che qui la Plenaria vorrebbe introdurre sconta un problema di fondo legato alla forza della fonte normativa di cui il tema implicato abbisognerebbe per dirsi risolto. Nell'aspirazione del Consiglio di Stato il precetto introdotto per sentenza, che accorda l'efficacia delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023, si farebbe artefice della giusta traduzione nell'ordinamento italiano del diritto europeo. Contrariamente all'apparenza, infatti, questa è un'aspirazione che sembrerebbe insita nel *dictum*

⁷ La presente nota è stata scritta quando era ancora all'esame in commissione al Senato l'emendamento proposto dal Governo n. 2.0.1000 al d.d.l. n. 2469 «Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021» che affronta la materia a seguito delle pronunce della Plenaria. Quando il presente scritto era già avviato alla pubblicazione, l'*iter* parlamentare è finalmente sfociato nell'approvazione della legge 5 agosto 2022, n. 118. Di tale sopravvenuta legge – che indubbiamente rende non del tutto attuale il tono di alcune considerazioni del presente lavoro – non si è potuto tenere conto. Tuttavia, per qualche notazione già consapevole del testo delle disposizioni che erano state approvate in prima battuta al Senato si veda più avanti al paragrafo 6.

della Plenaria. Diversamente, occorrerebbe concludere che il Consiglio di Stato sia mosso dall'idea stravagante che il legislatore non può disporre contro il diritto eurounitario, mentre la Plenaria si⁸. Sennonché, in disparte il fatto che un siffatto precetto resta comunque contrario al diritto europeo come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa*⁹, una tale aspirazione incontra un ostacolo insormontabile.

Ci sono infatti solo due giudici che possono arrivare a quell'esito e nessuno dei due è il giudice amministrativo italiano.

È evidente che un giudizio di accettabilità comunitaria di un'ipotetica norma che accordasse la proroga automatica al 31 dicembre 2023 compete esclusivamente alla Corte di giustizia (che tuttavia si è espressa già nel 2016). Ma allora va da sé che qualunque giudice potrebbe ritenersi ben libero di adire la Corte e per la verità non solo per interrogarla sul diritto fattosi vivente in Italia a seguito delle plenarie gemelle, quanto per porle quegli interessanti quesiti – a cui si farà cenno più avanti – che la vicenda sollecita, ma dei quali la Plenaria non si è avveduta¹⁰.

In definitiva, la pretesa di sovrapporsi alla Corte di giustizia non dà alcuna garanzia di tenuta.

Su altro versante, un differimento all'ingresso di norme europee che siano già efficaci motivato dalle ricadute sociali ed economiche è operazione che potrebbe concepirsi nel contesto dell'attivazione di un c.d. controlimite. Ma si tratta di uno strumento che appartiene alla Corte costituzionale e non certo ai giudici comuni¹¹.

Si potrebbe poi aggiungere che l'operazione non dà garanzie di successo nemmeno dove la materia interseca il diritto penale. È ben dubbio che il giudice penale, e segnatamente la Cassazione, da qualche tempo convinta del carattere abusivo delle occupazioni pur fondate su proroghe disposte per legge

⁸ E infatti l'insanabile aporia è perfettamente colta da F. FRANCARIO, *Se questa è nomofilia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, recensione al fascicolo monotematico dalla *Riv. dir. soc.*, 3/2021 "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria", ove si osserva che «il legislatore viene in realtà completamente sostituito nel momento in cui si ritiene possibile ("congruo") stabilire il termine massimo di efficacia del regime di proroga fino al 31 dicembre 2023. Peraltro, un attimo dopo aver precisato che il diritto eurounitario non consente più alcuna proroga e che sono pertanto nulle le proroghe disposte ex lege. Il legislatore nazionale non può disporre contro il diritto eurounitario, l'Adunanza del Consiglio di Stato sì».

⁹ Il fatto che la proroga di efficacia generalizzata ed automatica disposta dalla Plenaria ripeta lo stesso vizio di anticomunitarietà che la Plenaria stessa riconosce a carico della legge è un dato difficilmente oppugnabile. Cfr. M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara*, cit., p. 1618; M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e soc.*, 3/2021, p. 353-354; F. FRANCARIO, *Se questa è nomofilia*, cit.

¹⁰ Ed in effetti si deve dare doveroso conto del fatto che – quando il presente contributo era già avviato alla fase di pubblicazione – l'ipotesi di un ulteriore interpello alla Corte di giustizia si è concretata. Ad una nuova rimessione è giunto, non a caso, il Tar Puglia, Lecce, con ord. 11 maggio 2022, n. 743. Benché una tale "sopravvenienza" giurisprudenziale non possa qui trovare spazio per adeguata analisi, una veloce lettura dell'ordinanza è però sufficiente per avvedersi del fatto che i temi legati al livello normativo europeo più interessanti ed ai quali si farà cenno più avanti (in part. al par. 5.1.) sono rimasti estranei ai quesiti sollevati dal Tar Lecce, che si è concentrato piuttosto sulla ritenuta natura non *self executing* della Direttiva Bolkestein, declinata nello specifico senso della non completa regolamentazione della fattispecie, soprattutto perché non prevederebbe le regole della gara.

¹¹ Questo profilo critico delle sentenze qui in esame è affrontato da E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, in *Dir. e soc.*, 3/2021, p. 473 ss.

dello Stato, in quanto queste contrarie al diritto UE ¹², sia improvvisamente disposta a mutare indirizzo solo perché analoghe proroghe non sono più dettate dalla legge, ma da una sentenza del Consiglio di Stato ¹³.

Infine, l'operazione nemmeno appare in grado di incidere in modo tranciato sulla nuova procedura di infrazione inaugurata nel dicembre del 2020 dalla Commissione, che ha rivolto le sue reprimende verso l'ennesima disciplina di proroga generalizzata ed automatica disposta dal nostro legislatore ¹⁴.

È però chiaro che una cosa è constatare che il legislatore adotta una norma contraria a quanto già stabilito dalla Corte di giustizia, con tutte le conseguenze che si propagano anche in altri rami del diritto interno, tutt'altra cosa è che a tanto si arrischi la giurisdizione amministrativa.

La conseguenza infatti non si calerebbe più solo in termini di disapplicazione ¹⁵, quanto anche in termini di sconfinamento in molteplici direzioni.

2. (...) celata sotto l'etichetta della modulazione degli effetti della sentenza

Ora, poiché il compito di un commentatore non è però quello di fare prognosi sull'opportunità di un intervento della giurisdizione che così tanto innerva negli interessi, vi è piuttosto da aprire una parentesi per chiedersi se un'operazione di tale indubbia sostanza di normazione sia stata rivestita da una struttura giuridica almeno plausibile.

E questo perché ove così non fosse, quale che sia l'inclinazione dell'inter-

¹² Per la verità, nelle più note pronunce della Cassazione sul tema delle concessioni balneari, l'argomento basato sulla tesi della disapplicazione, anche ai fini penali, della norma interna per contrasto con il diritto europeo si accompagna spesso al convincimento che le concrete concessioni a base delle vicende giudicate comunque non potessero giovare delle proroghe *ex lege*. E tanto vuoi in virtù di letture riduttive delle fattispecie intercettate dalla proroga disposta dal d.l. n. 194/2009 come convertito nella legge n. 25/2010, vuoi ritenendo che le proroghe non potessero operare ove non vi fosse stata espressa richiesta e provvedimento dell'Ente concedente. Cionondimeno l'argomento della disapplicazione è chiaramente esplicitato, tra altre, in Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2013, n. 21158; Cass. pen., sez. III, 31 luglio 2013, n. 33170; Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281; ed è ancora condiviso in Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993.

¹³ Ed infatti non pare assurdo a svolta nella giurisprudenza del giudice penale il recentissimo arresto, che tiene conto delle plenarie gemelle, di Cass. pen., sez. III, 22 aprile 2022, n. 15676, consultabile in *Giustiziainsieme.it*, con nota di G. OTRANTO, *Illegittima proroga ex lege della concessione balneare e reato di "abusiva occupazione dello spazio demaniale"*. Cronaca di un finale annunciato. In termini di rapporto con le pronunce della Plenaria qui in esame si tratta di una motivazione dall'inquadramento piuttosto perplesso. La Cassazione, infatti, pur omaggiando alcuni tratti delle motivazioni del Consiglio di Stato, nell'occasione ha puntato tutto sul fatto che la concessione oggetto della vicenda non poteva dirsi coinvolta da proroghe *ex lege* confermando la tesi del giudice penale che attrae alla disciplina delle proroghe disposte ex d.l. n. 194/2009 solo le concessioni nuove, e cioè successive al d.l. stesso.

¹⁴ Sul fatto che la pronuncia della Plenaria non sia di ostacolo alla procedura di infrazione, G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Dir. e soc.*, 3/2021, p. 385 ss, in part. p. 388 ed ivi alla nota 9.

¹⁵ Secondo M.A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 354, a rigor di logica non andrebbe escluso nemmeno il tema della necessità, per gli altri giudici e per la PA, di disapplicare la regola dell'efficacia delle concessioni sino al 31 dicembre 2023 imposta dalla Plenaria in quanto contrastante con il diritto UE. Nella stessa direzione, E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e soc.*, 3/2021, p. 524.

prete verso il fenomeno del c.d. creazionismo dei giudici¹⁶, bisognerebbe giungere con onestà ad ammettere che l'episodio – quantomeno – si avvicina pericolosamente a traguardare il limite della giurisdizione, costituendo un inedito banco di prova per saggiare se davvero lo sconfinamento del giudice nel potere legislativo sia quella figura meramente teorica come dice oggi la casazione¹⁷.

La Plenaria ha affidato un compito davvero impervio alla tecnica della modulazione degli effetti della sentenza.

In questa sede non si tornerà sulle critiche che una tale figura già incontra sul piano generale¹⁸, essendo sufficiente dar voce a due notazioni che rendono il ricorso alla tecnica della modulazione, nella vicenda, quantomeno sospetto.

Se ben si riflette, l'effetto che dovrebbe essere postergato al 31 dicembre 2023 è qui quello dichiarativo del contrasto tra il diritto europeo e la norma interna che accordava le proroghe automatiche. Un contrasto che poco prima la stessa Plenaria ha ritenuto tanto chiaro e stridente da accantonare l'ipotesi di sollevare un nuovo quesito pregiudiziale¹⁹.

Ebbene una siffatta prospettiva, come è già stato da altri osservato, dal punto di vista del diritto europeo ha addirittura il sapore dell'eresia²⁰. Il monopolio della facoltà eccezionale di sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma, sembra spetti

¹⁶ Tema al centro del recente lavoro di L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, e notoriamente esposto nella dottrina a diversi esiti. Cfr. N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'. Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018; P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 1 ss.

¹⁷ Laddove insegna che lo sconfinamento nell'ambito riservato al legislatore è «un'evenienza estrema e al contempo marginale nell'esperienza del diritto, che è nella legge ma anche nell'interpretazione che ne danno i giudici». Cfr. per tutte, Cass., sez. un., 4 giugno 2021, n. 15569. Su almeno un punto bisogna però evitare remore. Immaginare che un tale vizio possa qui essere scantonato semplicemente ricorrendo alla consueta idea che il giudice abbia solo errato nel ricostruire il quadro normativo dei suoi poteri, in particolare per aver supposto che le norme gli attribuissero un potere di modulazione della sentenza che non ha, e che abbia semplicemente parimenti errato anche nel ritenere che questo potere di modulazione consentisse di affermare l'efficacia delle concessioni sino al 31 dicembre 2023, equivale grosso modo ad ammettere che non cade in sconfinamento nemmeno quel giudice che abbia errato nell'interpretazione della Costituzione supponendo di avere il potere di emanare nuove leggi che poi applica alla controversia.

¹⁸ Il tema del potere di modulazione degli effetti della sentenza è stato intensamente affrontato dalla dottrina soprattutto in occasione dei precedenti giurisprudenziali che l'hanno avvocato. All'indomani dalla sentenza Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, cfr., tra altri, A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento dell'atto illegittimo"*, in *Urb. app.*, 2011, p. 936 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, p. 438 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1128 ss. In occasione di Ad. Plen. 22 dicembre 2017, n. 16, A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1134 ss.; M. CONDORELLI, *Il nuovo prospective overruling, "dimenticando" l'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro it.*, 2018, III, c. 163 ss.

¹⁹ Si veda al punto 29 della motivazione ove la Plenaria richiama la c.d. giurisprudenza Cilfit che esonera il giudice nazionale dal rinvio di cui all'art. 267 del TFUE ogni qual volta la questione controversa sia già stata già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia.

²⁰ M. GIAVAZZI, *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in *Ceridap.it*, 2 febbraio 2022.

esclusivamente alla Corte di giustizia²¹. E comunque nel caso in esame il giudice nazionale ha omesso di considerare che vi era già stata una sentenza pregiudiziale della Corte sul medesimo tema che aveva statuito senza però limitare l'efficacia temporale dei suoi effetti²².

Ma anche volendo accantonare per un attimo l'insuperabile ostacolo, che riporta sempre al problema dell'invasione del campo del giudice europeo, è piuttosto un approccio logico quel che contribuisce a dar corpo al sospetto che la formula della modulazione nel tempo qui celi una sostanziale frode delle etichette.

La postergazione dell'effetto di una simile pronuncia dichiarativa non appare sufficiente allo scopo di affermare l'efficacia temporanea delle concessioni in essere, senza che – quantomeno – vi si associ un elemento di regola nuova, e positiva, radicato nella sentenza medesima.

A differenza di quanto forse può avvenire nei casi in cui la modulazione degli effetti della sentenza è collegata ad un mutamento di giurisprudenza²³, in cui si può immaginare di perpetuare l'orientamento passato, in (temporanea) assenza delle pronunce gemelle della Plenaria qui non vi è altro che una norma reputata anticomunitaria e che già la giurisprudenza amministrativa non applicava. È chiaro allora che per garantire l'efficacia delle concessioni sino al 31 dicembre 2023 ci vuol ben altro che la postergazione degli effetti di una dichiarazione d'anticomunitarietà – pur espressa in sede autorevole – ma che già prima era scontata.

Ci vuole, appunto, quella norma transitoria che la Plenaria si è premurata di creare²⁴.

²¹ M. GIAVAZZI, *op. cit.*, ove a tanto si approda ricordando che secondo la giurisprudenza della Corte «gli effetti nel tempo di una decisione della Corte di giustizia pronunciata su rinvio pregiudiziale non possono dipendere dalla data di pronuncia della sentenza con cui il giudice nazionale statuisce definitivamente sul procedimento principale, e nemmeno dalla valutazione di quest'ultimo sulla necessità di preservare gli effetti giuridici della normativa nazionale in questione» (Corte di Giustizia, 22 giugno 2021, causa 439/19), statuizione che in altra pronuncia verrebbe spiegata osservando che «se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato sul diritto dell'Unione, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con quest'ultimo, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione» (Corte di Giustizia, 25 giugno 2020, causa 24/19). L'A. ricorda pure che il giudice comunitario ha, tuttavia, riconosciuto che – nella ricorrenza di particolari circostanze – «il giudice remittente potrà eccezionalmente essere autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato» (Corte di Giustizia, 28 febbraio 2012, causa 41/11) ma ha avuto altresì cura di precisare che «una simile limitazione può essere ammessa unicamente nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta» (Corte di Giustizia, 22 giugno 2021, causa 439/19). Sullo specifico punto sembrerebbe più possibilista F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?* in *Dir. e soc.*, 3/2021, p. 359 ss, qui p. 380, ove si ricorda però anche come la Corte di giustizia «ha inteso riconoscere, caso per caso ed eccezionalmente, a un giudice nazionale la facoltà di amministrare gli effetti dell'annullamento di una norma nazionale dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione nel rispetto delle condizioni poste dalla giurisprudenza dell'Unione» (Corte di Giustizia, 29 luglio 2019, causa 411/17, p.to 178) pur rilevando che «queste condizioni non sembrano soddisfatte nel caso di specie».

²² Con ciò pertanto obliterando i principi riportati anche nella giurisprudenza di cui alla nota che precede e che si sostanziano nell'idea che la deroga alla generale efficacia *ex tunc* delle sentenze pregiudiziali, in ragione del suo carattere eccezionale, può essere pronunciata solo dalla Corte di giustizia nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta della norma dell'Unione. In questo senso F. FERRARO, *op. cit.*, p. 379.

²³ Che qui non sia un caso di *prospective overruling* pare davvero fuori di dubbio. Per tutti, E. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 484.

²⁴ Che in questo caso la sostanza delle cose prevalga sulla suadente formula della modula-

D'altro canto pure il giudice d'appello siciliano che per primo ha dovuta "applicare" la Plenaria n. 17/2021 si è condotto prendendo atto che questa è la sostanza delle cose²⁵.

L'atto dell'autorità portuale che aveva negato la proroga al 2033 ritenendola incompatibile con il diritto europeo non è stato affatto annullato, ma anzi ritenuto immune dai vizi di legittimità denunciati, con conferma sul punto della sentenza resa dal Tar in prime cure. Per converso è stata parzialmente accolta una domanda, configurata come subordinata, di accertamento del diritto alla proroga sino al 31 dicembre 2023. Tanto appunto in applicazione del *decisum* della Plenaria.

Nessun differimento dei principi dichiarati della Plenaria dunque (che altrimenti l'atto di rifiuto della proroga avrebbe dovuto dichiararsi *contra ius*), ma applicazione di una nuova disposizione intervenuta in via transitoria (e con effetto anche sui processi pendenti).

3. Sintesi degli antefatti significativi: il punto sulla sentenza Promoimpresa

Esaurita la critica condotta con l'urgenza reclamata dall'indubbia eccezionalità dell'espedito della modulazione degli effetti di una dichiarazione di anticomunitarietà da parte del giudice nazionale, si può passare ad una qualche considerazione sul merito della questione.

Si vuol dare qui per nota la vicenda che ha condotto sino alla sentenza della Corte di giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15 (c.d. Promoimpresa-Melis)²⁶.

zione è del resto confermato dal fatto che su questo aspetto delle sentenze gemelle la critica è quasi unanime, ed è generalmente argomentata proprio osservando che il Consiglio di Stato così si è fatto legislatore. Cfr. tra altri, M.A. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 353-354; R. DIPACE, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, in *Dir. e soc.*, 3/2021, pp. 419-420; E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza*, cit., p. 507 ss., in part. p. 511, nota 14; F. FRANCIOSI, *Se questa è nomofilachia*, cit. Peraltro anche chi guarda con occhio benevolo alla clausola apposta dalla Plenaria di differimento degli effetti delle decisioni in questione, ammette che non trattandosi di una ipotesi di *prospective overruling* si allargano allora a dismisura le ipotesi in cui la Plenaria potrebbe far uso della tecnica del differimento dell'applicazione dei principi di diritto. Cfr. G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., in part. p. 388 ed ivi alla nota 8.

²⁵ Si v. Cons.giust.amm.reg.sic., 24 gennaio 2022, n. 116, in *Giustiziainsieme.it*, con nota di E. ZAMPETTI, *Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S. (nota a Cgars, 24 gennaio 2022 n. 116)*.

²⁶ Per un primo commento alla sentenza Promoimpresa che ripercorre anche gli antefatti normativi e giurisprudenziali, cfr., tra molti, A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2016, 2, 166; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in questa *Rivista*, n. 2/2016, 182; E. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 25/2016; E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. app.*, 2016, 11, p. 1217; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 3-4, p. 912 G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 60 ss. Successivamente a tale pronuncia l'interesse della dottrina per il tema si è fatto molto intenso. Senza pretesa di esaustività

Al fine di porre in luce alcune delle molte questioni affrontate dall'Adunanza plenaria è sufficiente rammentare poco di più dei principi lì affermati dalla Corte, soffermandosi poi su un paio di altri aspetti.

La Corte di giustizia – conviene premettere – nel 2016 ebbe occasione di confrontarsi con la disciplina interna italiana, che, appena dopo la chiusura della procedura di infrazione aperta nel 2008, pensò bene di accordare un ulteriore termine di proroga alle concessioni in essere protraendone la durata sino al 31 dicembre 2020²⁷.

Ebbene, come in altra occasione già segnalato, nella sentenza *Promoimpresa* lo schema della pronuncia si può riassumere come segue:

1) le concessioni demaniali marittime possono essere sussunte nel perimetro delle autorizzazioni ai sensi delle disposizioni della direttiva 123/2006 «in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica». Peraltro, secondo la Corte, dette concessioni non sembrano rientrare invece nella categoria della concessione di servizi²⁸;

1.1) le concessioni demaniali in questione riguardano risorse naturali;

1.1.2) pertanto, se il giudice nazionale accerta che debbono essere rilasciate in numero limitato per via della scarsità delle risorse naturali, ebbene allora saranno integrate le condizioni per rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 12 dir. 123/2006;

1.1.2.1) con la precisazione, che al fine della verifica sul requisito del “numero limitato” occorre prendere in considerazione anche il fatto che le concessioni siano rilasciate a livello comunale e non nazionale.

2) A termini dell'art. 12, paragrafo 1 della direttiva, il rilascio di autorizzazioni che siano in numero limitato per via della scarsità di risorse naturali, deve essere oggetto di una procedura di selezione tra potenziali candidati, connotata da imparzialità, trasparenza e adeguata pubblicità;

2.1) se si accerta che le concessioni rientrano nel campo di applicazione dell'art. 12 – perché la verifica di cui al precedente punto 1.1.2 dà esito positivo – ebbene allora la disposizione nazionale che prevede una proroga ex lege equivale ad un rinnovo automatico, e perciò viola l'art. 12, paragrafo 2 della direttiva.

si ricordano qui i lavori monografici di A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, 2017; M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenze delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021. Tra altri contributi, anche, M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 1069 ss.; F. GAFFURI, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in *Ceridap*, luglio 2021; B. CARAVITA DI TORITTO-G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it* n. 20/2021 ed ora pubblicato in appendice al numero monografico di *Dir. e soc.*, 3/2021, p. 621 ss.

²⁷ Cfr. art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, introdotto in sede di conversione con la legge n. 221/2012, con cui il nostro legislatore, forse pensando di essere ormai fuori dai riflettori delle istituzioni comunitarie, decise di protrarre la proroga – faticosamente “accordata” dalla Commissione sino al 31.12.2015 – sino al 31 dicembre 2020 novellando in questo senso l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009.

²⁸ Su quest'ultimo aspetto, cfr. punti 46, 47 e 48 della sentenza in esame, nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar ai punti da 57 a 69.

3) La norma di proroga non è giustificabile adducendo la necessità di tutela del legittimo affidamento dei già titolari di dette autorizzazioni ed al fine di consentire loro di ammortizzare gli investimenti, in quanto,

3.1) da un lato l'art. 12 paragrafo 3 della direttiva consente di tener conto di motivi imperativi di interesse generale solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione,

3.1.1) sicché non potrebbe essere invocata per giustificare una proroga di autorizzazioni rilasciate inizialmente senza una procedura di comparazione;

3.2) ad ogni buon conto, una giustificazione fondata sul principio di tutela dell'affidamento richiederebbe una valutazione caso per caso atta a dimostrare:

3.2.1) che il titolare poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo;

3.2.2) che perciò ha effettuato i relativi investimenti;

3.3) pertanto, simili possibili giustificazioni non assistono una proroga automatica istituita dal legislatore e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione.

4) Quando le concessioni demaniali non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 12 direttiva in quanto difetta la condizione del numero limitato per via della scarsità delle risorse naturali, ebbene solo allora,

4.1) la situazione va esaminata alla luce dell'art. 49 TFUE ed è in gioco un diritto di stabilimento;

4.1.1) in tal caso, qualora la concessione presenti un interesse transfrontaliero certo secondo le coordinate già tracciate dalla giurisprudenza della Corte, la sua assegnazione in assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento in danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla concessione;

4.1.2) una normativa come quella italiana, tenuto conto del differimento che introduce, ritarda il rilascio della concessione mediante procedura trasparente di gara;

4.1.2.1) sicché produce, a danno delle imprese con sede in altro Stato membro potenzialmente interessate a tali concessioni, una disparità di trattamento vietata dall'articolo 49 TFUE.

5) Nemmeno in tal caso può validamente invocarsi una giustificazione fondata sull'intento di consentire ai concessionari di ammortizzare gli investimenti e sull'esigenza di rispettare il principio della certezza del diritto;

5.1) e questo perché le concessioni in questione sono state attribuite quando già era stato chiarito che le concessioni di interesse transfrontaliero erano soggette agli obblighi di trasparenza, con la conseguenza che il principio di certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una violazione dell'art. 49 TFUE.

In ragione del percorso sopra schematizzato la Corte arrivò nel 2016 a statuire i seguenti principi:

1) L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

2) L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una

normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

Ebbene della pronuncia della Corte conviene qui mettere in luce qualche dato.

La sentenza *Promoimpresa*, benché non avesse dato un riscontro esplicito alle sollecitazioni dell'avvocato generale in tal senso, era indubbiamente già ispirata dall'idea che la direttiva servizi fosse applicabile anche alle c.d. situazioni puramente interne, cioè a prescindere dalla prova di un interesse transfrontaliero²⁹. Il tema verrà poi affrontato e risolto in modo esplicito con la sentenza Grande sezione 30 gennaio 2018 in cause riunite C-360/15 e C-31/16 ove la Corte sulla base di una motivazione piuttosto articolata, ha dichiarato che «le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123, relativo alla libertà di stabilimento dei prestatori, devono essere interpretate nel senso che si applicano anche a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro».

Per quanto riguarda i rapporti tra art. 49 TFUE ed art. 12 della direttiva 123/2006 la stessa sentenza *Promoimpresa* ha però cura di precisare che «qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione», di modo che questioni pregiudiziali, «nella misura in cui vertono sull'interpretazione del diritto primario, si pongono solo nel caso in cui l'articolo 12 della direttiva 2006/123 non sia applicabile ai procedimenti principali». Ebbene in questo passo la Corte sembra voglia affermare che l'invocazione della disciplina dell'art. 49 TFUE è subordinata alla condizione che si sia fuori dal campo di applicazione della direttiva per la precisa ragione che non vi sarebbe scarsità della risorsa da attribuire con l'autorizzazione, elemento appunto che condiziona l'applicazione della 12 della direttiva.

Ciò premesso, val la pena di segnalare che in quella vicenda solo il Tar Sardegna, nel formulare il quesito, si era per la verità appellato al contrasto con la direttiva servizi, ma – in ogni caso – né il Tar Sardegna né il Tar Milano, in sede di rimessione, avevano attribuito un qualche peso al fatto che in entrambe le vicende era l'Amministrazione – sostanzialmente – a rifiutare di riconoscere effetto alla norma interna di proroga proprio ritenendola anticomunitaria.

Pertanto la Corte di giustizia nello statuire i suoi principi – proprio perché non interrogata sul punto – non si occupò minimamente del tema specifico della concreta applicabilità di una direttiva nel caso in cui sia l'Autorità pubblica ad opporre il diritto europeo al concessionario che vanti contro di essa una proroga accordata da una legge nazionale.

²⁹ Ad analogo esito era approdata anche una parte della dottrina. Cfr. S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 59 ss.; A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano, 2016, p. 85 ss., nonché, p. 111 ss.

3.1. La reazione del legislatore e una nuova procedura di infrazione

La reazioni del legislatore alla sentenza *Promoimpresa* sono ben note³⁰.

Dapprima, in sede di conversione del decreto legge 24 giugno 2016, n. 113, con la legge 7 agosto 2016, n. 160, il legislatore ha inserito alla chetichella il comma 3 *septies* dell'art. 24, ove si è stabilito che «nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n.194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio, n. 25».

Approssimandosi poi la scadenza del 31 dicembre 2020, con la l. n. 145 del 30 dicembre 2018 (legge finanziaria 2019), sebbene apparentemente avviando l'ennesimo promesso *iter* di riordino della materia, il legislatore ne procrastinava di fatto ulteriormente l'attuazione, demandando al Governo di individuare (con apposito d.P.C.M.) i principi ed i criteri tecnici ai fini dell'assegnazione (delle sole) nuove concessioni di aree demaniali prive di concessioni in essere, e disponendo una nuova proroga generalizzata delle concessioni esistenti, questa volta al 31 dicembre 2033 (art. 1, commi 682 e 683).

Successivamente, nell'ambito degli interventi connessi all'emergenza epidemiologica da COVID-19, con l'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34/2020 convertito nella legge n. 77/2020, c.d. Decreto Rilancio, il Governo, nel ribadire la validità delle proroghe fino al 2033, ha disposto la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, facendo espresso divieto alle amministrazioni di intervenire qualora «l'utilizzo dei beni demaniali da parte dei concessionari verrà confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione».

Infine, l'art. 100 del d.l. n. 104/2020 convertito nella legge n. 126/2020, nell'ambito delle misure a sostegno dell'economia, ha esteso formalmente la suddetta proroga al 2033 alle concessioni lacuali e fluviali, oltre che a quelle per la nautica da diporto.

In questo contesto si inserisce pertanto la nuova procedura di infrazione avviata dalla Commissione con una lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020³¹.

La Commissione, stigmatizzando la disciplina italiana anche successiva alla sentenza *Promoimpresa*, innanzitutto conferma la lettura di quest'ultima già emersa nel dibattito dottrinale.

Ove si dimostri che la concessione ha ad oggetto una risorsa scarsa, tenendo anche in considerazione che essa è attribuita a livello locale, la disciplina conclama un contrasto con l'art. 12 della Direttiva. Diversamente, entrerebbe in azione l'art. 49 TFUE e (solo in tal caso) il contrasto vi sarebbe a condizione che sussista un interesse transfrontaliero certo.

La Commissione conferma poi che la necessità di tutela del legittimo affi-

³⁰ Per una ricostruzione, M.A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 335 ss.

³¹ Su tale lettera di messa in mora cfr. G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, in *Urb. app.*, n. 2/2021, p. 153 ss.; C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, 2021, 2, p. 247 ss.; M.A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 341 ss.

damento dei titolari delle concessioni può correre solo sul piano dell'analisi dei singoli casi, di modo che una proroga generalizzata *ex lege* non può trovare copertura in siffatta esigenza³².

Se un elemento di spiccato interesse può sorgere da quest'ultima contestazione europea, è piuttosto in merito all'adeguatezza della fonte deputata ad introdurre quella «procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento» di cui parla l'art. 12 paragrafo 1 della direttiva servizi. In disparte il fatto che il comma 677 della l. n. 145/2018 non detterebbe nemmeno criteri sufficientemente precisi per il compito di revisione affidato ad un futuro d.p.c.m., la Commissione ha osservato che tale ultimo strumento sarebbe «tecnicamente inidoneo a modificare sia il quadro normativo (primario) vigente stabilito dal codice della navigazione e/o dal decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, la cui modifica richiede un atto normativo di rango primario (legge, decreto-legge o decreto legislativo), sia il regolamento di esecuzione del 1952, adottato con decreto del Presidente della Repubblica», sicché, ad avviso della dottrina, la stessa Commissione avrebbe sottolineato «la necessità di individuare “con legge” i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni balneari per garantire il rispetto dei surrichiamati principi»³³.

3.2. L'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa, e l'eccentrico orientamento del Tar Lecce

Se si viene ora ad un qualche esame dell'approccio che la giurisprudenza amministrativa ha riservato alle discipline di proroga successive alla presa di posizione della sentenza Promoimpresa, è difficile sottrarsi ad una constatazione.

Prendendo in considerazione lo stato dell'arte appena prima della pronuncia della Plenaria, si può ben dire che l'orientamento che riteneva tali leggi da disapplicare per contrasto con il diritto eurounitario era assolutamente prevalente³⁴.

Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato, in un noto precedente del 2019 non solo aveva con chiarezza proiettato gli esiti della sentenza Promoimpresa anche sulla disciplina interna successiva, ma aveva avuto cura di ribadire che l'obbligo di non applicazione del diritto interno gravava anche sulla Pubblica amministrazione e sui suoi funzionari³⁵.

³² Sulla compatibilità con il diritto europeo (oltre che con il diritto interno) di proroghe caso per caso e finalizzate a tutelare legittime aspettative di recupero degli investimenti effettuati dal concessionario, cfr. E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza*, cit., p. 507 ss.

³³ M.A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 343.

³⁴ Per la giurisprudenza di primo grado, tra altre, cfr. TAR Abruzzo, Pescara, I, 3 febbraio 2021, n. 40; TAR Sicilia, Catania, III, 15 febbraio 2021, n. 504; TAR Toscana, II, 8 marzo 2021, n. 363; Id., III, 18 ottobre 2021, n. 1340; TAR Calabria, Catanzaro, II, 13 maggio 2021, n. 973.

³⁵ Cons. Stato, VI, 18 novembre 2019, n. 7874, di cui occorre mettere in luce quantomeno il seguente passaggio «è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (*rectius*, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisce un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario (cfr., pressoché in termini, Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072, ma a partire da Corte costituzionale 21 aprile 1989 n. 232, e in sede europea da

Va tuttavia anche considerato che la giurisprudenza amministrativa non si è mai dimostrata propensa a discernere l'efficacia del diritto eurounitario a seconda delle differenze schematizzabili tra i casi.

In sostanza – e senza che il dubbio nemmeno sia balenato – ha ritenuto applicabile la direttiva servizi tanto in vicende in cui il ricorrente contestava la volontà dell'amministrazione di riconoscere ad altri la proroga stabilita dalla legge nazionale³⁶, tanto nelle controversie in cui il ricorrente si opponeva alla volontà dell'amministrazione di non riconoscergli la proroga stabilita dalla legge nazionale³⁷.

Accantonando per un attimo quest'ultimo aspetto, è comunque un dato di fatto che il questo contesto la posizione del Tar Lecce poteva ben dirsi destinata ad appartenere a quello che comunemente si definisce un orientamento assolutamente minoritario o, forse meglio, del tutto isolato³⁸.

Del trattatello di diritto europeo piuttosto infelice redatto dal Tar pugliese due sono gli assunti che emergono: a) al pubblico funzionario non si potrebbe commettere il giudizio circa l'autoesecutività di una direttiva non attuata da legge dello Stato, perché il suo sarebbe un giudizio soggettivo ed opinabile; b) per conseguenza la PA ed i suoi funzionari sono tenuti ad applicare la legge nazionale, che sarebbe l'unica certa, essendo riservato alla giurisdizione l'accertamento della natura autoesecutiva di una direttiva.

E secondo il Tar Lecce la direttiva servizi non sarebbe autoesecutiva, perché l'integrale regolazione della fattispecie non potrebbe trovare luogo in que-

Corte di Giustizia della Comunità europea, 22 giugno 1989, C-103/88 Fratelli Costanzo, nonché Corte di Giustizia dell'Unione europea 24 maggio 2012, C-97/11 Amia). Qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342)». Per un commento a questa sentenza cfr. S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, p. 625 ss.

³⁶ Cfr. ad es., TAR Abruzzo, Pescara, n. 40/2021 cit. Nel caso, un soggetto che aveva manifestato alla PA il suo interesse al rilascio di una concessione ha contestato la decisione dell'Amministrazione di disporre invece le proroghe automatiche. Ma cfr. per l'applicabilità della direttiva servizi in casi analoghi, già Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2013, n. 525.

³⁷ Cfr. ad es. Cons. Stato, VI, 6 giugno 2018, n. 3412; TAR Sicilia, Catania, n. 504/2021 cit., il cui giudizio d'appello è stato poi tra i due prelevati dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato per dare origine alle sentenze qui in commento.

³⁸ Di ciò è ben consapevole la stessa Adunanza plenaria. Cfr. punto 29 della motivazione ove si riconosce che «i principi espressi dalla sentenza *Promoimpresa* sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo che di secondo grado, con l'unica isolata eccezione del T.a.r. Lecce, il quale, peraltro, più che mettere in discussione l'esistenza di un regime di evidenza pubblica comunitariamente imposto cui sottoporre il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali, ha negato (come si vedrà nel prosieguo con maggiore dettaglio) la sussistenza di un potere di non applicazione in capo agli organi della P.A., toccando, quindi, una questione sulla quale esistono orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) ancor più consolidati e granitici». Il giudizio su cui si è espressa la Plenaria n. 18/2021 prende le mosse da TAR Puglia, Lecce, I, 15 gennaio 2021, n. 73. Ma la svolta del foro salentino verso una posizione eterodossa rimonta quantomeno a TAR Puglia, Lecce, I, 27 novembre 2020, nn. 1321, 1322, 1341 ed è stato poi confermata in numerose altre motivazioni. Cfr. TAR Puglia, Lecce, I, 15 gennaio 2021 nn. 71, 72, 74 e 75 nonché Id., 1 febbraio 2021 n. 155, 156, 160, 161, 164. Per una netta critica al riferito orientamento leccese, cfr. A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 18/2021; E. CHITI, *False piste: il T.A.R. Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 801 ss.

sta fonte, posto che essa non norma aspetti rimasti irrisolti nel vecchio codice della navigazione e nemmeno disciplina le procedure di gara.

4. La soluzione ribadita dalla Plenaria

Abbiamo o meno sopravvalutato la capacità contagiosa dell'orientamento del Tar Lecce, ovvero si sia mosso con l'intenzione di depotenziare la procedura di infrazione in corso, o ancora sia stato animato da un più sottile disegno di supplenza all'incapacità del governo di trovare il consenso politico necessario per adottare una soluzione magari nel conteso della legge sulla concorrenza, è comunque un fatto che la questione è approdata alla Plenaria attraverso l'insolito strumento del potere officioso del suo Presidente ex art. 99, comma 2 c.p.a. speso con il decreto n. 160/2021.

Ora, tra le numerose questioni sollevate con il Decreto presidenziale e poi affrontate dalla Plenaria, in questa sede ci si vuol contenere alla segnalazione di alcuni dubbi già emersi nella dottrina in merito alla ricostruzione del livello normativo europeo.

Pertanto, si tralascerà ogni esame del tema dell'attribuita natura di legge-provvedimento alla disciplina di proroga, con conseguente elisione di poteri provvedimentali (segnatamente di autotutela) in capo alla PA³⁹. E ci si terrà pure lontani dall'affermata cedevolezza di un eventuale precedente giudicato favorevole ai concessionari.

Così perimetrato il compito che ci si prefigge non vi è molto da spendere per segnalare la facilità con cui il Consiglio di Stato ha confutato gli specifici argomenti sviluppati nella giurisprudenza del TAR leccese.

Quanto al fatto che il dovere di non applicazione del diritto interno contrastante con il diritto europeo incomba anche sulla PA e sui suoi funzionari⁴⁰ sarebbe stato già più che sufficiente il richiamo di unanimità di vedute che accomuna la giurisprudenza europea, la Corte costituzionale e i giudici comuni⁴¹. La Plenaria, tuttavia, giustamente indulge nell'evidenziare come la tesi di un dovere di non applicazione gravante sul solo giudice e invece inibito alla PA darebbe luogo a contraddizioni ed inconvenienti pratici. L'ipotesi di un'amministrazione costretta ad emanare atti illegittimi – e allora destinati ad essere annullati dal giudice – invocando la certezza del diritto è in effetti un'idea che pare afflitta da un'incoerenza di fondo. D'altro canto – osserva ancora la Plenaria – il giudice dovrebbe comunque respingere il ricorso se l'amministrazione è accusata dal

³⁹ Il tema è affrontato, tra altri, in P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, in *Dir. e soc.*, 3/2021, p. 583 ss.

⁴⁰ Il tema è affrontato ai punti da 32 a 36 delle motivazioni gemelle.

⁴¹ Ci si può limitare a richiamare Corte di Giustizia 22 giugno 1989, causa 103/88 (*Fratelli Costanzo*) e 24 maggio 2012, causa 97/11 (*Amia*). Per la nostra Corte costituzionale, cfr. C. Cost. 21 aprile 1989 n. 232; C. Cost., 11 luglio 1989, n. 389. Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, Cons. Stato, V, 6 aprile 1991, n. 452; Cons. Stato, VI, 23 maggio 2006, n. 3072. In dottrina, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 178 e p. 203. Per critiche alla tesi del TAR Lecce che affrancherebbe la PA dal dovere di non applicare la norma interna contrastante con quella sovranazionale con effetti diretti, cfr. A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, cit., p. 7 ss.; E. CHITI, *op. cit.*, p. 807 ss.

ricorrente di aver invece dato prevalenza al diritto europeo. E tanto basta per capire che la tesi viaggia pure nella contraddizione logica⁴².

È palese poi che affidando al solo contenzioso l'applicazione del diritto europeo, l'illegittimità comunitaria si diffonderebbe consolidandosi, con buona pace dei principi del primato e dell'effetto utile del diritto europeo.

Quanto alla natura autoesecutiva dell'art. 12 della direttiva servizi la Plenaria parte da una premessa. La natura *self executing* della incriminata disposizione della direttiva 123/2006 è già stata affermata dalla sentenza *Promoimpresa* e ciò basterebbe a tacitare ogni discussione interna sul punto⁴³. La Plenaria, opportunamente, non si limita però a tale constatazione, osservando che il grado di chiarezza e dettaglio richiesto perché un precetto delle direttive europee sia considerato direttamente efficace dipende dall'obiettivo perseguito e dal tipo di prescrizione necessaria per conseguirlo⁴⁴.

Ora, secondo al Plenaria la direttiva servizi «persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la *par condicio* fa i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità»⁴⁵.

Il succo del discorso sembra condivisibile ancorché sia stato espresso con ben maggior solidità teorica dalla dottrina.

L'art. 12 della direttiva servizi è precetto direttamente efficace nel suo contenuto negativo. Tale disposizione, si è detto, «da un lato, impone agli Stati l'obbligo della selezione del contraente attraverso una procedura competitiva, e, per questo aspetto, assicura agli Stati membri un certo margine di discrezionalità; dall'altro proibisce, invece, proroghe automatiche e generalizzate. In altri termini, per lo meno in relazione all'obbligo negativo che esso impone agli Stati, e cioè quello di non disporre proroghe automatiche e generalizzate, l'art. 12 ha indubbiamente effetti diretti»⁴⁶.

⁴² Si veda al punto 34.3 delle motivazioni.

⁴³ Si veda al punto 34.1 delle motivazioni.

⁴⁴ In merito ai presupposti che deve possedere la norma europea per essere idonea all'efficacia diretta, non vi è che da far rinvio a D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, in part. p. 105 ss., p. 177 ss. e p. 202 ss., ove si dimostra che dei tre tradizionali presupposti declamati dall'insegnamento tradizionale (precisione, chiarezza, incondizionatezza) in verità quello fondamentale si riduce al criterio dell'incondizionatezza.

⁴⁵ Così al punto 26 delle motivazioni.

⁴⁶ E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit. Nello stesso senso, F. FERRARO, *op. cit.*, p. 368. In merito al fatto che, a partire dalla pronuncia del 1963 *Van Gend en Loos*, gli obblighi di non fare costituiscano il paradigma della disposizione europea con effetti diretti, cfr. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2020, p. 115 ss. Per gli effetti diretti delle direttive che impongono obblighi negativi, cfr. anche G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, p. 299.

5. Su alcuni aspetti critici in ordine ai rapporti con l'ordinamento europeo: l'impostazione della Plenaria

Voltata la pagina del controcanto alle eterodosse posizioni del Tar salentino, il complesso argomentare della Plenaria resta invece esposto a critiche di non poco peso. E non è un caso che tali critiche – rimaste in precedenza un poco ai margini del dibattito – siano emerse oggi che la questione, grazie all'eco delle sentenze gemelle, ha attirato l'interesse della dottrina del diritto eurounitario⁴⁷.

Gli aspetti di maggior rilievo possono essere più facilmente colti se ci si concentra solo sugli spazi che la sentenza *Promoimpresa* aveva lasciato impregiudicati⁴⁸.

Spazi – conviene dire subito – che non sono stati percepiti dalla Plenaria, che anzi li ha inavvertitamente colmati attribuendo alla decisione della Corte del 2016 un eccesso di portata e significati.

Innanzitutto, vi è una divergenza di impostazione rispetto alla pronuncia della Corte che riflette poi i suoi esiti sull'intero percorso argomentativo.

La Plenaria muove da una sorta di applicazione cumulativa dell'art. 49 TFUE e dell'art. 12 direttiva servizi. Non a caso esordisce dicendo che l'incompatibilità della disciplina italiana sussiste «sia rispetto all'art. 49 TFUE, sia rispetto all'art. 12 della c.d. direttiva servizi». E ancora meno a caso, poi, affronta prima il tema del contrasto tra il diritto interno e l'art. 49 TFUE e solo dopo il profilo del contrasto con l'art. 12 della direttiva servizi. Si tratta, ovviamente, di una prospettiva di fondo già di per sé poco favorevole a coltivare l'ipotesi che vi siano aree in cui la disciplina europea è messa fuori gioco per un problema legato alla natura claudicante dell'efficacia diretta delle direttive.

Nell'impostazione di *Promoimpresa*, al contrario, la Corte assegna alle due fonti una sfera di applicazione almeno in parte distinta. La direttiva è regola delle vicende caratterizzate dalla scarsità della risorsa da attribuire. L'art. 49 TFUE si applica solo se questa condizione manca (e presuppone l'interesse transfrontaliero certo). Ovviamente non è questa la sede per discutere la correttezza di una siffatta premessa⁴⁹, dovendo piuttosto evidenziare che ove la

⁴⁷ Cfr. in particolare E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit., F. FERRARO, *op. cit.*

⁴⁸ Il tentativo di contestare più radicalmente gli esiti a cui era giunta quella sentenza, leciti certo al dibattito dottrinale, erano infatti diretti nel luogo meno idoneo a coglierli, posto che la Plenaria – ove li avesse condivisi – non avrebbe che potuto tornare ad interrogare la Corte di giustizia. Ad ogni buon conto, in merito al rigetto della tesi che evidenziava l'assenza di competenza dell'Unione ad adottare misure di armonizzazione in materia di turismo alla luce dell'art. 195 TFUE, cfr. le considerazioni di F. FERRARO, *op. cit.*, p. 365 ss. In ordine invece al controverso tema della sussunzione della concessione demaniale nell'ambito delle autorizzazioni disciplinate dall'art. 12 della direttiva servizi, cfr. R. DIPACE, *L'incerta natura delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, in *Dir. e soc.*, 3/2021, p. 419 ss.

⁴⁹ Il problema giuridico di fondo non è alla portata del presente contributo, ma è comunque intuitivo. Attraendo le vicende al solo diritto derivato delle direttive in una materia di libertà contemplata dal Trattato, sembra si assista al rischio di un indebolimento dell'effettività del diritto europeo. Perlomeno in linea di principio, alle norme del Trattato si riconoscono effetti pieni, bidirezionali e orizzontali (in arg. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., p. 111 ss.). Non così per le direttive, che secondo l'impostazione tradizionale avrebbero solo effetti diretti verticali ed unidirezionali.

si onorasse con coerenza sarebbe allora ben possibile far emergere un'area di vicende processuali non intercettata dal diritto europeo. Avanti a tutto per un problema legato al modo di operare delle direttive. Ogni qual volta vi sia scarsità di risorse, infatti, la questione andrebbe riguardata solo con il metro dell'art. 12 della direttiva servizi con tutto ciò però che ne segue – come tra breve si dirà – in termini di effetti non bidirezionali.

Ove poi non si dimostri la scarsità della risorsa da concedere, entreremmo nel campo dell'art. 49 TFUE⁵⁰ e sfuggirebbero allora al diritto europeo le questioni meramente interne.

Ma tornando alla Plenaria per completarne la sintesi, vi è da dire che quando a condizioni, a suo giudizio tutte le concessioni demaniali di cui si discute sarebbero in astratto destinate ad essere intercettate dall'art. 49 TFUE, così come dall'art. 12 della direttiva servizi.

In merito all'art. 49 TFUE perché l'elemento dell'interesse transfrontaliero non difetterebbe mai. A tanto si arriva affermando che in questo caso l'elemento dell'interesse transfrontaliero non andrebbe ricercato sul singolo atto di concessione di una individuata area demaniale, ma indagato considerando l'intero patrimonio costiero nazionale. E l'eccezionalità capacità attrattiva delle coste italiane con le sue enormi opportunità di guadagno rende manifesto che un tale interesse sussiste⁵¹.

Quanto all'art. 12 della Direttiva si osserva che la scarsità della risorsa, da giudicarsi secondo un parametro qualitativo, sarebbe un dato acquisito in considerazione del fatto che le risorse «a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione».

Tuttavia, se quest'ultima notazione può forse sembrare più facilmente condivisibile, quanto al primo profilo la Plenaria non si può dire invece affatto in linea con *Promoimpresa*.

Essa non considera che proprio la sentenza *Promoimpresa* aveva dichiarato irricevibile il quesito pregiudiziale posto dal Tar Sardegna in merito al contrasto con l'art. 49 TFUE osservando che non erano stati forniti alla Corte elementi per ritenere sussistente l'interesse transfrontaliero, che per giunta la Corte anche in quella occasione circoscriveva rammentando la sua giurisprudenza in materia di appalti.

E comunque, in disparte la disarmonia con *Promoimpresa*, quello di un interesse transfrontaliero in *re ipsa* è in effetti uno dei punti in assoluto meno convincenti delle argomentazioni prospettate dalle sentenze gemelle⁵².

Per deprimerlo basterebbe osservare che ragionando allora in termini di intero settore di mercato, con altrettanta facilità si potrebbe dire che il settore dei lavori pubblici in Italia, o il settore delle concessioni di servizi, oppure ancora

⁵⁰ Una simile impostazione – che pure è quella della sentenza *Promoimpresa* – rende evidente come nella specifica questione delle concessioni demaniali marittime al dubbio di fondo di cui si è fatto cenno alla nota che precede, se ne aggiunga un altro di portata per così dire empirica. Se l'elemento distintivo individuato tra le due fonti è basato sulla scarsità della risorsa da attribuire con autorizzazione, verrebbe da supporre che la Corte di giustizia si sia premurata anche di presidiare – a mezzo dell'art. 49 TFUE – la concorrenzialità in settori in cui la risorsa da attribuire non sarebbe scarsa.

⁵¹ Cfr. al punto 16 delle motivazioni.

⁵² E infatti sul punto le critiche sono diffuse. Cfr. tra altri, M.A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 347; F. FERRARO, *op. cit.*, p. 364.

quello degli accreditamenti e delle contrattualizzazioni in sanità non hanno certo minori potenzialità. Eppure è noto che in merito a tali settori è sulla singola vicenda che si va a misurare la presenza di un interesse transfrontaliero.

Nel complesso l'impressione che si trae è che nel ribadire il contrasto della legge italiana con il diritto europeo con quel superiore intento di normazione di cui si diceva all'inizio, la Plenaria abbia smarrito la problematicità della dimensione del tema consegnato da Promoimpresa. Una problematicità che in effetti si poteva apprezzare solo calandosi nella veste del giudice che deve risolvere un caso concreto a diritto vigente.

E le vicende approdate alla Plenaria erano davvero propizie, perché entrambe relative a ricorsi in cui l'Amministrazione, sua sponte, rifiutava la proroga al concessionario già insediato opponendo la prevalenza del diritto europeo su quello italiano.

5.1. In particolare, il problema dell'efficacia verticale invertita dell'art. 12 della Direttiva servizi

Come la dottrina ha avuto modo di mettere in luce⁵³, ove si tenesse per fermo che gli articoli da 9 a 13 della direttiva servizi dispongono una armonizzazione completa e che la conformità di una normativa nazionale al diritto europeo in un settore completamente armonizzato deve essere valutata unicamente alla luce della normativa di armonizzazione e non può essere riferita direttamente alla normativa primaria, nella vicenda in esame emergerebbe in tutta evidenza il problema del effetti diretti verticali tipicamente unidirezionali propri delle direttive⁵⁴.

Le direttive rimaste inadempite possono essere invocate dall'individuo contro lo Stato, mentre non possono essere invocate dallo Stato e dai suoi apparati nei confronti dell'individuo⁵⁵. Ciò ha indotto la dottrina ad osservare

⁵³ Per primo E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit.

⁵⁴ Si parla anche di un effetto diretto verticale solo ascendente, in contrapposto ad un non riconosciuto effetto diretto verticale discendente. Per questo linguaggio cfr. A. IERMANO, *L'effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi "limiti" nei rapporti orizzontali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2018, p. 27 ss. qui p. 32. In verità, ove però si consideri che il concetto di effetto diretto si compenetra del conferimento di un diritto o comunque dell'attribuzione di un vantaggio al singolo, l'efficacia invertita rappresenta piuttosto una deviazione dalla dottrina dell'effetto diretto, e sarebbe allora più proprio rinunciare a parlare di effetto diretto per limitarsi a descrivere il fenomeno in termini di efficacia verticale invertita o effetto verticale a rovescio. Cfr. D. GALLO, *op. cit.*, p. 361 ss.

⁵⁵ Sul divieto di effetti verticali inversi, per tutti, nella manualistica, G. STROZZI-R. MASTROIANI, *op. cit.*, p. 301 e p. 304 ss.; per un'analisi più approfondita, D. GALLO, *op. cit.*, p. 361 ss. Il principio è stato ribadito con molta chiarezza nella sentenza della Grande sezione, 24 giugno 2019, causa 573/17 (Popławski). La Corte dopo aver rammentato le note regole relative al primato del diritto europeo ha avuto cura di precisare che «occorre tenere conto delle altre caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione e, più specificamente, del riconoscimento di un effetto diretto a una parte soltanto delle disposizioni di tale diritto», di tal che il principio del primato del diritto dell'Unione «non può quindi condurre a rimettere in discussione la distinzione essenziale tra le disposizioni del diritto dell'Unione dotate di effetto diretto e quelle che ne sono prive, né, pertanto, a instaurare un regime unico di applicazione di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali». Per quanto qui di maggior interesse, la Grande sezione ha ribadito che «secondo costante giurisprudenza della Corte, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti dinanzi a un giudice nazionale (v., in particolare, sentenze del 26 settembre 1996, Arcaro, C-168/95, EU:C:1996:363, punto 36 e giurisprudenza ivi citata; del 17 luglio 2008,

che «un operatore interessato ad aggiudicarsi una concessione demaniale prorogata può legittimamente richiedere al Comune di applicare direttamente l'art. 12 della direttiva servizi, mentre è precluso all'amministrazione, almeno in linea di principio, di ricorrere in modo immediato a questa disposizione nei confronti del concessionario»⁵⁶.

Peraltro, volendo allargare lo sguardo, nel contenzioso che occupa in verità il problema è ancor più delicato.

Anche quando ad agire è un operatore che aspira all'ingresso nel mondo dei balneari brandendo il diritto europeo, infatti, non di rado vi è un controinteressato che quella stessa concessione pretende sia invece prorogata sulla base della legge interna. In questi casi la difficoltà di ricondurre il tema della natura non bidirezionale delle direttive ad una logica del tutto lineare di fa evidente, perché si entra nel prisma della struttura orizzontale di un rapporto che in verità è trilaterale⁵⁷.

Sul piano del diritto europeo non sembra vi siano chiare e solide vie di fuga per uscire da un quadro tutt'altro che soddisfacente.

Si è ad esempio ipotizzato di poter ricorrere ad un effetto minore delle direttive che solitamente viene definito effetto di esclusione⁵⁸.

Arcor e a., da C-152/07 a C-154/07, EU:C:2008:426, punto 35, nonché del 22 gennaio 2019, Cresco Investigation, C-193/17, EU:C:2019:43, punto 72 e giurisprudenza ivi citata). Infatti, «occorre ricordare che, a norma dell'articolo 288, terzo comma, TFUE, il carattere vincolante di una direttiva, sul quale si fonda la possibilità di invocarla, sussiste solo nei confronti dello «Stato membro cui è rivolta», e che l'Unione ha il potere di sancire, in modo generale e astratto, con effetto immediato, obblighi a carico dei singoli solo ove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti (v., in tal senso, sentenze del 12 dicembre 2013, Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, punto 22, e del 22 gennaio 2019, Cresco Investigation, C-193/17, EU:C:2019:43, punto 72)». Discende da quanto precede, secondo la Corte «che, anche se chiara, precisa e incondizionata, una disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di disapplicare una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto un obbligo aggiuntivo a un singolo (v., in tal senso, sentenze del 3 maggio 2005, Berlusconi e a., C-387/02, C-391/02 e C-403/02, EU:C:2005:270, punti 72 e 73; del 17 luglio 2008, Arcor e a., da C-152/07 a C-154/07, EU:C:2008:426, punti da 35 a 44; del 27 febbraio 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110, punti 46 e 47; del 7 agosto 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punto 49, nonché del 22 gennaio 2019, Cresco Investigation, C-193/17, EU:C:2019:43, punto 73)». Su questa sentenza – che secondo parte della dottrina avrebbe segnato un arretramento della posizione della Corte rispetto a posizioni più propense a garantire l'effetto utile – cfr. L. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *giustiziainsieme.it*, 3 febbraio 2021.

⁵⁶ F. FERRARO, *op. cit.*, p. 369 e prima ancora, nello stesso senso, E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit.

⁵⁷ L'argomento è recentemente trattato da A. IERMANO, *op. cit.* Per un approfondimento sul tema dell'effetto diretto e dei rapporti orizzontali, cfr. D. GALLO, *op. cit.*, p. 275 ss.

⁵⁸ Cfr. F. FERRARO, *op. cit.*, p. 369. Sull'effetto di esclusione, o altrimenti detto «ostativo» o «di opponibilità», cfr. L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione*, cit. È bene precisare che si tratta di un effetto sul cui fondamento non vi è concordia in dottrina. Per una posizione scettica, E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., 152. Per una più completa trattazione del tema ed una ricostruzione sistematica della giurisprudenza che lo fonda, cfr. D. GALLO, *op. cit.*, p. 213 ss. L'A. dopo una approfondita disamina anche delle diverse posizioni dottrinali (*op. cit.*, p. 233 ss.), afferma l'esistenza ed autonomia del concetto di effetto diretto di tipo oggettivo-oppositivo che si manifesta allorché il diritto UE non conferisce al singolo un vero e proprio diritto (c.d. effetto diretto soggettivo con effetti sostitutivi), ma la sua invocazione consente al singolo di salvaguardare comunque un interesse individuale «operando quale parametro di legalità/legittimità del diritto nazionale e/o dell'attività amministrativa dalle autorità di uno Stato, con effetti preclusivi nei confronti delle norme interne preesistenti contrastanti e/o dell'azione amministrativa statale (effetto diretto oggettivo con effetti oppositivi)» (*op. cit.*, p. 242).

Un effetto che si fonda sull'idea che un atto dell'Unione possa limitarsi ad impedire l'applicazione di una norma interna incompatibile, senza comportarne la sua sostituzione⁵⁹. In una prospettiva forse simile, da altri si è proposto di dare prevalenza alla norma interna che sul piano generale aveva dato corretta trasposizione all'art. 12 della direttiva servizi, e vale a dire all'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010 che ne riproduce pressoché fedelmente il testo, «elidendo le disposizioni interne non compatibili con il diritto eurounitario e interpretando conformemente al medesimo diritto unionale le restanti disposizioni interne»⁶⁰.

A quest'ultima tesi si può però replicare che un tale risultato può essere raggiunto solo abbracciando l'impegnativa idea che la legge interna che traspone una direttiva abbia una forza di resistenza rispetto a successive leggi⁶¹. Diversamente la c.d. elisione delle norme interne incompatibili si chiama disapplicazione, con la conseguenza che si ricade nel problema degli effetti della direttiva che tale non applicazione dovrebbe assicurare.

Del resto, anche l'invocazione del mero effetto di esclusione qui non sembrerebbe del tutto appagante e risolutiva, considerando che esso è solitamente invocato per supplire alla carenza di compiutezza di una direttiva inidonea per questo anche all'effetto sostitutivo. Nel caso che occupa però il problema sembrerebbe altro, perché in punto di divieto alle proroghe automatiche e generalizzate non vi è un problema di non compiutezza o non sufficiente precisione e chiarezza della direttiva servizi. Per giunta, e soprattutto, l'effetto di esclusione parrebbe solitamente utilizzato dalla Corte proprio per consentire ai singoli di trarre vantaggio dalle direttive, non sembrando pertanto idoneo per conferire allo Stato la possibilità di opporre le direttive non attuate ai singoli⁶².

Con approccio ben più suggestivo si è profilata invece l'idea di riconoscere che le direttive, nella parte in cui si limitano a doppiare obblighi già formulati

⁵⁹ Secondo L. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione*, cit. l'effetto di esclusione si fonda sulla scomposizione della disapplicazione in due passaggi logici: il divieto di applicare la norma nazionale contrastante con quella europea quale conseguenza del primato (c.d. invocabilità di esclusione) e la sostituzione della norma europea a quella nazionale (c.d. invocabilità di sostituzione) quale concretizzazione dell'efficacia diretta. Per la tesi che riconduce l'effetto di esclusione, o oppositivo, ad un'emanazione del (solo) principio del primato, S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 175 ss. *Contra* D. GALLO, *op. cit.*, p. 241 ss. ove pur dando conto di questa impostazione, si ritiene che l'effetto di opposizione possa essere ricondotto entro il perimetro dell'effetto diretto.

⁶⁰ M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara*, cit., p. 1609.

⁶¹ Non a caso in F. FERRARO, *op. cit.*, p. 368 si osserva come non rilevi che il d.lgs. n. 59 del 2010 abbia formalmente recepito la direttiva servizi «atteso che successive norme di legge hanno disatteso l'obbligo di non prorogare le concessioni imposto da tale atto dell'Unione».

⁶² Ed infatti, secondo D. GALLO, *op. cit.*, p. 214 al cuore della giurisprudenza che fonda l'effetto di opposizione «si situa pur sempre una posizione giuridica favorevole per l'individuo la cui tutela dipende dall'applicazione del diritto UE; tuttavia, in tutte le pronunce nelle quali si afferma una dimensione oggettiva di effetto diretto l'interesse che l'individuo invoca e intende far valere di fronte agli organi (soprattutto, ma non solo) giurisdizionali nazionali non si riassume nel diritto riconosciuto nella norma UE. La disposizione del diritto UE viene invocata allo scopo di opporsi alla normativa di uno Stato membro che la viola. In questo senso, il diritto dell'Unione "immunizza" da una norma o da un'azione dello Stato e, così facendo, opera come scudo e non come spada». Da questa impostazione deriva che anche l'effetto di opposizione (come quello di sostituzione) comunque «serve a garantire la tutela di un interesse individuale» sicché l'effetto invertito sarebbe comunque una deviazione pure rispetto all'effetto di opposizione (*op. cit.*, 361-362). Per riferimenti alla giurisprudenza della Corte che sembrerebbe abilitare la teoria dell'effetto di esclusione, cfr. anche L. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione*, cit.

dal Trattato ne mutuino gli effetti, con conseguente superamento del limite della verticalità ed unidirezionalità proprio delle direttive⁶³. In più esatte parole l'effetto attrattivo della normativa di armonizzazione si produrrebbe solo in relazione a quegli obblighi più specifici formulati dalla direttiva «e non già rispetto ad obblighi negativi già formulati dai Trattati e semplicemente riaffermati dalla direttiva di armonizzazione».

È tuttavia da avvertire che la medesima dottrina non solo prende atto del fatto che una tale prospettiva non è considerata da Promoinpresa, ma ricorda pure che la Corte di giustizia non si è mai espressa su questo tema con la chiarezza necessaria per sollevare i giudici nazionali dall'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE⁶⁴.

Ne deriva che nelle vicende passate al vaglio della Plenaria non ci si poteva appagare di un astratto quanto non concludente giudizio di anticomunitarietà della legge italiana, essendovi con ogni probabilità tutte le condizioni per sollevare un nuovo articolato quesito pregiudiziale avanti alla Corte⁶⁵.

D'altro canto, pur essendo la questione al di fuori della portata del presente contributo, sul piano generale vi sarebbe forse da dire che anche le vicende connotate dal fatto che a ricorrere è l'aspirante concessionario della spiaggia involgono in un quadro dove il livello normativo europeo è tutt'altro che privo di ombre.

È vero che a partire dalla sentenza Fratelli Costanzo nei fatti si è affermata l'invocabilità delle direttive nei rapporti triangolari, ammettendo che l'efficacia diretta ascendente non è inibita ove possa comportare conseguenze negative per un terzo⁶⁶.

Cionondimeno la problematicità del tema emerge se si pensa che la Corte, quando è stata chiamata poi ad affrontare *ex professo* la questione, si è vista costretta a ricorrere alla ambigua formula delle mere ripercussioni negative sui diritti del terzo, come conseguenza di un consentito effetto verticale ascendente delle direttive, in contrapposto ad obblighi imposti a costui, non consentiti perché si tratterebbe di effetto inverso⁶⁷.

Ma come è stato osservato, si tratta di una soluzione formalista⁶⁸ che in realtà finisce per superare il tradizionale divieto di riconoscere effetti orizzontali alle direttive non attuate⁶⁹.

⁶³ E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit. In effetti, si tratterebbe di vedere se anche nella situazione in esame possa trovare un qualche spazio la giurisprudenza della Corte quando ad esempio ha stabilito che ove una direttiva dia applicazione ad un principio generale del diritto dell'Unione gli effetti anche orizzontali andrebbero ammessi perché è il principio, in quanto tale, che li produce. Cfr., Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, causa 144/04 in merito alla direttiva 2000/78/CE relativa ad un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Sul punto, R. ADAM-A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino 2017, p. 177.

⁶⁴ Che anzi, va precisato che il tema implicato nel suo complesso sconta una premessa tutt'altro che pacifica. Il problema dell'effetto verticale invertito di norme europee, arato quanto alle direttive, pare sia invece privo di approfondimenti e di giurisprudenza in relazione ad altri atti, e segnatamente pure con riferimento alle disposizioni dei Trattati. In arg. D. GALLO, *op. cit.*, p. 373 ss.

⁶⁵ In questo senso anche M.A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 351.

⁶⁶ In arg. A. IERMANO, *op. cit.*, p. 36 ss.

⁶⁷ In arg. A. IERMANO, *op. cit.*, p. 38 ss. con analisi della giurisprudenza sui c.d. effetti triangolari ed in particolare di Corte di Giustizia, 7 gennaio 2004, causa 201/02 (Delena Welles).

⁶⁸ Così si esprime, a proposito degli effetti triangolari, E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., p. 151.

Per tornare sul tema della Plenaria, è infine il caso di rilevare che abilitando – per ipotesi – il presupposto che l'inibitoria a riconoscere effetti inversi alla direttiva servizi era nella vicenda di fatto chiara ed insuscettibile di provocare ulteriori pronunce del giudice di Lussemburgo, rimaneva comunque sempre aperta la via dell'incidente di costituzionalità.

Per risalente giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, ove il giudice comune accerti il contrasto tra la legge ed una direttiva non avente effetti diretti dovrebbe deferire la questione di costituzionalità⁷⁰. Pertanto, come osservato dalla dottrina, il Consiglio di Stato poteva sollevare una questione di legittimità costituzionale della legge di proroga delle concessioni demaniali per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in riferimento all'art. 12 della direttiva servizi quale parametro interposto di costituzionalità⁷¹.

6. Il vero appuntamento con il futuro: brevissime considerazioni sulla c.d. rete di tutela della posizione dei concessionari attuali

Fermo restando che al giudice amministrativo nazionale non sarebbe inibito di rivolgersi alla Corte di giustizia per trovare risposta ai quesiti non colti dalla Plenaria, occorre comunque prendere atto del fatto che le pronunce gemelle hanno impresso alla storia una direzione diversa. Ed è su questa direzione che conviene spendere qualche parola a conclusione della presente nota.

La dottrina ha ritrovato una corallità davvero insolita nell'elaborare quella che, con onestà, è stata definita come una rete di tutela o di protezione delle situazioni concessorie in atto⁷².

La più ricorrente linea direttrice dell'operazione è rivolta ad evidenziare come l'incameramento dei beni in assenza di un indennizzo, indennizzo che sembrerebbe precluso dall'art. 49 cod. nav.⁷³, conclamerebbe l'incostituziona-

⁶⁹ A. IERMANO, *op. cit.*, p. 44 ss. Per un'accurata analisi del tema e della sua dimensione problematica, cfr. D. GALLO, *op. cit.*, in part. p. 303 ss., ove tra l'altro si evidenzia che se il tentativo di affrancare gli (ammessi) effetti incidentali/collaterali dal sospetto di violazione del tradizionale divieto di effetti orizzontali può forse essere ottenuto dal punto di vista teorico, al contrario, l'ambiguità della giurisprudenza non si sottrae alla conclusione che non vi è sostanziale differenza tra effetto orizzontale indiretto, incidentale, collaterale ed effetto orizzontale diretto (*op. cit.* p. 311), sicché l'invocazione degli effetti collaterali si risolve in un *escamotage* per non ammettere che sarebbe venuto il tempo di rivedere la tradizionale dogmatica sul divieto di effetti orizzontali.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., 13 luglio 2007, n. 284; Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28. In dottrina, per tutti, G. TESAURO, *op. cit.*, p. 199.

⁷¹ F. FERRARO, *op. cit.*, p. 370. *Contra* però, E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit., che ritiene questa via ideata per sopperire al caso in cui le direttive siano sfornite di un grado sufficiente di precisione e chiarezza, mentre potrebbe trattarsi di un meccanismo contrario al diritto europeo nel caso che occupa perché altererebbe il principio che consente solo agli individui e non agli organi statali di invocare gli effetti della direttiva.

⁷² Cfr. G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., p. 385 ss. qui 399. Del medesimo A. cfr. già, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, 2019, p. 181 ss. Per un'altra posizione assai chiara nel reclamare il fondamento delle pretese economiche dei concessionari in atto, F. GAFURI, *op. cit.*

⁷³ L'art. 49 cod. nav. più esattamente prevede l'acquisizione gratuita allo Stato delle opere non amovibili – salvo che non si ordini la demolizione ed il ripristino – alla scadenza della concessione «salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione».

lità di quest'ultima norma per violazione degli artt. 3 e 42 Cost., nonché dell'art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dell'art. 17 della Carta di Nizza (norme a tutela della proprietà). L'acquisizione gratuita di un complesso di beni a mano a mano formatosi in virtù dell'attività e degli investimenti dei concessionari uscenti – secondo questa tesi – configurerebbe infatti un'ipotesi di espropriazione sostanziale priva di corrispettivo ⁷⁴.

Parallelamente, la norma interna che lascerebbe il concessionario, alla scadenza, senza indennizzo, è stata tacciata pure di contrasto con gli artt. 49 e 56 TFUE invocando il noto precedente del caso Laezza ⁷⁵. Pronunciandosi in tema di concessioni per la raccolta di scommesse su eventi sportivi, la Corte ha infatti stigmatizzato la disposizione nazionale che impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione. Una simile restrizione sarebbe infatti essa stessa ad effetto anticompetitivo rendendo meno attraente l'esercizio e l'ingresso in dette attività ⁷⁶.

D'altro canto si è rimarcato come la previsione di un indennizzo al concessionario uscente sia contemplata da altre disposizioni normative in diverse fattispecie concessorie ⁷⁷, sicché l'art. 49 cod. nav. perderebbe quel carattere di norma rispondente ad una logica indeclinabile.

Non è questa la sede né l'occasione per ripercorre analiticamente queste tesi dottrinali ⁷⁸.

⁷⁴ G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., p. 392 ss.; F. GAFFURI, *op. cit.*

⁷⁵ Corte di Giustizia, 28 gennaio 2016, causa 375/14.

⁷⁶ G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., p. 392 ss.; F. GAFFURI, *op. cit.*

⁷⁷ Come ricorda M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime*, cit., p. 464, lo stesso Codice della navigazione, all'art. 703 prevede l'obbligo di corrispondere il "valore di subentro" da parte del concessionario entrante, in caso di realizzazione di impianti o immobili fissi (anche a carattere commerciale), realizzati, con l'autorizzazione dell'ENAC, in quanto strumentali all'erogazione del servizio ed alla valorizzazione dell'aeroporto; similmente, l'art. 41 della legge n. 144/1999 relativa alle concessioni per la produzione di gas naturale impone al nuovo concessionario di corrispondere una somma al distributore uscente pari al valore di rimborso degli impianti realizzati.

⁷⁸ Ancorché si debba quantomeno segnalare che qualche tentativo di dedurre la violazione di diritti costituzionali incompressibili in danno dei concessionari in essere, prospettando questioni pregiudiziali comunitarie, sia stato in passato respinto dalla giurisprudenza amministrativa «non solo per i dubbi sulla natura assolutamente incompressibile del diritto di proprietà il cui statuto è viceversa naturalmente connotato da una funzione sociale tra cui rientra anche il non costituire ostacolo monopolistico alla concorrenza (...) ma soprattutto perché – benché le opere stabili autorizzate sopra le aree demaniali possano essere assimilate alla proprietà superficiaria (...) tale diritto appare geneticamente e funzionalmente collegato alla durata del titolo e alle sue vicende, non potendo dunque ricevere tutela autonoma e indipendente in grado di incidere sulla durata del rapporto stesso» (TAR Toscana, n. 363/2021, cit; TAR Abruzzo, Pescara, n. 40/2021, cit.). Come si diceva, si tratta di tesi che incontrano invece un diffuso favore nella dottrina. Cfr., nel contesto di uno studio specifico sul tema della acquisizione al patrimonio dello stato delle opere non amovibili, M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime*, cit., in part. p. 461 ss. ove si fa osservare che se il concessionario ha edificato manufatti che non erano imposti dal rapporto concessorio, ma autorizzati, ove questi non siano considerati un elemento di disvalore per il demanio (che allora ne potrà ordinare la demolizione), è giocoforza ammettere che debbono essere «reputati un elemento in grado di incrementare il valore della proprietà pubblica e di agevolare lo sfruttamento dell'area da parte del concessionario entrante, nel qual

Va però detto che l'asticella di questa rete di protezione si è recentemente innalzata non poco, sostenendo che al concessionario uscente non spetterebbe tanto e solo un indennizzo per gli investimenti non ancora ammortizzati. Piuttosto, l'indennizzo andrebbe «conformato al valore commerciale dell'impresa balneare esistente sul bene demaniale marittimo»⁷⁹ o comunque dovrebbe comprendere anche la componente dell'avviamento quale elemento del compendio aziendale che transiterebbe al nuovo concessionario⁸⁰. In definitiva, per la dottrina, il tema in agenda non è più solo quello della tutela dell'affidamento riposto nella durata del rapporto concessorio, ma è piuttosto (o comunque anche) un tema – si passi il termine – di spoglio della ricchezza.

Su questi temi la Plenaria ha fornito un assist piuttosto timido.

Ha ricordato che Promoimpresa non esclude una qualche tutela dell'affidamento dei titolari di autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, purché ciò avvenga nel contesto delle regole di selezione e secondo una valutazione comunque da effettuare caso per caso. Da ciò la Plenaria si è indotta a dire che «l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi»⁸¹. Un'affermazione che, a maggior ragione evocando il necessario ricorrere di presupposti, di per sé non risolve nemmeno il grave tema relativo alla possibilità di considerare legittimo l'affidamento sulla durata di un rapporto ove poggiato su una norma nazionale dal contenuto pressoché identico ad una precedente già bocciata dalla Corte.

Ben più consistente, semmai, è il sussidio fornito dalla Plenaria ai concessionari in essere su un versante diverso e che attiene ai criteri di selezione ed alla capacità tecnica e professionale dei concorrenti.

Qui la Plenaria ha affermato che in sede di disciplina di gara «ben potranno essere individuati criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale», pur premurandosi di aggiungere che tutto ciò «non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori»⁸².

Ebbene, di tutti questi profili, e di altri ancora, ha tenuto conto il legislatore impegnato a raccogliere il monito della Plenaria.

A distanza di circa tre mesi dalla pubblicazione delle sentenze gemelle, il governo ha infatti presentato un emendamento al disegno di legge n. 2469

caso l'assenza di un indennizzo nei confronti di chi ha determinato tale incremento di valore (pur non essendone obbligato) configurerebbe inevitabilmente una fattispecie di indebito arricchimento» (*op. cit.*, pp. 466-467).

⁷⁹ Così F. GAFFURI, *op. cit.*, che diversamente vi vedrebbe una lesione dei principi dell'arricchimento senza causa.

⁸⁰ G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., p. 395.

⁸¹ Cfr. al punto 49 delle considerazioni in diritto.

⁸² Al punto 49 delle considerazioni in diritto.

(Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) dimostrando una seria intenzione di porre mano alla materia⁸³.

In particolare, già stando a questa iniziativa, si è pensato di destinare un apposito articolo per regolare l'efficacia delle concessioni attualmente in essere, sostanzialmente conformandosi alla fatidica data del 31 dicembre 2023 "imposta" dalla Plenaria, salvo che per quelle concessioni già affidate a seguito di adeguata procedura comparativa; un separato articolo sarebbe invece preordinato ad attribuire una delega per approntare una disciplina dedicata, tra altro, anche a regolare le nuove gare⁸⁴.

Tra i principi e criteri direttivi che si vorrebbe impartire al legislatore delegato in merito alle future gare, non solo è dato ampio risalto alla necessità di valorizzare, ai fini della scelta del concessionario «l'esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all'attività oggetto di concessione» come pure «la posizione dei soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato la concessione quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare», ma, per l'appunto, nell'originaria versione dell'emendamento proposto dal governo si raccoglieva l'invito ad una attenzione particolarmente sensibile al tema dell'indennizzo al concessionario uscente. Da un alto, con chiara disposizione, commettendo al decreto delegato il compito di definire «criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, in ragione del mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio e autorizzati dall'ente concedente e della perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico». D'altro lato, e prima ancora, con disposizione invece un poco più incerta da decifrare, la disciplina del decreto delegato dovrebbe farsi carico «in sede di affidamento della concessione» di una «adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali (...)».

Peraltro nei subemendamenti depositati in gran quantità a seguito dell'emendamento governativo, era emersa netta l'intenzione di rafforzare ulteriormente il mandato a tutelare i concessionari c.d. uscenti⁸⁵. Da questo punto di vista si proponeva, in particolare, di inserire il valore aziendale con maggiore chiarezza tra i criteri di futura commisurazione dell'indennizzo, modificando il testo proposto dal governo. Secondo questo disegno, il futuro decreto delegato avrebbe dovuto definire «criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, in ragione del valore aziendale, del mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio e della perdita dell'avviamento anche connesso ad attività commerciali o di interesse turistico»⁸⁶.

⁸³ Ci si riferisce all'emendamento 2.0.1000 presentato a febbraio dal Governo in relazione all'art. 2 del d.d.l. n. 2469 all'esame della 10ª Commissione permanente (Industria, commercio, turismo), il cui testo è consultabile nel sito www.senato.it.

⁸⁴ Nell'emendamento 2.0.1000 si trattava rispettivamente degli artt. 2-bis e 2-ter del d.d.l. 2469.

⁸⁵ Anche il testo dei subemendamenti è consultabile al sito www.senato.it.

⁸⁶ Così ad es. nel subemendamento 2.0.1000/4. Ma il profilo del riconoscimento del valore aziendale è presente in molti altri subemendamenti che non è il caso qui di elencare.

Tuttavia, le fibrillazioni interne alla stessa maggioranza politica si sono successivamente tradotte nell'approvazione già in prima battuta al Senato di un testo, sotto questo specifico aspetto, depotenziato⁸⁷.

Accantonando il fatto che l'ossequio al rigoroso diktat della Plenaria è stato un poco edulcorato dalla possibilità di un differimento dell'efficacia delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2024 per particolari circostanze⁸⁸, è proprio in punto di indennizzo a vantaggio del concessionario uscente che le forze politiche non sono riuscite a trovare uno stabile accordo su una formula di qualche concreta pregnanza. In tema di indennizzo il testo passato al vaglio assembleare si limita infatti a delegare al futuro decreto legislativo il compito di definire «criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante»⁸⁹. Di fatto la delicatissima scelta sulla concreta composizione delle voci dell'indennizzo verrebbe così integralmente rinviata all'adozione del futuro decreto legislativo.

Come anticipato, non è questa la sede per ospitare una riflessione sulla fondatezza giuridica dell'esigenza, palesata per prima dalla dottrina, di una tutela intensamente conformata della posizione dei concessionari in essere. Salvo a rilevare che il punto critico è ben noto alla stessa dottrina. Trattandosi, quantomeno, di capire se le reprimende che la Corte costituzionale ha ripetutamente riservato a leggi regionali che disponevano previsioni di indennizzo a carico dei concessionari subentranti, affermandone i potenziali effetti anticoncorrenziali, siano legate solo ad un problema di riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di concorrenza, oppure anche ad una violazione dell'art. 12 della direttiva servizi che inibisce l'attribuzione di altri vantaggi al concessionario uscente, che non siano assorbiti da una durata della concessione adeguata⁹⁰.

⁸⁷ Il 30 maggio l'assemblea del Senato ha infatti approvato l'articolato del disegno di legge. Il tema delle concessioni balneari è regolato dagli artt. 3 e 4. Il testo è consultabile al sito www.senato.it. L'iter parlamentare è culminato ora nella l. n. 118/2022.

⁸⁸ Si veda ora al comma 3 dell'art. 3 della l. n. 118/2022 ove si prevede che «In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024 (...)».

⁸⁹ Si veda ora l'art. 4, comma 2, lett. i), della l. n. 118/2022.

⁹⁰ Cfr. Corte cost. 7 luglio 2017, n. 157 in part. al punto 6.4.1. di diritto ove si è affermato che «La previsione dell'indennizzo (...), subordinando il subentro nella concessione all'adempimento del suindicato obbligo, incide infatti sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento. La normativa regionale impugnata viola dunque la competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza», non essendo peraltro qualificabile come pro-concorrenziale». Analogamente Corte cost., 30 maggio 2018 n. 109. In giurisprudenza, per una lettura che vede le argomentazioni della Corte non semplicemente basate sul dato estrinseco della violazione delle regole di riparto, ma pure su parametri di merito «legati al dato sostanziale della conformità di tali assetti di disciplina con gli invocati parametri costituzionali e, per via interposta, euro-unitari», cfr. TAR Toscana, III, 26 gennaio 2022, n. 79. In dottrina, intravede nella giurisprudenza della Corte una censura della legge regionale argomentata anche su una supposta contrarietà ai principi della direttiva Bolkestein, M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime*, cit., p. 466 che però si premura di evidenziare come un tale assunto non sia condivisibile, perché «nel caso di specie il riconoscimento di un indennizzo non configurerebbe affatto un vantaggio per il concessionario uscente, né tantomeno violerebbe il principio della uniformità delle

Per giunta, a testimonianza della notevole delicatezza del tema, recentemente si è fatto osservare che l'allocazione dell'indennizzo in capo al concessionario subentrante pone un problema alla luce delle previsioni normative che già in passato collegavano l'ammontare dei canoni concessori anche al valore di mercato dei manufatti destinati ad attività commerciali terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi (art. 1, commi 251 e 252, leggi n. 296/2006). Previsioni normative che, nell'ottica di una revisione della disciplina dei canoni, pure l'imminente riforma vorrebbe indirizzare verso la valutazione dell'effettiva redditività delle aree da affidare in concessione tra i criteri di quantificazione del canone⁹¹. Ebbene, in un siffatto contesto diviene concreto il rischio di una indebita allocazione del costo di quel "trasferimento di ricchezza" legato all'avvicinarsi nella concessione, posto che il nuovo concessionario subentrante non può essere chiamato prima a corrispondere all'uscente il valore del compendio aziendale e poi allo Stato canoni maggiorati in dipendenza del valore e della redditività di quello stesso compendio. In effetti, se la realtà del bilancio pubblico italiano non rendesse l'ipotesi relegata all'astrazione, occorrerebbe ammettere che dovrebbe piuttosto essere lo Stato a farsi carico di indennizzare i concessionari uscenti per il valore di un compendio aziendale che contribuisce a generare una redditività che si riflette nell'ammontare dei canoni⁹².

In conclusione, sebbene ogni valutazione del tema debba essere posposta alla concreta emanazione di una disciplina normativa, anche di rango attuativo, al momento esposta a repentini ripensamenti in ragione delle forti tensioni politiche che la circondano, riesce comunque evidente la facilità con cui si può formulare una prognosi sull'area del contenzioso amministrativo futuro.

Vista la propensione dei nostri giudici ad interpellare la Corte di giustizia, vi è da credere che il tema dell'indennizzo (e più in generale della c.d. rete di tutela dei concessionari uscenti), con ogni probabilità sarà destinato ad interessare da subito anche il giudice europeo.

Come dimostra questa vicenda, del resto, i tempi di *Roma locuta causa finita* sono un lontano ricordo.

condizioni di accesso al mercato; esso, piuttosto, sarebbe posto unicamente a tutela delle legittime aspettative del titolare del rapporto concessorio in ordine ad una proporzionata remunerazione dei capitali investiti e della conseguenziale valorizzazione dell'area demaniale, evitando in tal modo il configurarsi di un (questo sì) indebito arricchimento in capo allo Stato (per l'incremento di valore) e del gestore subentrante (per il fatto di poter beneficiare di opere già realizzate e idonee a garantire i servizi turistici)».

⁹¹ V. ora art. 4, comma 2, lett. f), l. n. 118/2022.

⁹² Per questa tesi, in relazione alle opere inamovibili destinate a diritto vigente a rientrare nella proprietà dello Stato alla scadenza delle attuali concessioni, cfr. M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime*, cit., p. 469 ove si osserva che diversamente, il vincitore pagherebbe due volte l'acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato, mentre ove l'indennizzo fosse pagato dallo Stato «si eviterebbe l'indebito arricchimento sia del nuovo titolare del rapporto concessorio (tramite la quota di canone rapportata alle opere inamovibili affidategli in gestione), che dello Stato (tramite la corresponsione dell'indennizzo a colui che ha edificato i manufatti divenuti pertinenze demaniali)».



COMMENTI

Facebook è un monopolio? Spunti di riflessione a partire dal caso FTC v. Facebook

Is Facebook a monopoly? Some reflections on the antitrust case FTC v. Facebook

di Anna Licastro *

ABSTRACT

Il presente lavoro ricostruisce la complessa trama giudiziaria del contenzioso antitrust che vede coinvolte l'ecosistema digitale Facebook e la *Federal Trade Commission* (FTC), l'esito del quale, per ora, non è affatto scontato. I profili di maggior rilievo nella vicenda in esame dimostrano come il rapporto fra diritto antitrust ed economia digitale non possa basarsi su dimensioni concorrenziali tradizionali. Tale assunto si evince dalla difficoltà con cui si è tentato di definire il mercato rilevante dei *social networks*, di valutare l'illiceità delle acquisizioni di Instagram e WhatsApp nonché di accertare le condizioni contrattuali che hanno impedito agli sviluppatori terzi di servirsi delle APIs di Facebook. Alla luce di tali considerazioni, il contributo sostiene l'idea che l'integrazione fra diritto antitrust e *privacy* non sia più rinviabile e che quest'ultima possa essere concepita come dimensione concorrenziale sostitutiva del prezzo.

This paper reconstructs the complicated legal case based on the antitrust dispute between Facebook and the Federal Trade Commission (FTC) the outcome of which, at present, is by no means a foregone conclusion. The highly controversial issues of this legal case reveals how the relationship between the antitrust law and digital economy can no longer be based on the traditional competitive dimensions. On the one hand, this assumption is inferred from the effort of the Court to reflect upon the definition of the relevant market for personal social networking services, on the other hand in the assessment of the acquisitions of Instagram and WhatsApp as well as the contractual clauses which have prevented third-party apps from accessing Facebook APIs. In the light of these considerations, this contribution supports the view that the integration between antitrust law and privacy is no longer deferrable and that the latter can be conceived as a proxy-based competitive dimension, thus replacing the price.

ESTRATTO: UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA FEDERAL TRADE COMMISSION V. FACEBOOK, INC., CIVIL ACTION NO. 20-3590 (JEB), 06/28/2021.

«[...] In this unusual context, the FTC's inability to offer any indication of the metric(s) or method(s) it used to calculate Facebook's market share renders its vague "60%-plus" assertion too speculative and conclusory to go forward. Because this defect could conceivably be overcome by re-pleading, however, the Court will dismiss only the Complaint, not the case, and will do so without prejudice to allow Plaintiff to file an amended Complaint.

* Dottoranda in Business, Institutions, Markets, Università degli Studi «Gabriele d'Annunzio» di Chieti-Pescara.

To guide the parties in the event amendment occurs, this Opinion also explains two further conclusions of law. First, even if the FTC had sufficiently pleaded market power, its challenge to Facebook's policy of refusing interoperability permissions with competing apps fails to state a claim for injunctive relief. As explained herein (and in the Court's separate Opinion in the States' case), there is nothing unlawful about having such a policy in general. While it is possible that Facebook's implementation of that policy as to certain specific competitor apps may have violated Section 2, such finding would not change the outcome here: all such revocations of access occurred in 2013, seven years before this suit was filed, and the FTC lacks statutory authority to seek an injunction "based on [such] long-past conduct." *FTC v. Shire ViroPharma, Inc.*, 917 F.3d 147, 156 (3d Cir. 2019). Regardless of whether the FTC can amend its Complaint to plausibly allege market power and advance this litigation, then, the conduct it has alleged regarding Facebook's interoperability policies cannot form the basis for Section 2 liability.».

MASSIMA:

«The FTC has failed to plead enough facts to plausibly establish a necessary element of all of its Section 2 claims – namely, that Facebook has monopoly power in the market for Personal Social Networking (PSN) Services. The Complaint contains nothing on that score save the naked allegation that the company has had and still has a "dominant share of th[at] market (in excess of 60%)". Such an unsupported assertion might (barely) suffice in a Section 2 case involving a more traditional goods market, in which the Court could reasonably infer that market share was measured by revenue, units sold, or some other typical metric. But this case involves no ordinary or intuitive market.».

**ESTRATTO: UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT
OF COLUMBIA FEDERAL TRADE COMMISSION V. FACEBOOK, INC.,
CIVIL ACTION NO. 20-3590 (JEB), 01/11/2022**

"Although the agency may well face a tall task down the road in proving its allegations, the Court believes that it has now cleared the pleading bar and may proceed to discovery. That holding flows from several conclusions. First, the FTC has now alleged enough facts to plausibly establish that Facebook exercises monopoly power in the market for PSN services. Second, it has adequately alleged that the company's dominant market share is protected by barriers to entry into that market. Third, the agency has also explained that Facebook not only possesses monopoly power, but that it has willfully maintained that power through anticompetitive conduct – specifically, the acquisitions of Instagram and WhatsApp. The Court will not, however, allow the allegations surrounding Facebook's interoperability policies (also known as the Platform policies) to move forward; they founder for the same fundamental reasons as explained before: Facebook abandoned the policies in 2018, and its last alleged enforcement was even further in the past."

Last, the company lets fly a new arrow this time around, urging dismissal on the independent basis that the FTC's vote authorizing the Amended Complaint was invalid because Chair Lina Khan's alleged prejudgment of Facebook's antitrust liability required her recusal. The Court believes that such contention misses its target, as Khan was acting in a prosecutorial capacity, as opposed to in a judicial role, in connection with the vote.

Ultimately, whether the FTC will be able to prove its case and prevail at summary judgment and trial is anyone's guess. The Court declines to engage in such speculation and simply concludes that at this motion-to-dismiss stage, where the FTC's allegations are treated as true, the agency has stated a plausible claim for relief under Section 2 of the Sherman Act. The Court, consequently, will deny Facebook's Motion.».

MASSIMA:

«Considering these new allegations and granting Plaintiff "the benefit of all inferences that can be derived from the facts alleged," *Sparrow*, 216 F.3d at 1113 (internal citation omitted), means that the Amended Complaint "contain[s] sufficient factual matter, accepted as true, to 'state a claim to relief that is plausible on its face.'" *Iqbal*, 556 U.S. at 678 (quoting *Twombly*, 550 U.S. at 570). In stark contrast with its predecessor, this Complaint provides reinforcing, specific allegations that all point toward the same conclusion: Facebook has maintained a dominant market share during the relevant time period. Accepting the market definition (which Defendant does) and the truth of Plaintiff's market-share allegations (which the Court must at this stage), Facebook's market share comfortably exceeds the levels that courts ordinarily find sufficient to establish monopoly power. See, e.g., *AbbVie Inc.*, 976 F.3d at 373 (above 60% market share sufficient); *Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d at 1206 ("Courts generally require a 65% market share to establish a prima facie case of market power.")».

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ricostruzione di una vicenda giudiziaria dalla trama complessa. – 3. La posizione di monopolio e l'annosa questione della definizione del mercato rivelante dei *Personal Social Networking Services (PSN services)*. – 4. Le condotte anticompetitive di Facebook. – 4.1 Le *killer acquisitions*: «*it is better to buy than compete*». – 4.2. Il diniego di accesso alle APIs come pregiudizio della pressione competitiva. – 5. Note conclusive e possibili scenari futuri.

«No one is above the law,
no matter how rich or powerful»

David Cicilline,
Chairman of the House Judiciary Subcommittee
on Antitrust, Commercial and
Administrative Law.

1. Introduzione

Il caso giudiziario che vede coinvolte l'*authority* antitrust americana della *Federal Trade Commission* (in seguito, FTC) e l'ecosistema digitale Facebook costituisce oggi l'esempio paradigmatico di una lotta combattuta senza esclusione di colpi fra le grandi piattaforme digitali e le autorità della concorrenza. Intente, queste ultime, insieme ai Legislatori dei Parlamenti nazionali, a trovare gli strumenti normativi più efficaci ed idonei ad «imbrigliare» l'*intermediation power*: la nuova tipologia di potere economico con cui i cinque Leviatani del web stanno attuando la monopolizzazione del mercato digitale.

La strategia commerciale delle *big tech* è talmente fluida da sapersi adattare alla perfezione all'incessante progresso delle nuove tecnologie per poterle sfruttare a proprio vantaggio ed eludere i vincoli regolatori¹. Sono le medesime peculiarità che animano l'economia di piattaforma, primo fra tutti il controllo sull'accesso ai dati e la capacità di *leveraging*, che ne rendono assai complessa la regolazione su scala mondiale.

Nel contesto americano, sono due le date da tenere a mente nell'articolata vicenda giudiziaria che vede confrontarsi da un lato Mark Zuckerberg, CEO di Facebook e dall'altro Lina Khan, Presidente della FTC. In primo luogo, il 28 giugno 2021, giorno in cui il giudice Boasberg, respingeva con queste laconiche parole l'eccezione sollevata dalla Commissione ricorrente in tema di monopolio: «*The FTC has failed to plead enough facts to plausibly establish a necessary element of all of its Section 2 claims – namely, that Facebook has monopoly power in the market for Personal Social Networking (PSN) Services*». In secondo luogo, il 1 novembre 2021, quando chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di rigetto del ricorso emendato dalla ricorrente esordiva con sorpresa «*Second time lucky?*», lasciando così presumere che questa volta le prove offerte dalla FTC a sostegno della sua tesi fossero in grado di avvalorare l'esistenza di un monopolio in mano all'ecosistema digitale riaprendo, di fatto, una partita che la piattaforma online riteneva già vinta.

¹ Sul punto cfr. L. AMMANNATI, *I predatori del mercato e i tentativi di cattura*, L. AMMANNATI-A. CANEPA (a cura di), in *Tech Law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, Editoriale Scientifica, Roma, 2021, p.14.

2. La ricostruzione di una vicenda giudiziaria dalla trama complessa

Questo primo accenno agli snodi di maggior rilievo del contenzioso in esame, dimostra come questa vicenda, ricca di colpi di scena, sia destinata nel suo esito finale ad assumere valore emblematico per la disciplina della concorrenza. Se dovesse riconoscersi una posizione di monopolio ciò costituirebbe il «*nec plus ultra*» delle condotte anticompetitive messe in atto dal *social network* nei mercati *data-driven*. Tuttavia, se ciò non avvenisse le autorità della concorrenza e le istituzioni parlamentari statunitensi sarebbero costrette ad ammettere definitivamente l'inadeguatezza dell'attuale impianto regolatorio dinanzi ad un modello di business che appare ingovernabile².

Fatta tale precisazione, occorre porre mano al contenzioso oltremodo ramificato, ricostruendone la storia processuale.

La vicenda ha origine fra la fine del 2020 ed i primi mesi del 2021 allorché venivano promosse presso la Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto di Columbia due distinte azioni giudiziarie. Una incardinata sul ricorso presentato dalla coalizione di 48 Stati federali guidati dall'*Attorney General* Letitia James e l'altra sul ricorso presentato dalla FTC con le quali si accusava Facebook di aver acquisito una posizione di monopolio nel mercato dei *social network* in violazione della Sezione 2 dello *Sherman Act*³. Le denunce sostenevano che il presunto intento monopolistico fosse stato attuato mediante l'acquisizione di Instagram e WhatsApp e l'imposizione di una serie di restrizioni contrattuali con le quali si revocava agli sviluppatori delle *apps* l'accesso alle interfacce di programmazione di proprietà della società di Menlo Park al solo scopo di limitare l'interoperabilità fra la piattaforma *social* e le applicazioni che se ne avvalevano.

Avendo avuto tali condotte l'effetto di eliminare i potenziali acquirenti ed alterare sensibilmente la concorrenza, gli Stati federali e la FTC ritenevano che l'unico rimedio efficace per ristabilire un corretto equilibrio concorrenziale fosse la cessione di Instagram e WhatsApp oltre che, impedire, per ordine dell'Autorità giudiziaria, al *social network* pratiche illecite come accaduto in precedenza con l'imposizione di condizioni contrattuali anticompetitive⁴. Dal canto suo, la piattaforma *social* respingeva ogni addebito circa l'accusa di monopolio che le veniva mossa dai ricorrenti.

James Boasberg, giudice della Corte distrettuale di Washington D.C., pur avendo rilevato di non condividere in pieno le affermazioni dell'azienda ameri-

² Per un approfondimento circa il possibile uso dell'abuso di dipendenza economica come strumento normativo in grado di arginare il potere delle grandi piattaforme, alternativo all'abuso di posizione dominante si veda: A. LICASTRO, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, in *Federalismi*, n.13, 4 maggio 2022, disponibile in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=47136>, p.118 ss.

³ A tal riguardo si precisa che il ricorso proposto dalla FTC riteneva fossero state violate la Sezione 2 dello *Sherman Act* nonché la Sezione 5(a) dello *FTC Act*. Il ricorso proposto dagli Stati Federali, invece, sosteneva che il raggiungimento della posizione di monopolio avesse violato la Sezione 2 dello *Sherman Act* ed al contempo la Sezione 7 del *Clayton Act* che proibiva le concentrazioni in grado di favorire il raggiungimento di una posizione di monopolio.

⁴ In tal caso, la FTC invocava lo scorporo di Instagram e WhatsApp da Facebook e l'emissione del provvedimento ingiuntivo impeditivo di condotte anticoncorrenziali in virtù della Sezione 13(b) *FTC Act*, mentre gli Stati Generali invocavano la medesima soluzione ai sensi della Sezione 16 del *Clayton Act*.

cana, respingeva nel primo pronunciamento del 28 giugno 2021 tanto le accuse di monopolio promosse dai procuratori generali dello Stato di Washington quanto quelle dell'agenzia governativa.

Si precisa che l'azione legale promossa dagli Stati Federali veniva respinta in via pregiudiziale per prescrizione. La Corte distrettuale rilevava che la Sezione 7 del *Clayton Act* in tema di illiceità delle acquisizioni e la conseguente richiesta di provvedimento ingiuntivo al fine di ottenere la cessione delle due attività, invocata in applicazione della Sezione 13(b) *FTC Act*, non potessero essere invocate nella vicenda in esame proprio ai sensi di quanto previsto dalla Sezione 16 del *Clayton Act*. Difatti, per costante interpretazione della giurisprudenza americana, entrambe richiedono di agire entro quattro anni dall'intervenuta concentrazione. Orbene, è chiaro che, nel caso di specie, il termine si sia prescritto. Difatti, le acquisizioni di Instagram e WhatsApp si sono concluse rispettivamente nel 2012 e nel 2014, mentre il ricorso degli Stati Federali è stato presentato solo nel 2020 ossia ben oltre il limite dei quattro anni. A nulla è valsa l'eccezione sollevata dai procuratori federali secondo cui trattandosi di azione pubblica, esperita dagli Stati in qualità di *parens patriae* a tutela dell'interesse pubblico, non sarebbe soggetta ad alcun termine di prescrizione. Difatti, il giudice Boasberg l'ha ritenuta infondata perché sarebbe dirimente il principio di diritto affermato dalla Corte federale nel celeberrimo caso *State of New York v. Microsoft* secondo cui nell'applicazione del diritto antitrust, non è possibile fare un distinguo fra legittimazione ad agire privata e legittimazione ad agire pubblica. Nell'eventualità in cui i procuratori di Stato presentino una richiesta di provvedimento ingiuntivo, la giurisprudenza americana ritiene che essi agiscono come soggetti privati ed in quanto tali sono obbligati a rispettare le condizioni dell'azione fissate dal Congresso USA. Se così non fosse, conclude il Giudice, con laconica affermazione, si renderebbe lo Stato immune alla Legge.

Scendendo poi nel merito della vicenda, risulta di fondamentale importanza per i riflessi che il caso potrebbe avere sul rapporto fra diritto antitrust ed economia digitale, la motivazione alla base del rigetto del ricorso. Secondo la Corte distrettuale, l'*authority* antitrust non avrebbe fornito prove adeguate circa l'esistenza della posizione di monopolio. Si sarebbe esclusivamente limitata ad asserire che Facebook detiene una quota dominante superiore al 60% nel mercato dei *Personal Social Networking* (in seguito, PSN) senza però dimostrare né quali metriche o metodi sarebbero stati usati per misurare tale percentuale né come quest'ultima potrebbe costituire un indice ragionevole di conclamata esistenza del monopolio⁵.

Il nocciolo della decisione riguarderebbe il mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte della FTC che non avrebbe, dunque, dimostrato le proprie affermazioni; rimaste, così, su un piano meramente congetturale. Malgrado ciò, la Corte statunitense le ha concesso ugualmente di emendare il ricorso iniziale. Il giudice Boasberg pare, quindi, ben consapevole delle difficoltà che i regolatori affrontano quando si trovano a dover interpretare con le lenti del diritto della concorrenza attuale le strategie di business degli ecosistemi digitali.

Difatti, nel respingere l'accusa, Boasberg ha ammesso che – diversamente da quanto avviene per i beni di consumo, come il tabacco o gli articoli di can-

⁵ Nel diritto antitrust americano per monopolio si intende, in termini economici, l'intenzione dell'*incumbent* di controllare i prezzi ed aumentarli proficuamente; precludendo, inoltre, ai concorrenti l'accesso al mercato di riferimento.

celleria ad esempio – la dottrina e la giurisprudenza fanno fatica a trovare una definizione concorde ed unanime di servizio *PSN*; da qui la volontà di concedere un termine ulteriore per tentare di dimostrare l'intento monopolistico.

Così, il 19 agosto 2021, la Commissione Federale per il Commercio statunitense ha presentato presso la medesima Corte Distrettuale una nuova denuncia contro Facebook in cui, ripercorrendo lo stesso impianto accusatorio, adduceva, a sostegno della propria tesi, nuove informazioni ed ulteriori prove. Innanzitutto, l'autorità ha chiarito che l'ecosistema digitale ha adottato pratiche predatorie nel momento in cui ha percepito che la diffusione dell'*Internet mobile* avrebbe messo in pericolo il *core business* della società. Di conseguenza, ha cercato di dimostrare come le acquisizioni rappresentassero per Facebook, un espediente utile a mantenere e rafforzare la sua posizione dominante e stroncare sul nascere la potenziale minaccia di altri concorrenti. Per tale ragione, sono stati presentati numerosi esempi di concentrazioni concluse dalla società. Lo scopo delle operazioni era per tutte il medesimo: acquisire qualunque *start-up* emergente che fosse in grado di insidiare la posizione di monopolio dell'ecosistema.

Tuttavia, le acquisizioni non rappresentavano l'unico modo che la piattaforma *social* avesse per eliminare alla radice ogni minaccia concorrenziale. L'agenzia governativa ha sostenuto che anche il cambiamento delle *policies* in tema di accesso alle interfacce di programmazione servisse al medesimo scopo. Inizialmente, infatti, l'accesso venne concesso a tutti e poi limitato solo a quegli sviluppatori delle *apps* che si sarebbero conformati alle specifiche restrizioni contrattuali predisposte in modo unilaterale dalla società.

La FTC, inoltre, per avvalorare la fondatezza delle proprie tesi circa l'esistenza del monopolio ha specificato quali fossero le metriche in base alle quali stabilire la posizione di dominanza, citando a supporto della propria tesi accusatoria, quanto già sostenuto da altre autorità antitrust come la *Competition and Markets Authority* (CMA), il *Bundeskartellamt* (BKartA) e l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC).

Meritevole, poi, di attenzione nel nuovo ricorso è il tentativo dell'agenzia governativa di dimostrare che il monopolio nei mercati digitali sarebbe stato raggiunto abusando, in modo efferato, dei dati degli utenti. Si introduce, così, un tema quasi «rivoluzionario» per il diritto antitrust statunitense, almeno in tema di valutazione dei *mergers*: il rispetto della *privacy* come parametro qualitativo della concorrenza.

Alla luce delle nuove contestazioni Zuckerberg ha sostenuto, ancora una volta, l'inesistenza delle prove dedotte in giudizio dalla Commissione spingendosi ad affermare che le acquisizioni di Instagram e WhatsApp avrebbero addirittura un effetto procompetitivo, come confermerebbe la loro approvazione da parte della FCT al momento della loro conclusione avvenuta pochi anni prima.

Del pari, respingeva *in toto* che potesse esistere qualche legame fra la tutela della *privacy* ed il *monopoly power* ed anzi rincarava la dose, chiedendo la riconsiderazione di Lina Khan perché le sue posizioni contro l'economia di piattaforma avevano intaccato l'imparzialità e la neutralità richieste dal ruolo di Presidente dell'*authority* antitrust americana.

Nel secondo pronunciamento, il giudice James Boasberg ha cambiato completamente orientamento sulla questione. Difatti, al contrario della prima pronuncia, riteneva fondate le accuse di monopolio. Secondo la Corte federale sarebbero state fornite prove più rigorose ed i fatti allegati avrebbero dimostrato il rafforzamento della posizione dominante dell'ecosistema mediante l'ac-

quisizione di Instagram e WhatsApp. Seppur le considerazioni sul diniego di accesso alle interfacce di programmazione (c.d. APIs di cui si parlerà in seguito), potrebbe dimostrare un tentativo di monopolizzazione del mercato, la Corte è stata costretta a rilevare come ciò non può dar luogo alla soluzione drastica chiesta dall'autorità antitrust americana, e cioè la cessione delle due applicazioni. Ai sensi della Sezione 13 (b) *FTC Act*, lo scorporo delle attività può essere ordinato solo se il comportamento è in atto, mentre sarebbe pacifico che i fatti in contestazione si sarebbero verificati a ben sette anni di distanza da quando la causa è stata intentata. Non a caso la norma usa due espressioni «*is violating*» e «*is about to violate*» dimostrando che può trovare applicazione solo se la condotta è in corso all'atto dell'ingiunzione.

Infine, con riguardo alla richiesta di ricusazione di Lina Khan, la Corte Federale la respingeva perché evidenziava giustamente che le precedenti posizioni della Presidente della FTC espresse nei suoi lavori di studiosa in tema di monopoli digitali non le impedivano di certo di cambiare idea sulla questione, se le indagini avessero provato il contrario. Dunque, sostenere l'esistenza di un qualche conflitto di interesse sarebbe stato immotivato e, a maggior ragione, pretestuoso.

Questo breve contributo si occuperà di risolvere alcune questioni alquanto spinose perché da esse emerge in maniera esemplificativa come le categorie giuridiche del diritto antitrust che portarono nel 2001 alla condanna per monopolio di Microsoft nel settore dei sistemi operativi per *personal computer*, si rileverebbero ormai superate ed inadatte a comprendere effettivamente le strategie commerciali dei signori del digitale nonché del tutto incapaci di fronteggiarle. In particolare, si tenterà di esaminare se esista o meno un mercato rilevante delle piattaforme di *social media*, se sia possibile accertarne il potere monopolistico ed infine se le c.d. *killer acquisitions* e le condotte anticompetitive come quelle limitative dell'interoperabilità delle interfacce di programmazione, possano provare l'esistenza di una posizione di monopolio digitale.

3. La posizione di monopolio e l'annosa questione della definizione del mercato rivelante dei *Personal Social Networking Services (PSN services)*

Una questione cardine di entrambe le pronunce concerne l'accertamento della posizione di monopolio di Facebook nel mercato dei *social networks*.

Per compiere questo tipo di valutazione, la Corte Federale ha dovuto innanzitutto far appello alla Sezione 2 dello *Sherman Act* che, a detta della Commissione ricorrente, sarebbe stata violata dall'ecosistema digitale. La norma, come ben evidenziato da Herbert Hovenkamp, uno dei più noti studiosi di questi temi, è ampia abbastanza da ricomprendere non solo la condanna circa l'effettivo conseguimento di una posizione di monopolio, ma anche il mero tentativo di acquisire un potere economico tale da consentire all'impresa di controllare ed influenzare pesantemente un determinato settore del mercato nonché da escludere da quest'ultimo i concorrenti⁶.

⁶ A tal riguardo, la *Section 2* dello *Sherman Act* distingue fra «*monopolize*» e «*attempt to monopolize*». Le caratteristiche della prima categoria giuridica vengono enucleate nel corso del presente lavoro, mentre per quanto riguarda la seconda si tenga conto sin d'ora di come il suo

Nel caso in esame, non è stato contestato il mero *attempt to monopolize*, ma l'esistenza della *monopolization offence*. L'accertamento di quest'ultima, infatti, richiede di esaminare due elementi imprescindibili. Da un lato, la detenzione da parte dell'impresa di un potere monopolistico nel mercato rilevante e dall'altro l'acquisto intenzionale o la strenua difesa di tale potere. In effetti, ad assumere rilievo è la prova che il monopolio sia stato raggiunto non grazie alla crescita economica imputabile alla produzione di beni superiori per qualità rispetto a quelli offerti dai concorrenti, all'intuito imprenditoriale o anche al puro caso, bensì grazie all'adozione di condotte anticoncorrenziali di tipo escludente⁷. Un elemento quest'ultimo da non sottovalutare. Il diritto antitrust americano non ha mai considerato il raggiungimento del monopolio una condizione illecita di per sé, ma ha subordinato la sua condanna alla dimostrazione dell'adozione da parte dell'*incumbent* di comportamenti che abbiano la finalità precipua di eliminare o ridurre la capacità competitiva dei concorrenti ed escluderli in modo abusivo dal mercato⁸. Contrariamente a quanto si suole ritenere, la ragione di tale scelta non affonda le proprie radici negli insegnamenti della *Chicago School*, ma nella tradizione antimonopolistica avviata fra il XIX e XX secolo quando gli Stati Uniti reagirono all'ascesa dei monopoli con la promulgazione dello *Sherman Act*. Difatti, la prima legge della storia del diritto antitrust non considerava in ogni caso illecita la posizione di monopolio, bensì la reputava tale ogniqualvolta la concentrazione di potere economico fosse stata raggiunta non in base ai meriti ossia con maggiore efficienza, qualità o basso profitto rispetto ai rivali, ma usando il potere guadagnato per falsare la concorrenza e conseguire un vantaggio competitivo illegale sui concorrenti. Se ne ha una chiara esemplificazione non solo nelle idee che animavano i senatori che parteciparono alla redazione dello *Sherman Act* secondo i quali competenze e capacità superiori dell'imprenditore non lo trasformavano automaticamente in un monopolista, ma anche nella giurisprudenza americana successiva, come si può riscontrare nel celebre caso *United States v. Aluminium Co. of America*⁹. Il giudice Hand che condannò per monopolio la società Alcoa, *leader* su

accertamento richieda di dimostrare: a) la condotta anticompetitiva; b) uno specifico intento monopolistico inteso come volontà da parte dell'impresa di annullare la concorrenza raggiungendo il monopolio in dato settore del mercato di riferimento; nonché c) la probabilità pregiudizievole di raggiungere il monopolio. Sul punto cfr. U.S. DEP'T OF JUSTICE, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm, 2008, p. 1, (ultimo accesso: 22 febbraio 2022); H. HOVENKAMP, *Monopolizing and the Sherman Act*, in *U. of Penn. Inst for Law & Econ Research Paper No. 22-02*, available at <https://ssrn.com/abstract=3963245>, January 2022, pp. 2-3; inoltre, J. KEYTE, *Why the Atlantic divide on monopoly/ dominance law and enforcement is so difficult to bridge*, in *Antitrust* 33, no. 1, 2018, available at <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/12/fall18-keyte.pdf>, pp. 113-115.

⁷ Cfr. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001) in cui la Corte Federale enuncia il seguente principio di diritto: «As discussed above, having a monopoly does not by itself violate § 2. A firm violates § 2 only when it acquires or maintains, or attempts to acquire or maintain, a monopoly by engaging in exclusionary conduct "as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident"»; in senso conforme *United States v. Grinnel Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

⁸ H. HOVENKAMP, *Antitrust And Platform Monopoly*, in *Yale L.J.*, Vol. 130, available at <https://ssrn.com/abstract=3639142>, 2021, p.1958; In tal senso si veda, G. D'IPPOLITO, *L'abuso di posizione dominante*, in A. CATRICALÀ-G. CASSANO-CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Torino, 2018, pp.-558-560; inoltre J. BARNETT, *Going Back to Antitrust Basics*, in *Truth on the Market*, available at <https://truthonthemarket.com/2021/07/01/going-back-to-antitrust-basics/>, July 1, 2021, p. 1.

⁹ S. VAHEESAN, *The morality of monopolization law*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, (forthcoming),

scala mondiale nella produzione di alluminio, riconobbe che l'intento monopolistico non deve essere sempre sanzionato in quanto era necessario tener conto che l'impresa poteva dimostrare di aver raggiunto tale posizione grazie ad una condotta «onestamente industriale», ascrivibile alla sua lungimiranza e alla sua maggiore abilità negli affari rispetto ai *competitors*¹⁰.

Una maggiore tolleranza nei confronti della concentrazione del potere economico, anche se in grado di mettere in pericolo la libertà economica, la tutela del libero scambio e la democrazia dello Stato, va attribuita in gran parte alle nuove teorie economiche della Scuola di Chicago diffuse a partire dagli anni '70 grazie all'opera dei due massimi rappresentanti del movimento Aaron Director e Robert Bork. Rispetto alle considerazioni che ispirarono la cosiddetta età dell'oro in cui venne approvato lo *Sherman Act*, il cambio di prospettiva è radicale. L'idea di «spezzare» i monopoli per la salvaguardia della concorrenza effettiva viene completamente sostituita dall'esigenza di favorire, mediante acquisizioni e fusioni, la loro costituzione. In tal modo, infatti, si spingerebbero fuori dal mercato tutti quei concorrenti che praticano prezzi più elevati, massimizzando così il *consumer welfare*¹¹. Consentire la crescita dimensionale delle società sarebbe auspicabile perché porterebbe benefici ai consumatori in termini di riduzione dei prezzi¹². Ne deriva che per tale corrente di pensiero assume rilevanza unicamente il livello dei prezzi e la legge si dovrebbe occupare esclusivamente di valutare «(...) *whether prices for consumers might go up or down. Any other consideration was completely illegitimate. Only prices mattered*¹³».

Ed è questo il punto debole sul quale hanno fatto leva le *big tech companies* per penetrare le difese dell'*enforcement* antitrust statunitense. In un sistema in cui il prezzo è l'unico fattore da tenere in considerazione per verificare l'efficienza del mercato e tutelare il *consumer welfare standard*, gli ecosistemi digitali, propugnatori dell'offerta dei prodotti e servizi a costo zero, sono riusciti a superare facilmente il vaglio delle *authorities* della concorrenza che non hanno inizialmente percepito come una minaccia la proposta di prodotti e

available at <https://ssrn.com/abstract=39291592022>, p. 11; L. KHAN, *The ideological roots of America's market power problem*, in *Yale L.J. Forum*, No. 4, 2018, p. 966; su tale aspetto si veda T. Wu, *The curse of bigness*, Atlantic Books, London, 2020, pp. 63-65, il quale riporta le considerazioni del giudice Louis Brandeis secondo il quale i danni prodotti da un monopolio sul mercato sono di gran lunga maggiori dei danni che provocherebbe solo la mera grandezza di talune imprese. Tuttavia, anche una grande impresa può garantire efficienza nel mercato al pari di una situazione di monopolio purché quest'ultima rimanga «(...) *within the limits of efficiency*». La crescita economica, dunque, richiede il rispetto delle giuste condizioni, come il diritto alla vita – sostiene Brandeis – viene garantito dalla Costituzione non come mero diritto ad esistere, ma come diritto che, in date condizioni, consente all'uomo di svolgere la propria esistenza ed esprimere le facoltà che sono correlate ad essa.

¹⁰ *Unites States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), si riporta, citando testualmente, il ragionamento della Corte Federale: "A single producer may be the survivor out of a group of active competitors, merely by virtue of his superior skill, foresight and industry. In such cases a strong argument can be made that, although, the result may expose the public to the evils of monopoly, the Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster *finis coronat*. The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins».

¹¹ Si consideri che per tali studiosi la tutela del *consumer welfare* costituisce l'unico scopo del diritto antitrust, sul punto cfr. L.P. SAWYER, *US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective*, in *Oxford Research Encyclopedia of American History*, Working Paper n. 110, 2019, pp. 2-7.

¹² F. LEONE, *Per un ruolo politico dell'Antitrust. The Curse of Bigness. Antitrust in the New Gilded Age* di Tim Wu, in <https://www.eticaeconomia.it/per-un-ruolo-politico-dellantitrust-the-curse-of-bigness-antitrust-in-the-new-gilded-age-di-tim-wu/>, n.109, 2019, p. 2.

¹³ T. Wu, *The curse of bigness*, cit., p. 113.

servizi, in apparenza, gratuiti¹⁴. Non vi era alcun motivo per le Corti Federali ed i regolatori americani di verificare l'esistenza di una monopolizzazione del mercato digitale che, anzi era bene favorire, perché offrendo servizi e prodotti «*free of charge*» si avvantaggiavano i consumatori ed, inoltre, si consentiva la salvaguardia del processo competitivo¹⁵.

In considerazione dei prerequisiti che la Sezione 2 dello *Sherman Act* richiede ai fini dell'accertamento della *monopolization offence*, la Corte Distrettuale ha ritenuto che la FTC non avrebbe dimostrato l'esistenza del potere monopolistico nel mercato dei *Personal Social Networking (PSN) Services*. Come insegna il caso *Microsoft*, il *monopoly power* inteso come il potere di controllare i prezzi o escludere la concorrenza può essere provato in via diretta, fornendo cioè la dimostrazione in giudizio che l'impresa è in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello competitivo ed in contemporanea ridurre la produzione nonché la qualità di beni e servizi. In via indiretta, invece, andando ad inferirne l'esistenza dalle quote di mercato in percentuale pari almeno al 60%¹⁶.

La FTC, nel ricorso emendato, afferma di aver provato direttamente il potere monopolistico dell'ecosistema, avvalendosi di parametri diversi da quelli fondamentali del diritto della concorrenza, quali il volume o il prezzo¹⁷. Nel caso in esame, ha tenuto conto della qualità dell'esperienza degli utenti sul *social network* per dedurre da una diminuzione della stessa, l'esercizio del *monopoly power*¹⁸. Sono state, dunque, descritte nel secondo ricorso, una serie di vicende in cui la degradazione della *privacy*, fattore qualitativo per definizione, non ha comportato la diminuzione del potere di mercato della società di Menlo Park, bensì l'aumento di quest'ultimo¹⁹.

A detta dell'agenzia, il caso *Cambridge Analytica* ne costituisce un'esemplificazione. Nel 2018, quando l'informatore Chris Wylie rivelò che, grazie alla collaborazione fra l'omonima società, l'applicazione «*thisisyourdigitallife*» e la piattaforma di Zuckerberg, erano state raccolte informazioni condivise sul so-

¹⁴ M.E. STUCKE-A. EZRACHI, *Competition Overdose*, HarperCollins, New York, 2021, pp. 216-218; in tal senso si veda anche T. WU, *The curse of bigness*, cit., p. 135.

¹⁵ L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *J. Eur. Compet. Law Pract.*, Vol. 9, No. 3, 2018, p.132; B.C. LYNN, *America's Monopolies are Holding Back the Economy*, in *The Atlantic*, in <https://www.theatlantic.com/business/archive/2017/02/anti-monopoly-big-business/514358/>, February 22, 2017, p. 4, (ultimo accesso: 20 febbraio 2022).

¹⁶ Sul concetto di *monopoly power* si tenga presente che la giurisprudenza americana ha affermato più volte che tale potere viene esercitato in modo illecito nel momento in cui si impongono ai consumatori prezzi alti, si riduce la produzione, nonché la qualità dei beni o dei servizi. Cfr. U.S. DEP'T OF JUSTICE, op. cit., p.4; *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956), par. 391; cfr. H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Abuse of Dominance in the Age of Networks*, in *Promarket*, in <https://promarket.org/2021/12/20/sherman-act-abuse-dominance-europe-monopolization/>, December 20, 2021, p. 2, (ultimo accesso: 20 febbraio 2022); inoltre D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy*, in *Berkeley Bus. Law J.*, Vol. 16, no. 1, 2019, pp. 81-82.

¹⁷ Cfr. FTC, *First amended complaint for injunctive and other equitable relief*, Civil Action No. 20-3590 (JEB), September 8, 2021, pp. 68-70; inoltre FTC v. Facebook, Civil Action No. 20-3590 (JEB), pp. 9-10.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ In tema di rivisitazione dei criteri per l'accertamento del pregiudizio del processo competitivo nei mercati dell'economia digitale cfr. M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi*, n. 14, 13 maggio 2020, disponibile in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43411>, p. 221; sul tema si veda anche D. SRINIVASAN, op. cit., p. 70.

cial network per profilare gli utenti ed influenzare le scelte di voto degli elettori, si sarebbe dovuto registrare un abbandono esponenziale del *social media*. Tuttavia, non si è verificato nulla di tutto ciò, anzi il numero degli utenti è cresciuto di pari passo con il profitto²⁰. La spiegazione va rintracciata nell'esproprio digitale delle informazioni e la conseguente renderizzazione dell'esperienza online che permette la conseguente micro-targhetizzazione comportamentale degli utenti col fine di controllarne (o meglio «sorvegliarne») le azioni nonché trarre profitto dall'offerta di pubblicità comportamentale basata sulle loro preferenze²¹. L'illusione dell'autonomia, del controllo sui dati personali e le promesse infrante dalle ingannevoli assicurazioni di Zuckerberg circa il non impiego dei *cookies* per tenere traccia dei comportamenti degli iscritti hanno celato bene, invece, la reale intenzione dell'amministratore delegato: accrescere il potere di mercato guadagnato con l'estrazione ed il processamento delle informazioni al fine di ottenere un vantaggio competitivo illegale nel mercato dei *social network*, seppur a discapito della *privacy*²².

Nel dover valutare la sussistenza del potere di monopolio, la Corte distrettuale non ha tenuto conto di tale aspetto ed ha, invece, dato maggiore attenzione alla sua prova indiretta rappresentata dalle quote di mercato. L'*authority* è stata così gravata di due ulteriori incombenzi probatori: la definizione di mercato rilevante e la dimostrazione dell'esistenza di barriere all'ingresso a salvaguardia della posizione di dominanza.

La prima questione non è affatto di facile soluzione. Nonostante la definizione del mercato rilevante sia da decenni ampiamente utilizzata dalle autorità garanti della concorrenza e dai giudici perché funzionale alla verifica del potere di mercato e all'avvenuta violazione delle norme antitrust, nel caso dell'economia digitale pone diversi interrogativi e, non è azzardato dire, che ad oggi costituisce un vero e proprio rompicapo per molti studiosi di diritto della concorrenza²³.

Innanzitutto, è bene ricordare che il mercato rilevante si compone di due profili di indagine essenziali: l'analisi del mercato del prodotto rilevante e del mercato geografico rilevante. Mentre il primo rappresenta uno spazio economico che è in grado di ricomprendere beni o servizi che il consumatore ritiene sostituibili in base alle loro caratteristiche, ai prezzi e all'uso cui sono destinati, il secondo attiene all'area geografica nella quale le imprese forniscono o ac-

²⁰ Sulla vicenda *Cambridge Analytica*: cfr. D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *Federalismi*, n. 20, 24 ottobre 2018, disponibile in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37234>, pp. 19-21.

²¹ A tal riguardo si veda: S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Profile Books Ltd, London, trad. it., *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, Roma, 2019, pp. 247-249.

²² M. E. STUCKE-A. EZRACHI, *Competition Overdose*, cit., pp. 206-208; inoltre D. SRINIVASAN, *op. cit.*, p. 49. Sulla definizione tecnica di *cookies*, cfr. A.R. POPOLI, *I cookies e il commercio elettronico: indagine sulla effettiva conoscenza delle problematiche connesse alla privacy*, in *Bocconi Legal Papers*, disponibile in <http://bocconilegalpapers.org>, dicembre 2021, pp. 13-14. L'Autrice spiega che il marcatore è un messaggio di testo memorizzato nel disco rigido dell'utente che viene ritrasmesso dall'*hard disk* al *server* del proprietario della pagina web senza che l'utente abbia dato il suo consenso. Si tratta di un aspetto critico per quel che riguarda le implicazioni in tema di rispetto della *privacy*. Queste stringhe di testo contengono indicazioni che consentono di stabilire cosa l'utente stai cercando o leggendo sul sito, nonostante non ne abbia consapevolezza. In sostanza, i *cookies* sono strumenti di monitoraggio delle azioni degli utenti.

²³ R. ALIMONTI-F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, A. CATRICALÀ- C.E. CAZZATO-F. FIMMANÒ, (a cura di) in *Diritto Antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 101.

quistano i prodotti ed i servizi e nella quale le condizioni di concorrenza risultano sufficientemente omogenee²⁴.

Il giudice della Corte distrettuale ha evidenziato come definire il mercato rilevante non sia affatto ovvio nella vicenda in esame. In primo luogo, sarebbe necessario chiarire che cosa sia esattamente un *personal networking service* e tener presente che, con riguardo all'individuazione del mercato del prodotto nel contesto dell'economia digitale, è estremamente difficile individuare una sufficiente evidenza di sostituibilità fra i diversi servizi di *social networking*, al contrario, invece, di quello che accade per i beni dei mercati tradizionali²⁵.

Orbene, va premesso che, fin dal primo ricorso, la Commissione ricorrente ha sostenuto l'esistenza di un mercato rilevante dei *personal social networking services* (d'ora in avanti *PSN services*) di cui questi ultimi costituiscono il prodotto rilevante. La definizione dei *PSN services* proposta dall'agenzia governativa statunitense pone l'accento su un tratto caratteristico ed esclusivo della piattaforma online: il mantenimento delle relazioni personali e la condivisione di esperienze nel tempo con amici, familiari o altre persone conoscenti o meno, all'interno di uno spazio virtuale comune.

Tale funzionalità trova la sua esemplificazione in tre elementi caratteristici. Innanzitutto, la «*social graph*» che rappresenta una sorta di mappa virtuale che tiene traccia di tutte le connessioni fra gli utenti consentendo all'ecosistema digitale di suggerire ad ogni profilo nuovi amici da aggiungere, mostrare i contenuti online pubblicati sulla *home* dai propri contatti. La società di Menlo Park riesce così a raccogliere informazioni non solo sul singolo iscritto alla piattaforma, ma anche sui suoi amici²⁶. Altro elemento da tenere in considerazione è la presenza nella *home* di Facebook di particolari funzioni come il «*news feed*» ossia il flusso degli aggiornamenti e delle notizie che il *social network* mostra a ciascun utente, ogniqualvolta effettua il *login* di accesso alla piattaforma con lo scopo di favorire l'interazione con i contenuti più rivelanti per l'utente. Infine, le funzioni che rendono immediato e semplice espandere la propria rete dando notizia all'iscritto delle nuove connessioni disponibili con le quali poter interagire²⁷.

Sulla base di tali aspetti chiave la FTC è arrivata a sostenere che il prodotto dei *PSN services* non è sostituibile con altre tipologie di *social media*. Difatti, molte sono le differenze riscontrabili con altre piattaforme *social* che non competono con l'ecosistema indagato per l'attenzione dei suoi utenti²⁸.

²⁴Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in *Gazzetta Ufficiale CE*, 1997, C 372, par. 7-8.

²⁵Cfr. H. HOVENKAMP, *Monopolizing and the Sherman Act*, cit., p. 13.

²⁶Cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, in *Omidyar Network*, available at <https://www.omidyar.com/wp-content/uploads/2020/06/Roadmap-for-an-Antitrust-Case-Against-Facebook.pdf>, May 2020, p.7.

²⁷A ben vedere, non si tratta di una definizione isolata, anzi sembra allinearsi allo stesso Report «*Online platforms and digital advertising market study*» della *Competition and Markets Authority* (in seguito CMA), autorità garante della concorrenza inglese, che alla pari delle indagini e degli studi condotti dalle altre *authorities* antitrust nazionali, mette in evidenza come l'elemento qualificante di tale *social network* sia la facilitazione della comunicazione fra gruppi di amici o persone con cui si sceglie di condividere contenuti. Cfr. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Online platforms and digital advertising market study*, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf, 1 July 2020, pp. 51-54.

²⁸K. WAGNER, *Just How Dominant Is Facebook?, Proving the company is a monopoly will be*

Facebook è un *social network* completamente diverso da LinkedIn, impiegato principalmente per la creazione di una rete di contatti professionali e nella diffusione di contenuti legati principalmente al mercato del lavoro. È diverso da Twitter che, invece, consente agli utenti di tenersi aggiornati su argomenti di loro interesse, da Youtube, Spotify, Netflix, Hulu usati specialmente per la distribuzione e la fruizione passiva di contenuti digitali piuttosto che per la condivisione di essi con la propria rete di amici e familiari²⁹. Ed infine, con TikTok usato con lo scopo primario di visualizzare, creare e condividere video con una platea di utenti sostanzialmente sconosciuti a colui che ha postato i contenuti.

La mancanza di sostituibilità dal lato della domanda dovuta alla constatazione evidente che gli utenti non possono orientarsi facilmente verso altri *social media* perché non troverebbero le medesime funzionalità della piattaforma di Zuckerberg, ha indotto l'agenzia ricorrente a ritenere che i *PNS services* potessero costituire un mercato rilevante a sé stante da quello delle altre piattaforme *social*. L'insostituibilità di Facebook ha consentito all'ecosistema di monopolizzare con facilità il mercato dei *social networks* statunitensi, garantendole il possesso di una quota di posizione dominante superiore al 60%. Si tratterebbe di mere congetture tanto da aver spinto la Corte distrettuale, almeno nella prima pronuncia, a considerarle «*bare allegations*» per insufficienza di prove³⁰.

Al contrario, nella seconda decisione, la Corte distrettuale ha ribaltato completamente le sue considerazioni al riguardo, ritenendo che i nuovi elementi fattuali dedotti a supporto della tesi dell'agenzia, fossero fondati ed avessero dimostrato il mantenimento duraturo di una quota dominante nel mercato dei *personal social networks*.

Sarebbero risultati dirimenti i criteri dai quali la Commissione ricorrente ha desunto le quote di mercato della società. Più nel dettaglio, il tempo trascorso sulla piattaforma *social*, la media di utenti attivi giornalmente e mensilmente su di essa nonché il fatturato derivante dalla pubblicità online considerati insufficienti in un primo momento, sono stati poi rivalutati dalla Corte nella seconda pronuncia, tranne l'ultimo, in ragione degli ulteriori dati fattuali presentati a supporto nel ricorso emendato³¹.

Partendo proprio dall'ultimo fattore, il giudice del Distretto di Columbia non ha considerato la pubblicità online, come un indice fondato di dominanza perché si tratterebbe di un mercato diverso da quello dei *PSN services*.

Questa considerazione non sembra condivisibile in quanto il potere di mercato nell'economia digitale è facilmente traslabile in mercati collegati³². Nel

extremely difficult, in *Bloomberg*, available at <https://www.bloomberg.com/news/newsletters/2021-07-01/just-how-dominant-is-facebook>, July 1, 2021 (ultimo accesso: 22 febbraio 2022).

²⁹Cfr. *Is Facebook a monopolist?*, in *The Economist*, available at <https://www.economist.com/business/2021/07/03/is-facebook-a-monopolist>, July 3, 2021.

³⁰ FTC v. Facebook, Civil Action No. 20-3590 (JEB), p.14.

³¹ È evidente ormai che il diritto della concorrenza trovandosi innanzi a prodotti e servizi offerti «gratuitamente» non può avvalersi della consueta dimensione concorrenziale del prezzo che contraddistingue i test econometrici usati per valutare il grado di sostituibilità dal lato della domanda (ad esempio, il *SSNIP* test in base al quale è possibile ricondurre due prodotti nel medesimo mercato, dimostrando che un dato numero di consumatori acquisterebbe un altro prodotto in caso di un piccolo, ma significativo e non transitorio aumento di prezzo), ma di altri fattori di misurazione, come dati di carattere qualitativo, ad esempio la tutela della *privacy* o dati quantitativo come il tempo trascorso sulla piattaforma. Cfr. R. ALIMONTI-F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, cit., pp. 107-134. A proposito dello *SSNIP* test, cfr. F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 68-69.

³² Cfr. A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2021, p. 407.

caso in esame, è noto che Facebook, come piattaforma a due versanti, connettendo fra loro non solo gruppi di amici, ma altri agenti economici come consumatori ed inserzionisti pubblicitari, è in grado di sfruttare a proprio vantaggio la raccolta di immense quantità di dati per creare inserzioni targhettizzate da vendere alle aziende con cui realizza la maggior parte dei suoi ricavi. Essendo, quindi, il *core business* della piattaforma *social* legato «a doppio filo» con la pubblicità *online*, è evidente che Facebook se ne sia servita per accrescere il potere economico nel mercato dei *social networks*³³. In tal caso, forse si sarebbe dovuto pensare al mercato dei *PSN services* e dell'*advertising* come ad un unico mercato rilevante in grado di ricomprendere entrambi i versanti della piattaforma visto che l'aumento degli utenti incrementa in modo speculare quello delle aziende interessate a pubblicizzare la propria attività sul *social media*.

Gli altri fattori quantitativi sono stati considerati appropriati dalla Corte. Innanzitutto, il tempo speso dagli utenti sul *social network*. Grazie all'analisi del flusso di dati raccolti sulla presenza online degli utenti americani condotta dalla società Comscore, la FTC ha dimostrato che gli utenti trascorrono su Facebook ed Instagram in media al mese circa l'80% del loro tempo di navigazione *online*³⁴. Il giudice Boasberg, pur riconoscendo che i dati considerati non tengono conto dell'uso effettivo dei soli servizi *PSN* perché tracciano il tempo totale trascorso su tutti i servizi offerti online sia che si tratti di servizi *PSN* o non *PSN*, ha comunque ritenuto tale dimensione concorrenziale meritevole di considerazione, soprattutto se letta in combinato disposto con le altre due metriche ossia il numero di utenti attivi giornalmente e mensilmente³⁵. Le percentuali sono talmente elevate da raggiungere soglie superiori al 90% per quanto riguarda l'uso dei servizi al *computer* piuttosto che sui dispositivi mobili³⁶.

L'ultima, ma non meno importante questione, attiene alla dimostrazione dell'esistenza di barriere all'ingresso in grado di salvaguardare le quote di mercato guadagnate dal *social network* che ne rendono duratura la posizione dominante nel mercato di riferimento³⁷.

³³ Cfr. A. BIONDI, *A Google, Facebook e Amazon metà di tutta la pubblicità mondiale*, in *Il Sole 24 Ore*, disponibile in <https://24plus.ilsole24ore.com/art/a-google-facebook-e-amazon-meta-tutta-pubblicita-mondiale-AE33I91>, 11 dicembre 2021, (ultimo accesso: 22 febbraio 2022); inoltre cfr. J. NEWMAN, *In FTC vs Facebook, the Government lost the first round. It could still win the fight*, in *Promarket*, available at <https://promarket.org/2021/07/19/ftc-facebook-lawsuit-dismissed-metrics-market-share/>, July 19, 2021.

³⁴ Nel suo Report, la CMA ha riportato che la combinazione del tempo trascorso su Facebook, Instagram e WhatsApp raggiunge la quota del 75%. Sul punto cfr. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *op. cit.*, p. 337.

³⁵ In tal caso, nella decisione si riporta come esempio del lasso di tempo trascorso online su un servizio non *PSN* sia quello di un utente che è impegnato a guardare un *trailer* di un prossimo film in uscita sulla pagina del sito ufficiale piuttosto che su Facebook o Instagram ossia su servizi *PSN*. Cfr. *FTC v. Facebook*, Civil Action No. 20-3590 (JEB), pp. 18-20.

³⁶ Anche in tal caso, la Corte federale ha superato le riserve che l'avevano in un primo momento portata ad escludere l'utilità dei fattori riguardanti la media degli utenti giornaliera e mensile in quanto non davano alcuna informazione circa l'intensità con cui i servizi *PSN* venivano usati dagli utenti. Difatti, secondo il giudice, nel ricorso emendato la Commissione avrebbe chiarito meglio che le quote del mercato rilevante aumentano se si guarda ai dati sul tempo trascorso online che, in realtà, danno conto dell'intensità di uso dei servizi giornalmente o mensilmente.

³⁷ Cfr. AUSTRALIAN COMPETITION CONSUMER AUTHORITY (ACCC), *Digital Platform Services Inquiry*, available at <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry.pdf>, February 2022, p.28.

Ebbene, la Corte ha ritenuto che tanto gli effetti di rete quanto gli elevati costi di commutazione (cd. *switching costs*) sono stati sufficientemente provati dall'agenzia governativa.

I primi, infatti, sono strettamente legati alla crescita del numero degli utenti che rende la piattaforma enormemente attrattiva per gli inserzionisti, ma anche impossibile da rimpiazzare dal lato della domanda³⁸. Se volesse abbandonare il *social media*, l'iscritto dovrebbe rinunciare alla propria rete di contatti in quanto non sarebbe certamente in grado di interagire con tutti loro su un'altra piattaforma³⁹. Di conseguenza, gli effetti di rete rafforzano la posizione dell'*incumbent* rispetto ai rivali che non riescono ad offrire le medesime funzionalità e, dunque, non sono in grado di rendere dipendenti da essi gli utenti al pari della piattaforma di Zuckerberg.

I secondi sono una diretta conseguenza degli effetti di rete, in quanto sono oneri aggiuntivi (da intendersi quali limitazioni od ostacoli tecnici ed economici) da dover superare, laddove si intendesse passare ad un altro operatore *social*⁴⁰. Nel caso di Facebook, si tratterebbe di rinunciare ai contenuti postati, alle foto, ai commenti ossia a tutto quello che l'utente ha costruito con il continuo uso della piattaforma online. Dunque, l'impossibilità di abbandonare tali vantaggi e la conseguente situazione di dipendenza dal *social network*, imprigionano, di fatto, l'utente all'interno dei servizi offerti da una sola piattaforma (c.d. effetto *lock-in*), ostacolandone anche il *multi-homing*⁴¹.

4. Le condotte anticompetitive di Facebook

Al fine di condannare Facebook per violazione della Sezione 2 dello *Sherman Act*, il giudice Boasberg, una volta accertata, nella seconda pronuncia, l'esistenza di un consolidato potere monopolistico nel mercato rilevante dei *social media* ha dovuto poi verificare l'esistenza di un altro elemento centrale nella valutazione della *monopolization offence*: l'adozione da parte dell'ecosistema digitale di condotte anticompetitive con finalità escludente.

Tali condotte escludenti sarebbero consistite nelle acquisizioni predatorie di Instagram e WhatsApp nonché nell'imposizione ad *apps* terze indipendenti di condizioni anticoncorrenziali tese ad impedire l'accesso alle interfacce di programmazione della piattaforma. Entrambe queste pratiche commerciali nascono con l'unico scopo di eliminare ogni tipo di minaccia competitiva in grado di minare la posizione dominante del *social network*.

³⁸ Cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, cit., pp.15-16.

³⁹ Cfr. C. SLAIMAN, *How Big Data Fuels Big Tech's Anticompetitive Conduct and Gatekeeping Power*, in *Promarket*, available at <https://promarket.org/2021/10/14/data-fuels-big-tech-anti-competitive-conduct-gatekeeping-power/>, October 14, 2021, p.2.

⁴⁰ Cfr. C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 1999, p. 21 ss; P.D. KLEMPERER, *Competition when consumers have switching costs: an overview with application to industrial organization, macroeconomics, and international trade*, in *Rev. Econ. Stud.*, 62, 1995, pp. 518-519.

⁴¹ Quest'ultimo da intendersi come concreta possibilità di utilizzare attivamente una pluralità di piattaforme per ottenere lo stesso servizio, riducendo così i costi di commutazione. Cfr. D. EVANS-R. SCHMALENSEE, *Markets with Two-Sided Platforms*, in *Issues in Competition Law and Policy*, 667, 2008, p. 680.

4.1. Le killer acquisitions: «it is better to buy than compete»

Con riguardo alla prima pratica predatoria, occorre tenere presente il contesto economico in cui il timore di Zuckerberg è maturato perché ciò consente di comprendere quali sarebbero state le ragioni che l'avrebbero spinto ad adottare tali strategie.

Giova ricordare come ormai da anni la piattaforma *social* stia assistendo ad un lento e progressivo abbandono da parte degli utenti. Gli artefici di tale cambiamento sono i più giovani, in quanto tendono a migrare sempre più spesso verso nuove applicazioni, fruibili direttamente da dispositivi mobili, come Shapchat o il più recente TikTok⁴². La diffusione dell'internet *mobile* ha determinato una vera e propria rivoluzione nel modo di comunicare perché ha posto fine all'idea secondo cui si potesse accedere ai contenuti online solo per il tramite dei *computers*, segnando la nascita del consumo «a portata di click»⁴³. Dunque, ben conscio delle conseguenze che avrebbe avuto, Zuckerberg pensò bene di non sottovalutare questa opportunità.

Il *social network*, pur potendo funzionare su dispositivi mobili, era progettato primariamente per operare da *desktop*, a differenza di altre applicazioni, come Instagram e WhatsApp, sviluppate fin da principio per funzionare su *smathphone*, *tablets* e altri *smart devices*. Questa tipologia di *apps*, una volta scaricate, si rendevano subito disponibili agli utenti, monopolizzandone l'interesse.

Per Facebook l'attenzione degli iscritti era ed è essenziale. Ciò che è gratuito, viene pagato con le informazioni e l'attenzione degli utenti che, di conseguenza, attirano un gran numero di inserzionisti cui la società vende spazi pubblicitari⁴⁴. Tuttavia, le applicazioni di *PSN services* come WhatsApp e Instagram, abilissime nell'usare a proprio vantaggio i benefici dell'internet *mobile*, rischiavano di minare il potere economico dell'ecosistema digitale. Da qui, la constatazione della società che bisognava fermare con apposite strategie commerciali i nuovi operatori economici in grado di sfruttare a proprio vantaggio questa tecnologia dirompente⁴⁵.

Nelle parole di Zuckerberg «*it is better to buy than compete*» contenute in un email interna del 2008 viene riassunto in modo esemplificativo quanto la società avrebbe dovuto fare per evitare di veder messa in pericolo la propria posizione di monopolio: neutralizzare l'eventuale concorrenza dei due potenziali futuri concorrenti mediante la loro acquisizione⁴⁶.

Nel contesto dell'economia digitale questo tipo di operazioni economiche, mediante le quali le imprese dominanti vanno ad acquisire piccole *startups*

⁴² In base ad un'inchiesta de The Economist, TikTok avrebbe superato Facebook in termini di numero di utenti attivi mensilmente, mentre avrebbe superato WhatsApp e Instagram in termini di tempo trascorso sull'applicazione. A tal proposito si veda: *TikTok isn't silly. It's serious*, available at <https://www.economist.com/business/2022/01/15/tiktok-isnt-silly-its-serious>, Jan 15, 2022, p. 1.

⁴³ M. CHRISTENSEN-M.E. RAYNOR-R. MCDONALD, *What is Disruptive Innovation?*, gin *Harvard Business Review*, December, 2015, p. 1 ss.

⁴⁴ Per un approfondimento in tema di patrimonializzazione dei dati personali si veda: S. FRANCA, *L'intreccio fra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e normativa in tema di protezione dei dati personali: il caso Facebook approda al Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2, 2021, p. 366 ss.

⁴⁵ T.WU-C. SCOTT HEMPHILL, *Nascent Competitors*, in *U. Pa L. Rev.*, Vol. 168, 2020, pp. 1883-1885.

⁴⁶ *FTC v. Facebook*, Civil Action No. 20-3590 (JEB), p.27.

ideatrici di progetti innovativi allo scopo di bloccarne la crescita e stroncarne sul nascere la potenziale concorrenza, vengono definite «*killer acquisitions*»⁴⁷.

Inizialmente, i timori della società di Menlo Park si rivolsero a Instagram, applicazione dedicata alla condivisione di foto *peer-to-peer* sui dispositivi mobili che rischiava col tempo non solo di trasformarsi in un *social network* simile a Facebook, ma anche di venire acquistata da altre *big tech companies* di rilievo come Google e Apple. Di conseguenza, nel 2012 l'amministratore delegato della piattaforma siglò l'accordo con cui acquistava per un miliardo di dollari la *start-up*. La medesima vicenda si è ripetuta due anni dopo per WhatsApp, applicazione di messaggistica istantanea, non diretta *competitor* del *social media*, ma che con l'aggiunta di ulteriori funzionalità, quali una pagina profilo, una sezione dedicata al *gaming* online ed un proprio *news feed* avrebbe ben potuto competere con la società californiana. Per tale ragione, venne acquistata ed integrata immediatamente nel ecosistema digitale.

L'aspetto che ha consentito alla Corte Federale di considerare anticompetitive le due operazioni riguarda ciò che è accaduto al termine delle acquisizioni. Una volta neutralizzata la minaccia proveniente dalle due *apps*, Zuckerberg ridusse ed annullò tutti gli investimenti destinati allo sviluppo di proprie applicazioni che facessero da contraltare ad Instagram e WhatsApp e, inoltre, limitò la promozione e la visibilità di queste ultime negli Stati Uniti⁴⁸. Vi è di più. Oltre ad una minore innovazione nella creazione di servizi con nuove funzionalità, ad una diminuzione della qualità di quelli esistenti ed a una pubblicità online eccessiva per gli iscritti, il giudice Boasberg rilevava che le acquisizioni *killer* avrebbero anche comportato una diminuzione della *privacy* e della sua conseguente tutela. La *privacy* intesa come parametro qualitativo della concorrenza nel settore digitale fa, dunque, la sua comparsa nella seconda pronuncia, seppur solo in tema di analisi delle concentrazioni⁴⁹.

Se oltreoceano, quando si tratta di giudicare le condotte anticoncorrenziali delle *big tech companies*, tale indicatore costituisce una novità per il diritto antitrust americano la questione non è, invece, affatto sconosciuta al diritto della concorrenza comunitario⁵⁰.

In Europa, l'analisi delle concentrazioni ha avuto già modo di confrontarsi con dimensioni concorrenziali ulteriori rispetto al prezzo. In mercati *zero-price*

⁴⁷ Cfr. C. CUNNINGHAM- F. EDERER-S. MA, *Killer Acquisitions*, in *Journal of Political Economy*, Vol. 129, No. 3, available at <file:///C:/Users/HP/Dropbox/PC/Downloads/SSRN-id3241707.pdf>, March 2021, pp. 1 ss; inoltre cfr. OECD, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note*, available at <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>, June 10-12, 2020, pp. 10-11.

⁴⁸ FTC v. Facebook, Civil Action No. 20-3590 (JEB), p.30.

⁴⁹ Come si è già avuto modo di dire la degradazione della *privacy* da parte di Facebook è stata proposta nel ricorso emendato dalla FTC come indice da cui desumere l'esistenza del potere monopolistico, ma il giudice Boasberg non ha tenuto conto di tale aspetto nell'accertamento del monopolio, avendo deciso di attenersi solo ai criteri proposti dalla Commissione federale per la deduzione della posizione di dominanza della *big tech* nel mercato dei *social media*. Sul valore della *privacy* come componente qualitativa della concorrenza si veda anche: M. WASASTJERNA, *Competition, Data and Privacy in the digital economy. Toward a privacy dimension in Competition Law*, Wolker Kluwer International B.V., Alphen aan den Rijn, 2020, p. 161 ss.

⁵⁰ Mentre diversi studiosi americani hanno già sollevato la questione, nel caso delle Corte Federali costituisce una novità, seppur tale aspetto è stato già trattato nel Report «*Investigation of Competition in digital Markets del Subcommittee on Antitrust, Commercial and administrative law of the Committee on the Judiciary*», sul punto cfr. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Investigation of Competition in digital Markets*, Report, 6 ottobre 2020, pp. 51-52.

come quelli digitali, la qualità può essere accertata tenendo conto della protezione dei dati degli utenti da parte delle piattaforme a due versanti. Dopo le cautele iniziali mostrate nella concentrazione *Facebook/WhatsApp* nel 2014 circa la degradazione della *privacy* come elemento da cui desumere una distorsione della concorrenza effettiva ed il conseguente danno per il benessere dei consumatori, a distanza di due anni, la Commissione ha cambiato completamente orientamento. Nel caso *Microsoft/LinkedIn* si è sostenuto che la *privacy* fosse un importante parametro della concorrenza e che un'eventuale concentrazione con imprese concorrenti – in grado di offrire un livello di *privacy* maggiore rispetto a quella della società acquirente – poteva avere, senz'altro, un effetto escludente con conseguente pregiudizio per la pressione competitiva ed i consumatori⁵¹.

Lo stesso può dirsi nel caso di Facebook. La Corte del Distretto di Columbia tende ad avvalorare il ragionamento controfattuale della FTC secondo cui, a seguito delle due acquisizioni, i consumatori sarebbero stati privati, nel caso di Instagram della possibilità di scegliere un *provider* di *personal social networking* alternativo a Facebook, mentre nel caso di WhatsApp, della possibilità di avvalersi di un'applicazione che, fin dalla sua prima comparsa nel mercato online, aveva considerato fondamentale sia la protezione della *privacy* dei propri utenti sia la totale esclusione della pubblicità dalla propria piattaforma di messaggistica istantanea⁵². Come è noto, Facebook non pone al centro della sua attività di business, il rispetto della *privacy* dei suoi utenti e ben che meno esclude l'*advertising* dalla *social graph*, in quanto sua quasi esclusiva fonte di profitto.

Del primo aspetto, se ne è avuta riprova con il caso *Cambridge Analytica* che, da un lato ha messo in luce come la protezione dei dati personali non sia una priorità per il *social media*, dall'altro, ha fatto emergere una maggiore consapevolezza negli utenti circa l'uso delle proprie informazioni personali da parte della piattaforma.

Il secondo aspetto trova conferma nel legame fra la piattaforma e la pubblicità comportamentale che mostra al consumatore, in base alle sue preferenze, esattamente quanto avrebbe necessità di acquistare, benché ciò sia frutto di una sapiente manipolazione attuata mediante strumenti di profilazione automatizzata⁵³. L'utilizzo a fini pubblicitari delle informazioni dell'utente, se estrapolate senza il suo consenso, comporta una violazione della *privacy* e, dunque, il pregiudizio di un dato prettamente qualitativo⁵⁴.

È interessante comprendere perché, nonostante la degradazione della pro-

⁵¹ AGCM, AGCOM, Garante Privacy, *Indagine conoscitiva sui Big data*, disponibile a www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf, 10 febbraio 2020, pp.81-82.

⁵² Cfr. FTC, *Complaint for injunctive and other equitable relief*, Civil Action No. 20-3590, pp. 31-38; inoltre sempre in tal senso cfr. FTC, *First amended complaint for injunctive and other equitable relief*, cit., pp. 34-41; Sul *business model* di WhatsApp prima dell'acquisizione cfr. S. BHATTACHARYA-M.C. BUITEN, *Privacy as a competition law concern? Lessons from Facebook/Whatsapp*, in M. FAURE-L. VISSCHER-W. SCHREUDERS (eds.), *Essays in Law and Economics in Honor of Roger Van den Bergh*, Intersentia, Cambridge, UK, 2018, p. 116.

⁵³ M. GROCHOWSKI-A. JABLONOWSKA-F. LAGIOLA-G. SARTOR, *Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises*, in CLS, Vol. 8, n. 1, 2021, pp. 46-47.

⁵⁴ Cfr. Subcommittee on Antitrust, Commercial and administrative law of the Committee on the Judiciary, cit., pp. 54-55; inoltre sulla medesima questione cfr. M.E. STUCKE, *Why isn't the FTC tackling Facebook's Data-opoly?*, in Promarket, available at <https://promarket.org/2021/01/05/ftc-lawsuit-facebook-data-opoly-privacy/>, January 5, 2021, p.2 ss.

tezione dei dati personali, il potere monopolistico di Facebook sia cresciuto nel tempo. Si potrebbe pensare che sia dovuto ad una scarsa consapevolezza dell'utente circa l'importanza della protezione della *privacy*, ma non è questa la spiegazione. Difatti, anche quelli che sono piuttosto preoccupati per la sorte dei propri dati, scelgono comunque di acconsentire al monitoraggio degli stessi, pur di non perdere i vantaggi che i servizi digitali sono in grado di offrire. Tale fenomeno noto come *privacy paradox* si fonda sull'evidente discrepanza fra quello che il consumatore considera razionalmente giusto e le scelte di consumo che poi compie in concreto⁵⁵. Emerge come impellente il bisogno di tutelare la propria *privacy*, ma poi all'atto pratico si decide di fruire di un determinato servizio, nonostante si sia ben consapevoli del livello minimo di protezione cui i propri dati verrebbero esposti. Tale scollamento fra ragionamento e atto pratico, sfruttato con abilità da Facebook per raggiungere il monopolio, costituisce la dimostrazione eloquente della necessità da parte dei regolatori di tener conto della qualità dell'esperienza online, quando si tratta di accertare il *market power* delle società del digitale. La denegata tutela della *privacy* può ben costituire una prova dell'aumento del potere di mercato che priva gli utenti dei benefici di cui godrebbero in termini di protezione dei dati personali, se una determinata concentrazione non avesse avuto luogo⁵⁶.

Di certo, nel momento in cui la Corte del Distretto di Columbia ha riconosciuto che le acquisizioni *killer* avrebbero minato il processo competitivo e danneggiato i consumatori ha, senz'altro, dato alla *privacy* la *chance* di essere considerata un parametro della concorrenza sostitutivo, in mercati *zero-free*, del criterio del prezzo. Quando è quest'ultimo il termine di riferimento, le autorità della concorrenza tendono a considerare come unica equazione valida, nell'accertamento dell'efficienza del mercato e del benessere dei consumatori, quella che associa a prezzi bassi una elevata qualità del prodotto. Nei mercati *data-driven*, sono i dati ad assumere valore patrimoniale. Pertanto, l'equazione precedente non può tradursi come: minor numero di dati, migliore qualità del servizio. È lo stesso modello di business delle piattaforme online che ribalta la formula perché per i *big tech* è il maggior numero di dati che consente di prestare servizi ed offrire prodotti digitali maggiormente performanti ed efficienti. Solo in questo modo, quindi, si è in grado di accrescere il livello qualitativo del prodotto.

In realtà, l'argomento secondo cui maggior numero di dati comporterebbe una maggiore qualità del prodotto digitale viene usato dai *tech giants* per discolarsi da un uso quanto mai efferato dei dati, ma ci sarebbe da capire se questa è davvero la realtà dei fatti. Difatti, molte indagini delle autorità della concorrenza hanno evidenziato che le piattaforme online sono in grado di raccogliere, mediante *cookies* e *apps* di terze parti, anche dati di cui non avrebbero bisogno per l'offerta di un dato servizio⁵⁷. In tal senso, si rileva fondamentale,

⁵⁵ Cfr. P.A. NORBERG-D.R. HORNE-D.A. HORNE, *The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviours*, in *J. Consum. Aff.*, Vol. 41, no. 1, 2007, p. 1 ss.; inoltre, A. EZRACHI-V.H.S.E. ROBERTSON, *Competition, market power and third-party tracking*, in *World Compet.*, Vol. 42, no. 1, March 2019, pp. 8-9. Per verificare l'influenza della tutela della *privacy* sulle scelte dei consumatori cfr. I. ADJERID-E. PEER-A. ACQUISTI, *Beyond the privacy paradox: objective versus relative risk in privacy decision making*, in *MIS Quarterly*, Vol. 42, n.2, June 2018, p. 8.

⁵⁶ J. C. COOPER-J. M. YUN, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁷ Sul rapporto fra dati e qualità del prodotto cfr. J.C. COOPER-J.M. YUN, *op. cit.*, p. 18 ss.; in tema di indagini che hanno portato alla luce come la raccolta dei dati degli iscritti in Facebook

almeno nel contesto europeo, il principio di limitazione della finalità nel trattamento dei dati enunciato all'articolo 5, par. 4, lett. b) del Regolamento UE 679/2016 (in seguito, GDPR) per cui possono essere raccolti dati solo «per finalità determinate, esplicite e legittime» ed il principio di minimizzazione di cui alla lett. c) della medesima disposizione, a mente del quale non è legittimo raccogliere una quantità eccessiva di dati che, invece, devono essere «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati». Nell'ambito statunitense per ora non è stata ancora deliberata una legge federale in materia di *privacy* in grado di enunciare principi simili, esistono piuttosto leggi nazionali di carattere settoriale come il *California Consumer Privacy Act* (CCPA) entrato in vigore nel 2020⁵⁸. Tuttavia, l'approccio dell'autorità americane sta lentamente cambiando, come dimostrano anche le dichiarazioni di uno dei cinque commissari della FTC Rebecca Slaughter, la quale, in accordo con quanto dichiarato da Lina Khan, ha evidenziato come nei mercati digitali la relazione virtuosa fra antitrust e *privacy* sia oramai auspicabile tenendo conto del fatto che la degradazione della protezione dei dati personali costituisce la condizione in base alla quale le grandi piattaforme online sono in grado di raccogliere enormi quantità di informazioni ed accrescere così il proprio potere di mercato⁵⁹. Secondo gli studiosi Cooper e Yun, se i dati sono il prezzo che paghiamo per ricevere un servizio efficiente, il potere di mercato cresce proprio nel momento in cui si abbassano, in modo significativo, i livelli di tutela della *privacy*⁶⁰.

Ritornando al caso in esame, dunque, il giudice della Corte Federale ha ravvisato nell'analisi delle due concentrazioni il tentativo della società di Menlo Park di perseguire la dominanza sul mercato dei *social network* acquisendo due possibili futuri concorrenti piuttosto che investire nell'ulteriore miglioramento dei suoi servizi. In questa maniera, non solo si è ridotto il grado di innovazione, ma si è anche abbassato il livello della qualità del servizio, su *privacy* e protezione dei dati, a discapito del processo competitivo e dei consumatori, obbligati, in mancanza di scelta, ad usufruire di prodotti e servizi mediocri.

passi non solo per WhatsApp e Instagram, ma anche per siti terzi attraverso l'uso di *pixel* e *plug-in* si tenga conto della decisione con cui nel 2019 il *Bkart* ha sanzionato Facebook per violazione di posizione dominante. L'abuso sarebbe consistito nel aver imposto condizioni contrattuali unilaterali relative all'uso dei dati personali in aperto contrasto con il GDPR. Sul punto, cfr. F. LAVIOLA, *Diritti fondamentali ed efficienza economica nel mercato digitale: tra protezione dei dati personali e tutela della concorrenza*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2021, pp. 201-203.

⁵⁸ Si consideri che al momento è disponibile solo una bozza di legge in materia di *privacy* ossia l'*American Data Privacy and Protection Act* (ADPPA), la quale se venisse approvata costituirebbe la prima legge *privacy* federale di cui si doterebbero gli Stati Uniti.

⁵⁹ Cfr. K. KAYE, *Don't lie: FTC Commissioner Rebecca Slaughter on why today's data privacy approaches don't work*, in *Digiday*, available at <https://digiday.com/media/dont-lie-a-qa-with-ftc-commissioner-rebecca-slaughter-on-why-todays-data-privacy-approaches-dont-work>, July 7, 2021, p. 1 ss. Si tenga presente che le parole della Commissaria, sono state confermate dalla Presidente della FTC Lina Khan, la quale ha recentemente annunciato che la FTC starebbe lavorando, in virtù di quanto previsto alla Sezione 18 FTC Act, ad un'apposita regolamentazione in tema di *privacy*, in tal senso cfr. J. DUBALL, *FTC Chair Lina Khan opens up on tech enforcement*, in *IAPP*, available at <https://iapp.org/news/a/ftcs-khan-opens-up-on-tech-enforcement/>, January 19, 2022.

⁶⁰ Cfr. J.C. Cooper-J.M. Yun, *Antitrust & Privacy: it's complicated*, in *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, no .21-14, June 2021, p. 3; in senso conforme cfr. M.E. Stucke, *Should we be concerned about data-opolies?*, in *Georgetown Law J*, Vol. 2, 2018, p. 286.

4.2. Il diniego di accesso alle APIs come pregiudizio della pressione competitiva

La seconda condotta escludente che avrebbe consentito a Facebook di rafforzare il monopolio nel mercato dei *social network* sarebbe consistita nell'imposizione ad *apps* terze indipendenti di restrizioni contrattuali mediante cui sarebbe stato revocato l'accesso alle APIs della società a quegli sviluppatori che divenissero suoi diretti rivali o promuovessero i suoi diretti *competitors*.

In considerazione di tali comportamenti, la FTC aveva ritenuto di dover chiedere, ai sensi della Sezione 13 (b) *FTC Act*, la cessione di Instagram e WhatsApp, ma la richiesta è stata nuovamente respinta nella seconda pronuncia. Si badi bene, non perché gli elementi probatori prodotti a supporto non avrebbero provato a sufficienza la violazione della Sezione 2 dello *Sherman Act*, bensì perché la Sezione 13 (b) *FTC Act* richiede per l'emissione dell'ordine ingiuntivo che la condotta illecita sia contestuale alla sua contestazione. Nel caso di specie, il giudice distrettuale ha dovuto, invece, constatare come le condizioni anticoncorrenziali sarebbero riferibili al 2013 e, dunque, non più previste all'atto di presentazione della richiesta di cessione delle attività avanzata dalla FTC.

Al di là delle questioni processuali, è interessante comprendere le motivazioni per cui tale comportamento sarebbe da ritenersi anticompetitivo.

È bene, innanzitutto, chiarire cosa siano le APIs, come la loro interoperabilità possa giocare un ruolo centrale nel contrasto alla concentrazione del potere di mercato del *social network* e, infine, come la società californiana le abbia usate per conseguire un vantaggio competitivo illegale sui rivali.

Le APIs acronimo di *Application Programming Interfaces* sono, come ben esplicitato dal nome, interfacce di programmazione che consentono l'accesso ad un determinato *software* o *hardware*, mediante le quali vengono stabilite le loro condizioni di utilizzo⁶¹. Si sta, dunque, parlando di protocolli e procedure standardizzate che definiscono le modalità con cui le applicazioni sono in grado di «dialogare» fra loro⁶². Difatti, l'interazione si traduce, poi in concreto, in un flusso costante di dati messi a disposizione degli sviluppatori dall'impresa terza che li detiene. Tale sistema di condivisione dei dati rende le interfacce di programmazioni interoperabili fra loro.

L'interoperabilità non è un concetto nuovo per il mercato. In passato, è stato considerato uno strumento per arginare il potere monopolistico che la società statunitense AT&T deteneva nel settore della comunicazione. I vantaggi dell'interoperabilità si sono palesati con la diffusione della posta elettronica, quando si è reso possibile lo scambio di email fra *provider* diversi, ad esempio da Gmail di proprietà di Google a Outlook di proprietà di Microsoft e viceversa⁶³.

Secondo la definizione offerta dalla Commissione Europea nel 2016, l'inte-

⁶¹ Cfr. I. BROWN, *The technical components of interoperability as a tool for competition regulation*, in *OpenForum Academy*, available at <https://openforumeurope.org/publications/ofa-research-paper-the-technical-components-of-interoperability-as-a-tool-for-competition-regulation/>, November 2020, p.5. In tal senso, cfr. ARTICLE 29 WP, *Guidelines on the right to data portability*, 16/EN, WP 2042, rev.01, available at [C:/Users/HP/Dropbox/PC/Downloads/wp242_rev_01_en_D8A6FCF6-9039-846A-0C8040819826D818_44099.pdf](C:/Users/HP/Dropbox/PC/Downloads/wp242_rev_01_en_D8A6FCF6-9039-846A-0C8040819826D818_44099.pdf), p.15.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ F. SCOTT MORTON-M. KADES, *Interoperability As a Competition Remedy for Digital Networks*, available at <file:///C:/Users/HP/Dropbox/PC/Downloads/092320-WP-Interoperability-as-a-competition-remedy-for-digital-networks-Kades-and-Scott-Morton.pdf>, September 2020, pp. 11-14.

roperabilità va intesa come «la capacità di sistemi di informazione di scambiare dati e di consentire la condivisione delle informazioni», purché sia riconosciuto il diritto alla portabilità dei dati, così come introdotto nel contesto comunitario dall'articolo 20 del GDPR⁶⁴. Difatti, la suddetta disposizione al comma 2 riconosce ai titolari dei dati personali il diritto a richiedere il trasferimento diretto di questi ultimi dall'attuale responsabile del trattamento ad un altro, a patto che ciò sia «tecnicamente possibile». Il Considerando 28 del GDPR chiarisce che questo inciso «tecnicamente possibile» si rivolge ai responsabili del trattamento invitandoli, in sostanza, a trasmettere i dati mediante formati interoperabili. Da ciò si evince che, seppur nella loro diversità, interoperabilità e portabilità risultano collegate fra loro⁶⁵. L'interoperabilità dei formati realizza concretamente a livello tecnico il diritto alla portabilità che, di conseguenza, incoraggia l'attuazione della prima⁶⁶. Tale aspetto assume un valore importante nel contesto dell'economia di piattaforma. Difatti, consentire l'accesso e la condivisione dei dati raccolti nei server delle società digitali agli sviluppatori delle *apps* terze potrebbe valere come deterrente delle condotte anticoncorrenziali.

Come si è già avuto modo di dire, se la capacità di raccogliere e processare immense quantità di dati consente ai giganti della rete di guadagnare un vantaggio competitivo illegale sui concorrenti, è chiaro che essi non abbiano interesse a condividere questo *asset* strategico perché vitale per la sopravvivenza del proprio modello di *business*. La disponibilità dei *Big Data*, dunque, contribuisce, insieme alle esternalità di rete, a rafforzare le barriere all'ingresso dei mercati *data-driven*⁶⁷. Pertanto, facilitare l'accesso a specifici *data-set* mediante APIs aperte e standardizzate potrebbe risolvere alla radice il problema dell'elevato grado di concentrazione del potere di mercato in mano ai conglomerati digitali.

Per la concorrenza e la tutela dei consumatori, l'accesso costante al flusso di informazioni garantito dalle interfacce interoperabili sarebbe provvidenziale, mentre per le *big tech companies* lo sarebbe certamente di meno e finirebbe per minacciare la crescita del modello di *business data-driven*.

L'utilizzo dell'interoperabilità delle interfacce di programmazione come strumento per salvaguardare il processo competitivo pare emergere chiaramente nella vicenda che vede confrontarsi la FTC e la piattaforma *social*. La Corte distrettuale ha rilevato che nel 2007 durante la prima fase di espansione del mercato del *social network*, Mark Zuckerberg si avvantaggiò di tali sistemi di condivisione dei dati e ne incoraggiò l'interoperabilità⁶⁸. Le APIs di Facebook consentivano agli sviluppatori di *apps* terze di accedere ad informazioni fondamentali per aumentare il numero degli utenti interessati alle loro applicazioni. Nel ricorso della Commissione federale e nella prima pronuncia viene evidenziato come l'API «*Find Friends*» di Facebook, consentiva di perseguire tale risultato. Grazie

⁶⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione su sistemi d'informazione più solidi e intelligenti per le frontiere e la sicurezza*, COM(2016) 205 final, 2 aprile 2016, p. 15.

⁶⁵ O. BORGOGNO, *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.*, in *Il Diritto Dell'informazione e Dell'informatica*, n.3, 2019, p.694.

⁶⁶ P. DE HERT-V. PAPAKONSTANTINO-G. MALGIERI-L. BESLAY-I. Sanchez, *The Right to Data Portability in the GDPR: towards User-Centric Interoperability of Digital Services*, in *CLSR*, Vol. 34, no. 2, April 2018, pp. 194-197.

⁶⁷ AGCM, AGCOM, GARANTE PRIVACY, *op. cit.*, pp. 70-71.

⁶⁸ FTC v. Facebook, Civil Action No. 20-3590 (JEB) June 28, 2021, p.11.

all'utilizzo di questa interfaccia, gli utenti delle *apps* terze erano in grado di sapere chi fra i propri amici non aveva scaricato l'applicazione *social* e, di conseguenza, potevano invitarli a farlo. L'API «*Open Graph*», invece, permetteva l'integrazione dei *social plug-ins* all'interno delle *apps* terze. I segnali sociali sono tecnicamente stringhe di codice come il noto pulsante «*Like*» che, una volta cliccato, consente all'utente di consigliare contenuti al di fuori del *social network* che vengono visualizzati direttamente nella *home* dei propri amici o conoscenti. Si tratta di uno strumento di tracciamento come i *cookies* che ha permesso alla società di Menlo Park di condividere con gli sviluppatori milioni di dati sugli iscritti e di monitorare le azioni degli utenti, anche al di fuori della piattaforma⁶⁹. In questo modo, si favorisce il web *adversting* perché i *banners* pubblicitari vengono costruiti sulle preferenze degli utenti, per ricavarne profitti in prima battuta dagli inserzionisti e poi in seconda anche dagli editori delle pagine web che hanno così interesse ad integrare al loro interno il *plug-in*⁷⁰.

In un primo momento, il rapporto è sembrato vantaggioso per entrambe le parti. Da un lato le *apps* terze indipendenti erano in grado di aumentare la qualità dell'esperienza online offerta agli utenti attraverso le funzioni che la piattaforma digitale era in grado di offrire e il numero elevato di iscritti, dall'altro Facebook mostrava di accogliere favorevolmente tale interscambio visto che avrebbe reso il *social network* attrattivo per gli sviluppatori delle applicazioni indipendenti e coinvolgente per gli utenti⁷¹.

Il problema è subentrato quando l'ecosistema digitale si è reso conto che l'opportunità concessa alle *apps* terze gli si sarebbe ritorta contro nel momento in cui queste ultime avrebbero potuto fargli concorrenza o supportare altre piattaforme *social*, sue rivali. Zuckerberg corse così ai ripari, trasformando le APIs in «armi» anticompetitive⁷². Nel 2011 venne cambiata la *policy* aziendale e si consentì l'accesso alle interfacce di programmazione esclusivamente a quegli sviluppatori che si obbligavano a non competere con la piattaforma ed a non promuovere eventuali *competitors*⁷³. La finalità era chiara: impedire condotte in grado di costituire un'insidia per il monopolio del conglomerato.

Come correttamente rilevato dal giudice della Corte Federale, la prima delle due restrizioni contrattuali ha interessato direttamente Path, un'applicazione nata da un'idea piuttosto innovativa: raccogliere in un *network* ristretto solo contatti con i quali si condivideva qualcosa nella vita reale. Facebook, dopo averne favorito l'uso, esclude l'applicazione dalle proprie APIs, in quanto comprese che avrebbe potuto, nel giro di poco tempo, diventare un'alternativa per tutti quegli utenti, sensibili al tema della *privacy*, che ben avrebbero potuto interessarsi alla creazione di un *social network*, per così dire, privato.

⁶⁹ Cfr. M.E. STUCKE-A. EZRACHI, *Competition Overdose*, cit. pp. 206-207.

⁷⁰ D. SRINIVASAN, *op. cit.*, p.63. Nella prima pronuncia, il giudice distrettuale riporta come esempio il caso del *WhashingtonPost.com* che aveva integrato all'interno del suo sito web il *plug-in* «*Like*». Sul punto cfr. *FTC v. Facebook*, Civil Action No. 20-3590 (JEB) June 28, 2021, p.12.

⁷¹ Cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, cit., p. 24. Si tenga presente che la necessità di raggiungere una massa critica di utenti è essenziale per la sopravvivenza delle piattaforme digitali ed il fenomeno che consente il raggiungimento di tale massa è strettamente legato agli effetti di rete indiretti che contraddistinguono il modello di *business* dei conglomerati digitali. A tal proposito, si parla di c.d. effetto *ping-pong* proprio perché l'aumento degli utenti in un versante comporta automaticamente la crescita degli utenti dell'altro versante della piattaforma, cfr. BUNDESKARTELLAMT, *Market power of platforms and*, Working paper, Ref. B6-113/15, June 2016, p.9.

⁷² Cfr. *FTC, First amended complaint for injunctive and other equitable relief*, cit., p.4.

⁷³ *FTC v. Facebook*, Civil Action No. 20-3590 (JEB) June 28, 2021, p.13.

La seconda, invece, ha riguardato Vine, *app* con la quale gli utenti potevano lanciare video brevi, al massimo di sei secondi da condividere con altri utenti che avevano scaricato l'applicazione anche su Facebook mediante la sua interfaccia di programmazione «*Find Friends*». Una possibilità che venne a mancare quando Vine venne acquistata da Twitter, diretto rivale del *social network*. Zuckerberg ordinò che si rendesse impossibile scaricare sulla propria piattaforma i video creati per mezzo dell'*app*. Si comportò allo stesso modo anche con applicazioni di messaggistica istantanea che, di fatto, replicavano un prodotto digitale centrale per il modello di *business* della piattaforma⁷⁴.

Come è evidente, le suddette condotte escludenti non solo hanno contribuito ad accrescere il potere monopolistico della società, ma hanno anche costituito la premessa per rendere Facebook, un enorme *walled garden* ovvero un ecosistema digitale chiuso, non raggiungibile esternamente da servizi terzi ed in cui è la piattaforma ad avere il pieno controllo sia degli utenti sia della loro esperienza online⁷⁵. In effetti, grazie alle informazioni raccolte, il *social network* conosce perfettamente i contenuti che coinvolgono ciascuno degli iscritti, tanto da riuscire ad indirizzarne la condotta perché gli algoritmi mostrano esattamente ciò che li coinvolge e può soddisfare le loro aspettative. Come è stato attentamente riscontrato, Facebook crea nell'utente solo l'impressione che stia agendo liberamente ed in base ai propri interessi, mentre in realtà lo spinge nella direzione che la piattaforma ha scelto per lui, senza che ne abbia la consapevolezza e solo per effetto dei dati in suo possesso⁷⁶.

Liberare dall'effetto *lock-in* i consumatori, mitigare gli effetti di rete indiretti che ostacolano il *multi-homing* ed impediscono l'accesso dei nuovi entranti, oggi è possibile. Difatti, alcuni studiosi hanno rilevato che non occorre arrivare alla drastica misura del *break-up* delle società digitali, piuttosto basterebbe garantire l'interoperabilità dei servizi mediante l'adozione di protocolli standardizzati che consentano alle piattaforme digitali di comunicare fra loro⁷⁷.

Sulla base di tali considerazioni, la soluzione dello scorporo proposta dalla FTC per «spezzare» il monopolio di Facebook potrebbe rilevarsi la meno opportuna in quanto non si ha la certezza che, a seguito della cessione di Instagram e WhatsApp, sia possibile ripristinare la concorrenza perduta per effetto dell'elevato grado di concentrazione nel mercato dei *social network*. Difatti, le attività cedute potrebbero non assicurare lo stesso livello di qualità del servizio che sarebbe stato possibile garantire in precedenza e, inoltre, un eventuale *break-up* non potrebbe impedire ad una delle attività cedute di accrescere il proprio potere economico col tempo; finendo, anche in tal caso, per monopolizzare il mercato di riferimento⁷⁸.

Al contrario, potrebbe rivelarsi opportuna l'idea secondo cui occorrerebbe ricorrere all'interoperabilità come strumento normativo in grado di regolamen-

⁷⁴ Cfr. L. KHAN, *The separation of platforms and commerce*, in *Colum. L. Rev.*, Vol. 119, no. 4, May 2019, pp. 1001-1002. Sull'applicazione Vine cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, cit., p.24.

⁷⁵ Cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, cit., p. 18.

⁷⁶ Cfr. F. FOER, *How technology is making our minds redundant*, in *The Guardian*, September 19, 2017.

⁷⁷ Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust Interoperability Remedies*, in *U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper*, no. 22-14, 2022, p. 12.

⁷⁸ Cfr. F. SCOTT MORTON-M. KADES, *Interoperability as a Competition Remedy for Digital Networks*, cit., p. 11.

tare l'economia di piattaforma. Ebbene, per renderla effettiva nel mercato *data-driven* sarebbe necessario progettare interfacce di programmazione aperte e standardizzate mediante le quali sia possibile lo scambio di contenuti digitali. Ad esempio, si potrebbero adottare protocolli comuni che consentano all'*app* WhatsApp di dialogare col *server* Telegram (altra applicazione di messaggistica istantanea rivale della prima) e viceversa, allo stesso modo in cui avviene per i servizi di messaggistica telefonica.

Per quel che concerne il mercato dei *social network*, si è pensato alla possibilità di concepire delle APIs in grado di trasmettere e ricevere contenuti postati su una piattaforma *social* ad un'altra⁷⁹. Dunque, se si riuscissero ad ideare infrastrutture digitali in grado di consentire la condivisione dei contenuti in modo effettivamente trasversale, si arriverebbe a superare il problema legato all'impossibilità di *multi-homing* che imbriglia gli utenti all'interno del *walled garden* e degli effetti di rete che, in sostanza, non consentono ai nuovi entranti di competere con gli *incumbents*.

In concreto, l'utente iscritto a Facebook sarebbe realmente libero di lasciare il *social network* in presenza di piattaforme concorrenti in grado di offrire anche servizi migliori, specialmente in termini di tutela della *privacy*. Se decidesse di passare ad un servizio concorrente, l'utente non perderebbe più la possibilità di restare in contatto con gli amici di Facebook, perché grazie all'interoperabilità fra piattaforme sarebbe in grado di comunicare tra *network* diversi, condividendo i contenuti a prescindere dalla piattaforma di partenza⁸⁰.

L'adozione del principio di interoperabilità pare, dunque, una soluzione preferibile proprio per gli effetti procompetitivi che è in grado di generare nei mercati digitali. In tal senso, si sta muovendo non solo il Legislatore d'oltreoceano, ma anche la Commissione Europea. Negli Stati Uniti, infatti, sono state presentate il giorno 11 giugno 2021 due proposte di legge antitrust «*ACCESS Act*» e «*American Choice Innovation Online Act*» volte entrambe a garantire l'interoperabilità all'interno delle piattaforme digitali e fra di esse. In particolare, la prima proposta prevede alle Sezioni 3 e 4 di imporre alle *big tech companies* di avere interfacce di programmazione in grado di favorire la portabilità dei dati e l'interoperabilità fra le piattaforme in modo tale che gli utenti riescano facilmente a trasferire i propri dati da una piattaforma all'altra in un formato che sia leggibile e comprensibile⁸¹. In Europa, è stato raggiunto l'accordo fra il Parlamento UE ed il Consiglio circa la prossima adozione della proposta di Regolamento UE «*Digital Markets Act*» (DMA) che, nella versione recentemente emendata dell'articolo 6, par. 1, *lett.fa*) e *lett.fb*), impone ai *gatekeepers* della messaggistica istantanea e dei servizi di *social network*, l'interoperabilità con i servizi concorrenti⁸².

Con le proposte di legge antitrust e la proposta di Regolamento Europeo

⁷⁹ F.M. SCOTT MORTON *et al.*, *Equitable Interoperability: The 'Super Tool' of Digital Platform Governance*, in *Discussion Paper*, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3923602, no. 4, 2021, p. 12.

⁸⁰ I. BROWN, *Interoperability as a Tool for Competition Regulation*, in *OpenForum Academy*, available at https://openforumeurope.org/wp-content/uploads/2020/11/Ian_Brown_Interoperability_for_competition_regulation.pdf, November 2020, p. 9.

⁸¹ Cfr. A. LICASTRO, *Platform Economy: sei proposte di legge antitrust per fermare lo strapotere dei Big Tech*, in *Blog Orizzonti del diritto pubblico*, disponibile in <https://orizzontideldirittopub.com/2021/07/12/platform-economy-sei-proposte-di-legge-antitrust-per-fermare-lo-strapotere-dei-big-tech/>, 12 luglio 2021.

⁸² Cfr. I. BROWN, *Interoperability in one minute*, in *Data protection and digital competition*, available at *Interoperability in one minute – Data protection and digital competition (ian-brown.tech)*, February 24, 2022.

l'interoperabilità finisce, dunque, per divenire uno strumento procompetitivo da preferire rispetto alla cessione delle attività perché in grado di spingere il mercato digitale verso una maggiore contendibilità ed assicurare agli utenti maggiore libertà di scelta.

5. Note conclusive e possibili scenari futuri

Le riflessioni precedenti sulla vicenda in commento mostrano in maniera chiara ed evidente come l'economia digitale non possa essere regolata dai legislatori e dalle autorità della concorrenza mediante l'uso delle categorie giuridiche che il diritto antitrust ha previsto per i mercati tradizionali⁸³.

È evidente che al momento non si possano fare prognostici circa l'esito del procedimento, ma ciò che ne è emerso sin d'ora, mette in luce come il giudice Boasberg abbia «le mani legate» perché, pur volendo condannare le condotte illecite del colosso del web, pare non abbia strumenti normativi appropriati a sanzionarle⁸⁴.

Di certo, la vicenda si rileva particolarmente interessante soprattutto sotto il profilo del corretto accertamento dell'esistenza del potere monopolistico di Facebook. Nella prima pronuncia, la Corte distrettuale non è stata in grado di sanzionare il *monopoly power* della società visto che, considerate le peculiarità dell'economia digitale, non poteva che rivelarsi fallimentare accertarne l'esistenza con i criteri tradizionalmente usati per verificare il livello di efficienza del mercato, quali il prezzo ed il volume. Se ne è avuta chiara esemplificazione quando il giudice Boasberg ha ritenuto che il possesso del 60% delle quote di mercato da parte dell'ecosistema non valesse a provare l'esistenza del monopolio. Si trattava di una mera congettura, da respingere per insufficienza di prove. Nell'emendamento al ricorso, la FTC ha, invece, tracciato una strada nuova, alternativa a quella che aveva percorso sin d'ora, ma certamente più adatta a verificare il raggiungimento della posizione di monopolio nei mercati *data-driven*. Si è pensato, così, di desumerla da un parametro qualitativo come la degradazione della tutela della *privacy*. Il potere di mercato crescerebbe in modo inversamente proporzionale ai livelli di tutela dei dati personali. La Corte federale ha dimostrato di condividere tale posizione allorché nel giudicare le *killer acquisitions* ha riconosciuto come le due operazioni di concentrazione avrebbero ridotto oltre all'innovazione, anche la tutela della *privacy*. In particolare, secondo la Corte, proprio l'acquisizione di WhatsApp avrebbe privato gli utenti della possibilità di utilizzare un'applicazione che aveva sempre considerato essenziale la protezione dei dati personali dei suoi utenti, diversamente da Facebook. Incorporare la *privacy* all'interno del diritto antitrust potrebbe, dunque, rivelarsi utile in fase di accertamento delle condotte anticompetitive.

Su questo aspetto occorrerebbe insistere anche alla luce delle novità che, di recente, hanno riguardato il modello aziendale della società di Menlo Park.

Difatti, mentre la diatriba fra Facebook e la FTC si accendeva nelle aule

⁸³ Cfr. L. AMMANNATI, *Per una "nuova" regolazione delle piattaforme digitali*, in *Astrid Rassegna* n. 10/2021, disponibile in <https://www.astrid-online.it/>, p. 1.

⁸⁴ La vicenda giudiziaria Apple vs. Epic Games ne costituisce una chiara dimostrazione. Sul punto si veda: A. LICASTRO, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, cit., p. 145 ss.

della Corte del Distretto di Columbia, dal canto suo, pochi giorni prima della seconda pronuncia, Zuckerberg presentava al mondo, durante l'annuale conferenza *Connect*, una nuova versione del *social network* esordendo così:

«È giunto il momento per noi di adottare un nuovo marchio che comprenda tutto quello che facciamo che rifletta ciò che siamo e quello che speriamo di costruire. La nostra missione resta la stessa ovvero avvicinare le persone. Siamo ancora l'azienda che progetta tecnologia intorno alle persone. Ma ora abbiamo una stella polare che ci aiuterà a dare vita al metaverso. E abbiamo un nuovo nome che riflette in maniera più comprensiva quello che facciamo. Sono orgoglioso di annunciare che a partire da oggi la nostra compagnia si chiamerà Meta. Una piattaforma ancora più immersiva, un internet incarnato dove sei. La caratteristica definitiva del metaverso sarà una sensazione di presenza, come se fossi proprio lì con un'altra persona o in un altro posto».

Dietro alla scelta commerciale di cambiare il *brand* dell'ecosistema digitale l'intenzione dichiarata di creare un «oltre», una realtà virtuale totalmente immersiva che, per ammissione del suo stesso fondatore, fosse in grado di divenire il «successore di Internet *mobile*». In questo nuovo spazio virtuale, saranno gli *avatars* ad agire, ossia copie digitali dell'identità umana che saranno in grado di comprare beni virtuali o venderli, riunirsi per lavoro, partecipare ad eventi, passando da un *social network* ad un altro liberamente⁸⁵. Nel consentire quest'ultima possibilità, sorge il sospetto che la società voglia superare i dubbi emersi, anche nel corso della vicenda giudiziaria in commento, circa la mancanza di interoperabilità fra i suoi servizi.

L'intenzione celata, invece, secondo i primi commentatori, sarebbe quella di distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dalle accuse recentemente sollevate da Frances Haugen, ex manager del *social network*, per aver favorito la diffusione di notizie false che avrebbero portato all'attacco di Capitol Hill nel 2020⁸⁶. Senza tener conto delle accuse, avanzate di recente dall'*Attorney General* del Texas secondo le quali Facebook/Meta avrebbe raccolto e sfruttato i dati biometrici di milioni di cittadini tramite il suo sistema di riconoscimento facciale e senza il loro consenso⁸⁷. La reputazione della piattaforma si trova così ad affrontare una crisi paragonabile, per impatto, solo a quella scoppiata col caso *Cambridge Analytica* e che dimostrerebbe, ancora una volta, la scarsa attenzione alla *privacy* da parte dell'ecosistema.

Come si è già sottolineato in precedenza, le pratiche di renderizzazione dell'esperienza online degli iscritti sono essenziali per la sopravvivenza economica del *social network* ed in base alle poche informazioni trapelate sino ad ora pare potersi sostenere che nel metaverso tali condotte saranno elevate all'ennesima potenza. Difatti, per muoversi ed interagire in questo nuovo universo sarà necessario munirsi di visori di realtà aumentata, come *Oculus*, progettato e venduto dalla stessa Meta. Il rischio che la piattaforma usi tali strumenti ottici per carpire informazioni provenienti dal subconscio delle persone (c.d. *eye-tracking*)⁸⁸ ed insi-

⁸⁵ E. RAVENSCRAFT, *What Is the Metaverse, Exactly? Everything you never wanted to know about the future of talking about the future*, in *WIRED*, <https://www.wired.com/story/what-is-the-metaverse/>, 25 novembre 2021, (ultimo accesso: 5 gennaio 2022).

⁸⁶ F. RAMPINI, *Il mondo parallelo di Zuckerberg: alla conquista dello spazio virtuale*, in *Corriere della Sera*, 7 novembre 2021.

⁸⁷ State of Texas v. Meta Platform, Inc./Facebook, Inc., Cause no. 22-0121.

⁸⁸ Col termine «*eye-tracking*» (in italiano oculometria) si intende far riferimento al processo

nuarsi così negli aspetti più intimi della sfera umana per sviluppare prodotti e servizi sempre più predittivi e, di conseguenza, remunerativi, appare elevato⁸⁹. Difatti, se l'esperienza umana viene datificata per trarne profitto, non sembra potersi dubitare che lo stesso possa accadere con riguardo alla sfera più intima del sé, dato che la persona è concepita dal capitalismo della sorveglianza come fonte di approvvigionamento primario per la sopravvivenza nei mercati *data-driven*.

D'altronde, non può neppure escludersi che il passaggio al metaverso sia una mossa sapientemente orchestrata per rispondere al fuoco incrociato cui oramai da diversi mesi viene sottoposta la società dai regolatori. I fautori del risveglio del diritto antitrust statunitense sono Tim Wu e Lina Khan, entrambi professori della Columbia University, esponenti della corrente di pensiero neo-brandesiana nonché sostenitori di una visione dell'antitrust che abbandoni un approccio di carattere esclusivamente economico, così come propugnato dalla *Chicago School*. Infatti, facendo proprio questo approccio, le Corti federali avrebbero favorito l'idea del mercato libero di autoregolamentarsi⁹⁰. Una sorta di «ritorno all'antico» che sia in grado di riportare in auge i principi ispiratori dello *Sherman Act* e del *Clayton Act* che, nel monopolio, vedevano una «cancro» da eradicare per la salvaguardia della democrazia⁹¹. Un vento di cambiamento che dalle aule universitarie newyorkesi è arrivato a conquistare le sale del Congresso degli Stati Uniti e persino la stanza ovale. Non a caso nel luglio 2021 il Presidente Biden ha firmato l'ordine esecutivo intitolato «*Promoting Competition in the American Economy*» improntato a favorire la concorrenza, in risposta all'elevato grado di concentrazione del potere in molti dei settori dell'economia americana, compreso quello tecnologico⁹².

Viene spontaneo domandarsi quali sfide verranno lanciate dal nuovo universo alle autorità della concorrenza. Margrethe Vestager, in una recente intervista, avrebbe avanzato l'ipotesi di introdurre anche per il metaverso una possibile regolamentazione, pur chiarendo che ciò sarà possibile solo quando si sarà in grado di comprendere a pieno questa nuova realtà⁹³. Di certo, questa volta il contesto normativo sembra essere maggiormente preparato ad affrontarle. Diversamente da quanto fatto in passato, i regolatori non si starebbero più soffermando sull'esaltazione delle «magnifiche sorti e progressive» della *digital economy*, quanto piuttosto sulla necessità di comprenderne i rischi ed agire *ex ante*, prima che il potere economico delle *big tech companies* diventi ingovernabile.

che monitora i movimenti oculari per determinare il punto in cui un soggetto sta guardando, cosa sta guardando e per quanto tempo il suo sguardo indugia in un determinato punto dello spazio. I movimenti oculari indicano gli stimoli più rilevanti che l'osservatore sta ricevendo da quanto sta osservando e, dunque, consente di capire quali siano gli elementi di un prodotto o di un servizio che più lo colpiscono a livello inconscio.

⁸⁹ Cfr. D. UBERTI, *Come the Metaverse, Can Privacy Exist?* In *The Washington Post*, www.wsj.com/articles/come-the-metaverse-can-privacy-exist-11641292206, 4 gennaio 2022, (ultimo accesso: 5 gennaio 2022).

⁹⁰ Sul punto cfr. L. AMMANNATI, *I predatori del mercato e i tentativi di cattura*, cit., p. 28.

⁹¹ V. MANGINI, *Vecchio e Nuovo nell'antitrust nord-americano*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2, 1982, pp. 69-70.

⁹² THE WHITE HOUSE, *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, available at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>, July 9, 2021, pp. 1-2.

⁹³ Cfr. A. ROBERTSON, *How The EU is fighting tech giants with Margrethe Vestager*, in *The Verge*, available at <https://www.theverge.com/22981261/margrethe-vestager-decoder-antitrust-eu-apple-facebook-google-jedi-blue>, March 17, 2022, p. 1.



COMMENTI

La responsabilizzazione degli operatori digitali a contrasto del *value gap*: la direttiva copyright e le scelte dell'Italia

Holding digital platforms accountable to fight the value gap: the copyright directive and Italy's choices

di **Maria Giusti** *

ABSTRACT

L'articolo analizza le disposizioni più dibattute della direttiva copyright e le scelte fatte in sede di recepimento in Italia con il d.lgs. n. 177/2021. Le novità sono dirette a ridurre il *value gap*, ovvero la differenza fra il valore che gli operatori digitali ricavano dallo sfruttamento di contenuti protetti dal diritto d'autore e i proventi versati ai titolari dei diritti. Con questo obiettivo, il legislatore europeo ha introdotto un nuovo, complesso, bilanciamento tra diritti e interessi la cui "naturale" tensione è stata aggravata dall'evoluzione tecnologica: quelli di autori, artisti e altri titolari di diritti a una giusta remunerazione per lo sfruttamento digitale dei loro contenuti, da un lato, e la libertà di espressione *online* e quella di iniziativa economica, dall'altro. Il contributo evidenzia come si è arrivati alle diverse novità, quali sono i soggetti coinvolti e i loro interessi, e i bilanciamenti raggiunti. Infine, mette in luce pieni e vuoti della nuova normativa e le sfide che il futuro riserva. Le questioni che emergono sono di ampia portata e aprono molteplici aree di approfondimento, che coinvolgono diverse branche del diritto e si intrecciano l'un l'altra.

The article analyzes the most debated provisions of the copyright directive and the choices taken in Italy through the Legislative Decree no. 177 of 2021. The innovations aim to reduce the gap value, i.e., the difference between the value that digital operators obtain from exploiting protected content and the revenues transferred to the rights holders. Based on this goal, the European legislator established a new, complex balance between rights and interests whose 'natural' conflicts have been exacerbated by the technological evolution: those of authors, artists, and other right holders to an adequate remuneration for the digital exploitation of their content, on the one hand, and the freedoms of expression online and to conduct a business, on the other. The contribution analyses how the innovations came about, who are the actors and the interests involved, and the balances achieved. Finally, it highlights the strengths and weaknesses of the new legislation and the challenges of the future. The issues that arise are broad and open up multiple areas of study, involving different branches of law and intertwining one another.

ESTRATTO: «DIRETTIVA (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 17 APRILE 2019 SUL DIRITTO D'AUTORE E SUI DIRITTI

* Assegnista di ricerca all'interno del programma *La responsabilità delle piattaforme digitali: inquadramento concettuale e soluzioni operative*, Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Verona.

CONNESSI NEL MERCATO UNICO DIGITALE E CHE MODIFICA LE DIRETTIVE 96/9/CE E 2001/29/CE

IL PARLAMENTO EUROPEO E IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

[...]

considerando quanto segue:

[...]

3) I rapidi sviluppi tecnologici continuano a trasformare il modo in cui le opere e altri materiali sono creati, prodotti, distribuiti e sfruttati, mentre emergono costantemente nuovi modelli di business e nuovi attori. È necessario che la legislazione in materia sia adeguata alle esigenze future, in modo da non limitare l'evoluzione tecnologica. Gli obiettivi e i principi stabiliti dal quadro giuridico dell'Unione sul diritto d'autore rimangono validi. Tuttavia, vi è ancora incertezza giuridica quanto a taluni utilizzi, anche transfrontalieri, delle opere e altri materiali in ambiente digitale, sia per i titolari dei diritti che per gli utilizzatori. In alcuni settori, come indicato nella comunicazione della Commissione del 9 dicembre 2015, dal titolo «Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore», è necessario adeguare e completare l'attuale quadro dell'Unione sul diritto d'autore salvaguardando un elevato livello di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi. [...] Per garantire il buon funzionamento e l'equità del mercato per il diritto d'autore sono altresì opportune norme relative ai diritti sulle pubblicazioni, all'uso di opere o altri materiali da parte dei prestatori di servizi online che memorizzano contenuti caricati dagli utenti e vi danno accesso, alla trasparenza dei contratti per autori e artisti (interpreti o esecutori), alla remunerazione di autori e artisti (interpreti o esecutori), nonché a un meccanismo per la revoca dei diritti che autori e artisti (interpreti o esecutori) hanno trasferito in esclusiva.

HANNO ADOTTATO LA PRESENTE DIRETTIVA [...].».

SOMMARIO: 1. Il tempo della regolazione. – 2. *Ratio* e caratteristiche del nuovo diritto degli editori. – 2.1. I possibili rischi: le esperienze di Germania, Spagna e Francia. – 2.2. La strategia dell'Italia. – 3. Il regime ibrido di responsabilità delle piattaforme che danno accesso a contenuti caricati dagli utenti. – 3.1. I rischi degli strumenti di riconoscimento automatico e le garanzie a tutela della libertà di espressione. – 3.2. Le garanzie a tutela della libertà di impresa e della concorrenza. – 3.3. Il riferimento a concetti indefiniti. – 4. L'ampliamento delle prerogative di autori e artisti. – 4.1. Le cinque misure introdotte. – 5. Il ruolo centrale dell'AGCOM. – 6. Un futuro denso di sfide.

1. Il tempo della regolazione

La direttiva “copyright”¹ ha proseguito il processo di armonizzazione della normativa sul diritto d'autore e i diritti connessi per adeguarla all'evoluzione delle tecnologie digitali. La pubblicazione della sua versione finale sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione il 17 maggio del 2019 ha segnato la fine di un tormentato processo legislativo². La direttiva è stata infatti oggetto di un acceso dibattito presso il Parlamento e il Consiglio, accompagnato da intense campagne di *lobbying* degli oppositori (che hanno incluso pratiche innovative di

¹ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

² Il processo di riforma prende origine dalla proposta di direttiva formulata dalla Commissione nel 2016, che costituiva il risultato di studi e consultazioni intrapresi dal 2013 e che faceva seguito alla comunicazione del dicembre 2015 con cui la Commissione aveva auspicato un aggiornamento della normativa sul diritto d'autore nell'ambito della strategia per il mercato unico digitale. La proposta della Commissione è stata poi sottoposta all'esame del Parlamento e del Consiglio, che hanno approvato la versione finale della direttiva rispettivamente il 26 marzo e il 15 aprile 2019 (con il voto contrario di sei Stati membri, tra cui l'Italia).

Google³ e anche *blackouts* di Wikipedia), così come dei sostenitori. L'*iter* è stato inoltre caratterizzato da forti critiche di parte della comunità accademica, grande attenzione mediatica e dimostrazioni di opposizione della società civile, che è scesa in strada in segno di protesta contro quella che credeva sarebbe stata «la fine di *internet* come lo conosciamo»⁴.

L'attenzione che ha circondato la direttiva si spiega considerando che la disciplina che introduce ha ripercussioni significative sulla società e l'economia. Costituisce uno degli atti normativi con cui l'Unione Europea (di seguito: UE) ha risposto alla domanda di una più incisiva regolazione di alcune delle attività che si svolgono *online*, contribuendo al superamento della concezione di *internet* come spazio libero e refrattario alle regole e alla responsabilizzazione di imprese private ormai divenute grandi centri di potere e infrastrutture fondamentali per la società⁵. L'approccio dell'UE, opposto a quello di Cina e Stati Uniti (i paesi da cui i grandi operatori del *web* provengono), richiede bilanciamenti nuovi tra gli interessi e i diritti che di volta in volta si vogliono tutelare e quelli suscettibili di confliggervi. Nel caso di specie, quelli di autori, artisti e altri titolari di diritti a una giusta remunerazione per lo sfruttamento digitale dei loro contenuti, da un lato, e le libertà di espressione *online* e d'impresa, dall'altro.

Le domande che hanno accompagnato la scrittura della direttiva sono quelle spesso aperte dalle iniziative di regolazione del *web*. Come proteggere i diritti minacciati nell'economia digitale senza compromettere la straordinaria capacità di *internet* di diffondere idee e informazioni? Come evitare che l'esigenza di rispettare nuove regole finisca per disincentivare l'ingresso nel mercato (o agevolare l'uscita dal mercato) di operatori di piccole o medie dimensioni? Il rischio è creare un vantaggio competitivo per i giganti della rete, esacerbando così la tendenza all'elevata concentrazione del mercato digitale⁶. Ancora: come evitare che *standard* diversi tra i diversi Stati finiscano per intro-

³ A fine 2018 sono emerse notizie secondo cui Google aveva finanziato un sito *web* che incoraggiava i visitatori a inviare a eurodeputati e giornali messaggi automatici di opposizione alla direttiva (cfr. M. MOORE, *Google Funds Website that Spams Forlts Causes*, in *The Times*, August 6, 2018 e D. LOWERY, *The Google Funded Astroturf Group that Hached the Eu Copyright vote (in Pictures)*, in *The Trichordist*, July 28, 2018). Alcuni riportano che gli sforzi di Google in materia di *lobbying* sarebbero costati più di \$36M (A. TYNER, *The EU copyright directive: Fit for the Digital Age or finishing it*, in *Journal of Intellectual Property Law*, 2019, pp. 275 ss., p. 278).

⁴ Cfr. U. FURGAL *et al.*, *Memes and Parasites: A Discourse Analysis of the Copyright in the Digital Single Market Directive*, in *CREATe Working Paper*, 2020, 10, p. 2.

⁵ Quanto alle altre iniziative dell'UE di regolamentazione dell'economia digitale, cfr. F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *questa Rivista*, 2021, p. 238 ss. Si segnala in ogni caso che nel 2018 è entrato in vigore il regolamento generale per la protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation*) e che, a partire da fine 2020, la Commissione ha presentato proposte di regolamento in materia di: *governance* dei dati (*Data Governance Act*); sviluppo e impiego dell'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act*); trasparenza, sicurezza degli utenti, obblighi e responsabilità dei prestatori *online* di servizi intermediari (*Digital Services Act*); concorrenza nel mercato digitale (*Digital Market Act*).

⁶ Circa le sue ragioni (l'*"extreme return to scale"*, l'amplificazione delle esternalità di rete e il "potere dei dati"), cfr. J. CRÉMER-Y. A. DE MONTJOYE-H. SCHWEITZER, *Competition Law for the Digital Age*, Final report, 2019. Oltre che da ragioni economiche, la concentrazione di un ampio potere in capo a pochi operatori digitali dipende da ragioni politiche: la scarsa regolamentazione nelle fasi di sviluppo e crescita delle imprese, così come la mancanza di interventi delle autorità antitrust. Queste, infatti, non hanno adeguato i criteri della loro azione all'economia digitale, continuando ad applicare parametri «*unequipped to capture the architecture of market power in the modern economy*». Ciò spiega, per esempio, perché grandi società digitali abbiano potuto combattere potenziali concorrenti acquisendoli, come avvenuto nel caso di Facebook con Instagram e Whatsapp. Sul tema, L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2005, p. 710 ss.

durre ostacoli allo svolgimento delle attività digitali, tipicamente transfrontaliere? Inoltre, visto l'enorme squilibrio di potere tra piattaforme digitali e singoli titolari di diritti, come garantire l'effettività delle tutele introdotte?

Il contributo mette in luce le risposte della direttiva a questi quesiti e le scelte fatte in sede di recepimento in Italia con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 177⁷, che a tal fine ha novellato la l. 22 aprile 1941, n. 633 (la legge italiana sul diritto d'autore, c.d. LDA). Ciò entro il limitato margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri dal legislatore europeo e nel rispetto dei criteri di delega dettati da quello nazionale⁸.

Il contributo si concentra sulle novità introdotte dagli artt. 15, 17 e da 18 a 23 della direttiva, che sono finalizzate a ridurre il *value gap*, ovvero la differenza fra il valore che alcuni operatori digitali ricavano dallo sfruttamento di contenuti protetti e i proventi versati ai titolari dei diritti⁹. Per tutte le fattispecie oggetto di esame, la soluzione del legislatore è l'introduzione di nuovi obblighi in capo a chi ottiene ricavi dallo sfruttamento dei contenuti e nuove prerogative a favore di chi ha partecipato alla loro creazione. Dati questi elementi comuni, gli articoli menzionati mirano a far fronte a due diversi ordini di problemi, entrambi fonte di *value gap*.

Gli artt. 15 e 17 sono diretti a superare lo stato di incertezza (o comunque di mancanza di regolazione uniforme) sul regime di responsabilità applicabile ad alcune attività *online*; incertezza, questa, che comprometteva la capacità di trasferire pienamente al mondo digitale il principio per cui lo sfruttamento di un contenuto protetto deve essere autorizzato e soggetto a una remunerazione. Nel caso dell'art. 15, i soggetti di cui si ampliano le prerogative sono gli editori di pubblicazioni di carattere giornalistico; è infatti riconosciuto loro un nuovo diritto connesso in relazione all'uso *online* dei loro contenuti da parte di operatori come motori di ricerca e aggregatori di notizie. In Italia, è stato recepito inserendo nella LDA il nuovo art. 43-*bis*, che per assicurare l'effettività della tutela degli editori attribuisce molteplici funzioni all'Autorità per le garanzie nelle

⁷ Recante «Attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE». Quanto all'*iter*, l'allora schema di decreto è stato sottoposto al parere del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore di cui all'art. 190 della LDA ed è stato poi oggetto di consultazioni con gli operatori organizzate dal Ministero della cultura (di seguito: MIC). Dopo essere stato sottoposto a una prima deliberazione del Consiglio dei ministri ad agosto 2021, è stato inviato alle Commissioni parlamentari competenti, che hanno espresso pareri favorevoli con osservazioni. Modificato in parziale recepimento di queste, il testo è stato sottoposto nuovamente al Consiglio dei ministri, che lo ha definitivamente approvato a novembre 2021.

⁸ Cfr. art. 9 della legge 22 aprile 2021, n. 53, recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020».

⁹ Le altre novità, non oggetto di analisi, mirano ad adeguare le eccezioni e le limitazioni al diritto d'autore all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero, nonché a garantire un più ampio accesso ai contenuti protetti migliorando le procedure di concessione delle licenze per il loro utilizzo. Per una loro analisi: S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 979 ss.; E. PSYCHOGIOPOULOU, *Cultural rights, cultural diversity and the EUs copyright regime: the battlefield of exceptions and limitations to protected content*, in O. POLLICINO et al. (eds), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020; J.P. QUINTAIS, *The new copyright in the digital single market directive: A critical look*, in *European Intellectual Property Review*, 2020, p. 28 ss.; T. SHAPIRO-S. HANSSON, *The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same*, in *European Intellectual Property Review*, 2019, p. 404 ss.

comunicazioni (di seguito: AGCOM)¹⁰. Nel caso dell'art. 17, i soggetti di cui si ampliano le prerogative sono coloro che vantano diritti su contenuti caricati in rete dagli utenti di operatori come YouTube. L'art. 17 ha infatti introdotto un nuovo regime di responsabilità di diritto d'autore per le grandi piattaforme digitali che danno accesso a contenuti caricati da terzi, le quali hanno a lungo giovato di un ampio spazio di de-regolazione (cui le principali avevano in parte risposto in via di auto-regolamentazione). Essendo già il risultato di un complesso bilanciamento, l'art. 17 è stato recepito in modo sostanzialmente letterale dai nuovi artt. da 102-*sexies* a 102-*decies* della LDA.

Gli articoli da 18 a 23 rispondono invece a una problematica connessa al mercato: l'asimmetria di potere tra autori e artisti e soggetti che ne sfruttano le opere e prestazioni è suscettibile di compromettere l'adeguata remunerazione dei primi. Di qui, l'introduzione di misure che incidono su aspetti tradizionalmente rimessi alla libera negoziazione per ampliare le prerogative dei titolari dei diritti d'autore e evitare che la parte più forte tragga vantaggio dagli squilibri di potere. Nel recepire questi articoli, l'Italia ha specificato le tutele e cercato di garantirne l'effettività. A tal fine ha riconosciuto un ruolo centrale alle *collecting societies* (gli enti cui autori e artisti possono rivolgersi per la gestione dei propri diritti¹¹) e all'AGCOM, contrastando abusi di potere negoziale privato anche con la creazione di funzioni amministrative. Il recepimento di queste disposizioni ha inoltre costituito l'occasione per rivedere una serie di previsioni preesistenti della LDA – o per adeguarle perché non più attuali, o per risolvere storture progressivamente emerse, oppure per assicurarne la coerenza sistematica con l'impianto complessivo della legge a seguito dell'intervento di recepimento.

Il contributo analizza *ratio* e caratteristiche del diritto riconosciuto agli editori (par. 2), del regime di responsabilità delle piattaforme che danno accesso a contenuti caricati dai loro utenti (par. 3) e delle nuove prerogative di autori e artisti (par. 4). Evidenzia come si è arrivati a queste novità, quali sono i soggetti coinvolti, i loro interessi, e i bilanciamenti raggiunti. È poi analizzato il ruolo centrale acquisito dall'AGCOM, cui il d.lgs. ha attribuito nuove funzioni in materia di regolazione, vigilanza e composizione dei conflitti, rafforzando così la virata in senso 'amministrativistico' del comparto del diritto d'autore *online* (par. 5). Infine, sono messi in luce pieni e vuoti della nuova normativa e le sfide del futuro (par. 6).

¹⁰ Preposta, come noto, al governo del settore della telecomunicazione e della radiotelevisione dal 1997, anno della sua istituzione (legge 31 luglio 1997, n. 249). Sull'istituzione dell'AGCOM, tra gli altri: L. CARLASSARE, *Gli organi di governo del sistema*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXVIII, *Informazione e telecomunicazione*, a cura di R. ZACCARIA, Cedam, Padova, 1999, pp. 119 ss.; E. CHELI-G. D'AMATO, voce *Autorità per le comunicazioni*, in *Enc. dir.*, IV agg., Giuffrè, Milano, 2000, p. 99 ss.; E. FRENI, voce *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999, p. 1 ss.; A. PACE, *Autorità e libertà nel settore delle telecomunicazioni e della televisione*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, p. 13 ss.; O. PORCHIA, *L'Autorità di regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni: la dimensione nazionale e quella comunitaria*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 181 ss.

¹¹ Sono disciplinate dal d.lgs. 15 marzo del 2017, n. 3, con cui è stata recepita la direttiva 2014/26/UE.

2. Ratio e caratteristiche del nuovo diritto degli editori

Nella valutazione di impatto del 2016 che accompagnava la sua proposta di direttiva, la Commissione europea era giunta alla conclusione che la sostenibilità dell'industria giornalistica europea fosse a rischio nel mercato digitale. Erano pertanto a rischio «il pluralismo dei media, il dibattito democratico, la qualità dell'informazione e la diversità culturale della società europea»¹².

Nonostante il crescente successo *online* delle pubblicazioni giornalistiche, l'aumento dei ricavi digitali non ha compensato le perdite degli editori per il calo delle vendite di giornali cartacei¹³. Tra le altre cose, ciò deriverebbe dallo squilibrio tra il valore che i «prestatori dei servizi della società dell'informazione» ricavano dallo sfruttamento *online* delle pubblicazioni giornalistiche e i ricavi che riconoscono ai loro editori. È vero che motori di ricerca, *social media* e aggregatori di notizie, divenuti il canale principale per leggere le notizie *online*¹⁴, incrementano la visibilità delle pubblicazioni e portano nuovo traffico (e quindi ricavi pubblicitari) ai siti degli editori. Tuttavia, quasi la metà dei lettori si limita agli estratti riportati dai prestatori senza cliccare sui collegamenti agli interi articoli nelle pagine *web* degli editori. Poiché questi non partecipano alle entrate pubblicitarie che i loro contenuti generano per i prestatori, una buona parte del valore delle pubblicazioni è captata in via esclusiva da soggetti che non sostengono le spese per la loro creazione¹⁵.

L'art. 15 della direttiva –adottato dopo anni di dibattiti accesi e fortemente polarizzati¹⁶– vuole far fronte a questa situazione. Riconosce agli editori il di-

¹² Cfr. *Commission staff working document impact assessment on the modernisation of EU copyright rules*, 2016, p. 160.

¹³ Cfr. *ivi*, p. 156.

¹⁴ La Commissione notava che *social media* (22 %), aggregatori di notizie (14 %) e motori di ricerca (21%) costituivano nel loro insieme la fonte principale di accesso alle notizie *online* per il 57% dei consumatori europei nel 2016 (cfr. *ivi*, p. 157).

¹⁵ Si noti che la circostanza di creare valore facilitando le interazioni tra consumatori e beni e servizi prodotti da soggetti terzi costituisce una caratteristica comune a molte piattaforme digitali. Come evidenziava già nel 2015 Tom Goodwin, «*Uber, the world's largest taxi company, own no vehicles. Facebook, the world's most popular media owner, creates no content. Alibaba, the most valuable retailer, has no inventory. And Airbnb, the world's largest accommodation provider, owns no real estate*» (Cfr. G.G. PARKER-M.W. VAN ALSTYNE-S.P. CHOUDARY, *Platform revolution: How networked markets are transforming the economy and how to make them work for you*, WW Norton & Company, New York, 2016, p. 8 e ss.). In ogni caso, non vi sono tratti fisionomici comuni che permettono di ricondurre le piattaforme digitali a un modello unitario – fatto salvo che tutte estraggono dati personali dai consumatori e ne ricavano valore. Per una trattazione del tema, A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁶ Non vi è infatti unanimità sull'esigenza di tutelare gli editori dai modelli di *business* sviluppati dalle piattaforme digitali. Secondo alcuni, il legislatore europeo avrebbe introdotto una forma di 'sovvenzione mascherata' agli editori in risposta alla crisi dell'industria giornalistica, e in mancanza di solide evidenze empiriche circa un'iniqua ripartizione del valore ottenuto dallo sfruttamento digitale dei contenuti. D'altra parte, la difficoltà di produrre queste analisi deriva anche dall'"opacità" degli algoritmi che classificano e distribuiscono i contenuti e dall'assenza di trasparenza sui dati relativi al comportamento dei consumatori – circostanza che testimonia la situazione di debolezza in cui si trovano gli editori rispetto ai grandi operatori digitali. Per una ricostruzione complessiva degli argomenti a favore e contro il nuovo diritto: T. HÖPPNER-M. KRETSCHMER-R. XALABARDER, *CREATE Public Lectures on the Proposed EU Right for Press Publishers*, in *European Intellectual Property Review*, 2017, p. 607 ss. Per le diverse critiche sommariamente esposte nel proseguo: *Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: EU Copyright Reform Proposals Unfit for the Digital Age*, April 24, 2017, e *Statement from European academics on proposed Press Publishers'*

ritto esclusivo di autorizzare “riproduzione” e “messa a disposizione del pubblico” *online* delle loro pubblicazioni da parte dei prestatori¹⁷. Si tratta di un diritto connesso al diritto d'autore, finalizzato a proteggere gli investimenti imprenditoriali per la produzione dei contenuti creativi: si vuole evitare che terzi ne usufruiscano liberamente, compromettendo la capacità di ne ha finanziato la creazione di trarne profitto. Nelle intenzioni del legislatore, infatti, il nuovo diritto dovrebbe permettere agli editori di ottenere un compenso dai prestatori durante la negoziazione per le licenze di autorizzazione all'uso dei loro contenuti¹⁸.

In tal modo, la tutela degli editori di pubblicazioni giornalistiche è stata equiparata a quella accordata da tempo ad altri soggetti con un ruolo simile in termini di investimenti e contribuzione al processo creativo; si pensi al produttore e agli organismi di radiodiffusione televisiva per il settore audiovisivo, o al produttore di fonogrammi per quello musicale¹⁹. In ragione del breve ciclo economico delle notizie, il nuovo diritto degli editori si estingue però trascorsi soli due anni dalla pubblicazione dell'opera, laddove quelli riconosciuti ai produttori audiovisivi e musicali durano di regola cinquant'anni²⁰.

Un'altra caratteristica del nuovo diritto è che alcune attività sono escluse dal suo ambito di applicazione. Ciò per assicurare un giusto equilibrio tra la protezione accordata agli editori e l'interesse alla libera circolazione dell'informazione *online*, rispondendo alle preoccupazioni espresse da ambienti accademici e organizzazioni dei consumatori circa il rischio di rendere più difficile l'accesso digitale alle notizie. Ai sensi delle eccezioni, la cui efficacia è dibattuta, il diritto degli editori non si applica: agli utilizzi privati o non commerciali da parte di singoli utilizzatori, all'utilizzo di singole parole o di «estratti molto brevi di pubblicazioni giornalistiche»²¹ e ai collegamenti ipertestuali²².

Right, April 25, 2018. Per un'analisi di alcune delle risposte adottate al di fuori dall'Europa in materia di rapporti tra editori e piattaforme, G. COLANGELO, *Enforcing copyright through anti-trust? The strange case of news publishers against digital platforms*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2022, p. 133 ss.

¹⁷ L'art. 15 riconosce infatti loro i diritti previsti all'art. 2 e all'art. 3, par. 2, della direttiva 2001/29/CE (c.d. InfoSoc).

¹⁸ Ai sensi dell'art. 15, par. 5, “una quota adeguata” di questo compenso deve essere trasferita agli autori delle opere incluse nelle pubblicazioni giornalistiche. Questa previsione, che sembra aver costituito una garanzia cruciale per convincere le organizzazioni dei giornalisti a sostenere il nuovo diritto, ha suscitato diverse critiche: se la *ratio* dell'art. 15 è supportare gli investimenti degli editori non sarebbe razionale divergere una parte della retribuzione a favore degli autori (cfr. U. FURGAL, *The EU press publishers' right: where do Member States stand?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, p. 887 ss., p. 891 e S. DUSOLIER, *op. cit.*, p. 1008). Un'ulteriore garanzia in loro tutela è prevista dall'art. 15, par. 2; chiarisce che il diritto degli editori si aggiunge agli altri diritti già esistenti in capo agli autori relativamente a opere e altri materiali inclusi in una pubblicazione giornalistica; resta pertanto fermo il loro diritto di sfruttare i propri contenuti in modo indipendente dall'opera in cui sono inclusi.

¹⁹ Il legislatore europeo, infatti, aveva riconosciuto loro fin dal 2001 il diritto di autorizzare “riproduzione” e “messa a disposizione del pubblico” dei contenuti di loro pertinenza.

²⁰ Cfr. *Commission staff working document*, p. 162.

²¹ L'eccezione relativa agli estratti molto brevi, più che tutelare la circolazione dell'informazione, rischierebbe di compromettere il corretto funzionamento di un mercato digitale unico e di generare contenziosi. Il primo rischio deriva dalla mancata definizione da parte del legislatore europeo del concetto di estratti molto brevi; il secondo dalle definizioni di alcuni Stati, tra cui l'Italia e la Francia. Entrambe hanno adottato una definizione concettuale, priva di riferimenti a soglie massime di parole utilizzabili. In Italia, l'estratto molto breve è qualsiasi porzione della pubblicazione «che non dispensi dalla necessità di consultazione dell'articolo giornalistico nella sua integrità» (art. 43-bis, comma 7, della LDA). In Francia, il nuovo diritto non si applica nel caso di utilizzazione di «*très courts extraits d'une publication de presse*», eccezione che non

2.1. I possibili rischi: le esperienze di Germania, Spagna e Francia

La principale critica degli oppositori all'art. 15 riguardava il rischio di rendere ancor più dominanti gli editori più affermati e i grandi operatori digitali, a discapito dei *players* più piccoli e dell'ingresso sul mercato di nuovi operatori. Da una parte, solo gli editori più affermati riuscirebbero a negoziare e ottenere un compenso per lo sfruttamento dei loro contenuti; dall'altra, i grandi operatori digitali avrebbero meno difficoltà nel sostenere i costi di adeguamento all'art. 15 rispetto a *start-up* e piccole imprese. Inoltre, non sarebbe da escludere che i giganti della rete abbiano il potere di svincolarsi dai pagamenti: per gli editori potrebbe risultare più dannoso non comparire sui loro servizi, e perdere così traffico referenziale, piuttosto che concedergli licenze gratuite. D'altronde, l'art. 15 non riconosce agli editori il diritto a un compenso, ma solo quello di autorizzare l'utilizzo dei propri contenuti.

Effettivamente vi sono elementi per ritenere che i possibili comportamenti ostili dei grandi operatori del *web* renderebbero vano (se non addirittura controproducente) il diritto previsto dall'art. 15. È quanto sembrano testimoniare i casi di Germania e Spagna, che avevano adottato un diritto simile a quello dell'art. 15 prima del legislatore europeo²³. In Germania, una legge del 2013 aveva riconosciuto agli editori il diritto di autorizzare motori di ricerca e operatori simili ad utilizzare i propri contenuti. In risposta alle richieste di pagamento delle licenze di autorizzazione, Google aveva cessato di utilizzare estratti di pubblicazioni, provocando una decisa riduzione dei rinvii alle testate tedesche. Di qui la decisione di alcuni editori di concedere licenze gratuite per riapparire su Google News²⁴. In Spagna, una legge del 2014 aveva riconosciuto agli edi-

deve però «*affecter l'efficacité des droits ouverts*», circostanza che si verifica quando «*l'utilisation de très courts extraits se substitue à la publication de presse elle-même ou dispense le lecteur de s'y référer*» (art. L. 211-3-1 del *Code de la propriété intellectuelle*, introdotto dalla *loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019*). Si tratta di approcci conformi alla volontà di non pregiudicare il nuovo diritto: in casi concreti, anche poche parole potrebbero fornire informazioni sufficienti perché i lettori si ritengano soddisfatti e non approfondiscano la notizia sul sito dell'editore. D'altra parte, rimettere il discrimine alla sensibilità del lettore rischia di compromettere la certezza del diritto; per questo, il ricorso a una definizione concettuale era stato oggetto di cesure sia da parte di alcune delle commissioni parlamentari chiamate ad esprimersi sullo schema di decreto italiano che dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cfr. Il parere del Presidente dell'AGCM dell'8 settembre 2021 sullo schema di decreto).

²² L'eccezione relativa ai collegamenti ipertestuali non assicurerebbe un'effettiva tutela dei *link* in quanto non chiarisce come trattarli quando siano combinati con parole e testi estratti dall'articolo cui rimandano; ciò benché un *link* “nudo” sia privo di utilità: non permette di determinare se la risorsa cui si rivolge sia degna di lettura. Se i *link* non possono più contenere liberamente un estratto del contenuto cui indirizzano, la libertà di collegamento sarebbe minata: anche i *link* richiederebbero un'autorizzazione degli editori (cfr., tra i tanti: R. HILTY-V. MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 2017, p. 87; A. TYNER, *op. cit.*, p. 281; Felix Reda discusses the current Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market, in *Kluwer Copyright Blogger*, 2018). Ciò spiega perché il nuovo diritto sia stato denominato “*link tax*”, e perché durante l'iter sia stata portata avanti la campagna “*save the link*”. A mio avviso, l'effettiva sussistenza di questo rischio dipenderà da come sarà interpretato il rapporto tra le due eccezioni: se si riterrà che possano cumularsi, la libertà di collegamento non sarà minata; i *link* contenenti estratti delle pubblicazioni cui rimandano saranno liberi.

²³ Per maggiori informazioni sui casi di Germania e Spagna, cfr. R. HILTY-V. MOSCON, *op. cit.* e T. HÖPPNER *et al.*, *op. cit.* La stessa Commissione aveva notato nella sua analisi di impatto come «*None of these two recent 'ancillary rights' solutions at national level have proven effective to address publishers' problems so far, in particular as they have not resulted in increased revenues for publishers from the major online service providers*» (p. 160).

²⁴ Successivamente, la società di gestione collettiva VG Media aveva intrapreso un'azione

tori il diritto irrinunciabile di ottenere un compenso per l'utilizzo *online* dei loro contenuti. Poche settimane dopo la sua approvazione, Google News e diversi operatori domestici avevano cessato di operare in Spagna, generando una riduzione del traffico alle pubblicazioni spagnole²⁵.

Anche il caso della Francia, che per prima ha recepito l'art. 15²⁶, sembra testimoniare che l'ostilità dei grandi operatori digitali rischia di compromettere l'effettività del nuovo diritto. A seguito dell'entrata in vigore della legge francese di recepimento dell'art. 15, Google, in modo simile a quanto aveva fatto in Germania, aveva deciso che non avrebbe più mostrato estratti di articoli sui suoi servizi a meno che gli editori non gli avessero concesso licenze gratuite. Pur di non essere deindicizzati, e perdere così del traffico *internet* fondamentale, l'87% degli editori aveva acconsentito, vedendosi applicate condizioni ancora più sfavorevoli di quelle precedenti l'entrata in vigore della nuova legge. D'altra parte, gli editori che non avevano autorizzato Google a utilizzare i loro contenuti gratuitamente avevano visto una significativa riduzione del traffico sui loro siti.

Se quanto verificatosi in Francia era in parte prevedibile dati i pregressi di Germania e Spagna, il caso francese risulta comunque di interesse: sembra testimoniare che i margini di intervento per garantire l'effettività della tutela degli editori vadano ricercati in profili di diritto della concorrenza. Con una decisione in urgenza del 2020²⁷, l'Antitrust francese ha qualificato il comportamento di Google come un abuso di posizione dominante²⁸; nell'attesa di una decisione definitiva, ha pronunciato diverse ingiunzioni contro il gigante di Mountain View²⁹. Poiché Google non le ha rispettate, nel 2021 gli ha inflitto una sanzione di € 500 M³⁰. L'Autorité gli ha poi ordinato di soddisfare le domande degli editori che vogliano riaprire le negoziazioni, presentando loro una proposta di remunerazione e le informazioni per valutarne l'adeguatezza entro due mesi dalla richiesta di ciascun editore – pena l'applicazione di una sanzione di € 300.000 per ogni giorno di ritardo.

L'autorità antitrust (così come la Corte di appello di Parigi, cui Google si era

per danni contro Google presso la giustizia civile e fatto valere presso l'antitrust tedesca che il gigante del *web* stesse abusando della sua posizione dominante per violare lo spirito della norma – poi invalidata dalla Corte di giustizia per vizi di forma. Infatti, benché "regola tecnica" rivolta ai servizi della società dell'informazione, era stata introdotta in mancanza di una notifica preliminare alla Commissione, in violazione della procedura di informazione disciplinata dalla Direttiva 98/34/CE (cfr. Corte di giustizia, 12 settembre 2019, causa C-299/17).

²⁵ L'effettiva riduzione del traffico ai siti degli editori spagnoli dovuto alla chiusura di Google News è dibattuta. Secondo alcuni sarebbe stata del 10/15% (A. TYNER, *op. cit.*, p. 1005). Altri affermano che non sarebbe stata così rilevante, e che in ogni caso la riduzione del traffico indotto sarebbe stata compensata da un incremento di quello diretto (cfr. NEWS MEDIA ALLIANCE, *The Effects of the Ancillary Right for News Publishers in Spain and the Resulting Google News Closure*, 2019).

²⁶ Cfr. la *loi* n° 2019-775.

²⁷ Decisione 20-MC-del primo aprile 2020.

²⁸ Secondo l'Autorità, al momento della decisione Google deteneva una quota del mercato francese dei servizi di ricerca generalista pari a circa il 90%.

²⁹ Tra queste, figurava l'obbligo di condurre negoziazioni in buona fede con gli editori, e ciò entro tre mesi da una richiesta in tal senso di ciascun editore. Era inoltre imposto a Google di fornire le informazioni necessarie per una valutazione del compenso proposto. Per garantire una negoziazione equilibrata, l'Autorità gli aveva inoltre vietato di apportare modifiche alle condizioni di visualizzazione, indicizzazione, classificazione o presentazione dei contenuti al solo fine di influenzare l'esito delle trattative.

³⁰ Decisione 21-D-17 del 12 luglio 2021.

rivolto³¹) non ha messo in dubbio che la legge francese riconosce agli editori solo il diritto di autorizzare o rifiutare lo sfruttamento dei propri contenuti da parte dei prestatori. Non prevede un obbligo per i prestatori di utilizzarli, né il divieto per gli editori di disporne gratuitamente. Di qui, l'affermazione di Google che non sarebbe vietato chiedere il consenso degli editori per la ripresa a titolo gratuito di estratti di pubblicazioni. L'*Autorité* ha respinto questo argomento evidenziando che il nuovo diritto implica che gli editori, di principio liberi di concedere licenze gratuite, devono essere posti nelle condizioni di domandare una giusta remunerazione per l'utilizzo dei loro contenuti. Dato che ciò presuppone una negoziazione tra le parti, il rifiuto generalizzato di Google di trattare, reso possibile dalla sua posizione dominante, contrasta con lo spirito della norma.

2.2. La strategia dell'Italia

Nel recepire l'art. 15, l'Italia si è mostrata consapevole dei possibili comportamenti ostili dei *gatekeepers* di internet e della disparità di potere tra questi e gli editori. Il nuovo art. 43-*bis* della LDA prevede infatti misure ulteriori a quelle della direttiva per garantire l'effettività del nuovo diritto.

L'articolo non si limita a riconoscere agli editori il diritto di autorizzare "riproduzione" e "messa a disposizione del pubblico" dei propri contenuti da parte dei prestatori (come fa la direttiva)³²; prevede anche che hanno diritto a un "equo compenso" per tali utilizzi. Da un'interpretazione letterale – smentita dalla relazione illustrativa del d.lgs. 177/2021 – il compenso sembrerebbe irrinunciabile, come nel caso spagnolo³³. In secondo luogo, l'art. 43-*bis* attribuisce un ruolo centrale all'AGCOM, cui sono riconosciute funzioni di regolazione, vigilanza, sanzione e composizione dei conflitti che dovrebbero consentirle di 'riequilibrare' le posizioni delle parti nel corso delle trattative.

Queste funzioni amministrative, introdotte a tutela di interessi privati individuali a contenuto patrimoniale, sono finalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico. Secondo il legislatore europeo, per garantire la sostenibilità dell'industria giornalistica occorre redistribuire il valore ottenuto dallo sfruttamento digitale dei contenuti: è evidente, allora, che una composizione equilibrata dei rapporti tra piattaforme e editori presenta profili di interesse sociale, in termini di pluralismo, indipendenza dei media e qualità dell'informazione.

All'Autorità è riconosciuto un duplice ruolo fondamentale. Innanzitutto, deve precisare, in via generale, i criteri cui le parti devono attenersi per la determinazione dell'equo compenso, delineati in modo esemplificativo dalla

³¹ Con la sentenza del 4 aprile 2019, la Corte di appello di Parigi ha sostanzialmente confermato la decisione dell'Antitrust, che è poi divenuta definitiva, dato che Google non ha proposto ricorso in Cassazione.

³² Cfr. art. 43-*bis*, comma 1.

³³ Cfr. art. 43-*bis*, comma 8, ai sensi del quale «Per l'utilizzo online delle pubblicazioni di carattere giornalistico i prestatori di servizi della società dell'informazione riconoscono ai soggetti di cui al comma 1 un equo compenso». Sul tema, cfr. C. SGANGA-M. CONTARDI, *The new Italian press publishers' right: creative, fairness-oriented... and invalid?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, p. 421 ss., che evidenziano come la scelta di fare riferimento al termine 'compenso' anziché a quella di 'retribuzione' fornisce «*the undue impression that the sum stems from the exercise of an exception or from a mandatory collective management scheme instead that from a voluntary license agreement*»; infatti, «*the word 'compensation' is typical of exceptions and mandatory licensing settings, when exclusive rights turn into remuneration rights*».

legge³⁴. In secondo luogo, può essere chiamata a determinare il compenso dovuto nel caso di specie qualora editori e prestatori non raggiungano un accordo.

Nel definire i criteri per la determinazione dell'equo compenso, l'AGCOM deve fornire alle parti una gamma di strumenti per la conduzione delle trattative, da improntare ai principi di correttezza e buona fede. L'attribuzione di questo compito all'Autorità si spiega considerando l'elevato grado di esperienza e competenze tecniche necessarie per la definizione dei criteri, nonché con l'esigenza che questa avvenga a seguito di una fase di dibattito e consultazione con le parti interessate. Secondo una prassi ormai consolidata, l'AGCOM assicura infatti forme di contraddittorio e consultazione preventiva dei soggetti interessati dall'esercizio del suo potere regolatorio, "recuperando" così per via procedimentale il *deficit* di legittimazione democratica di cui soffre in quanto autorità indipendente³⁵. La circostanza di operare con procedure partecipate, in cui predominano l'obbligo di informare, ascoltare e motivare, costituisce d'altronde una caratteristica comune alle autorità amministrative indipendenti³⁶. Oltre a definire i criteri per la determinazione del compenso, l'AGCOM è chiamata a vigilare che i prestatori forniscano agli editori dati sui ricavi che ot tengono dall'uso dei loro contenuti³⁷, indispensabili per verificare se il compenso proposto sia effettivamente "equo". L'attività di vigilanza è concretizzata dal potere di sanzionare le violazioni³⁸.

Come anticipato, in aggiunta a precisare i criteri su cui le parti devono basarsi per la determinazione dell'equo compenso, l'AGCOM è chiamata a determinare il compenso dovuto nel caso di specie se le parti non raggiungano un accordo. Questa funzione si intreccia così con quella di regolazione: la definizione di un singolo caso, seppur diretta alle sole parti coinvolte, è suscettibile di produrre effetti sul mercato, in termini di esempio o *moral suasion*, traducendosi in raccomandazioni per l'intero sistema sui compensi dovuti e orientando le trattative future (c.d. *regulation by litigation*)³⁹.

³⁴ Cfr. art. 43-bis, comma 8, secondo periodo. Si noti che i piccoli editori e l'AGCM hanno criticato alcuni dei parametri previsti dalla legge per la definizione dell'entità dell'equo compenso ("gli anni di attività e la rilevanza del mercato degli editori" e "il numero di giornalisti impiegati"), considerati suscettibili di favorire gli editori *incumbent*, a discapito di quelli nuovi e di dimensioni minori (cfr. il parere del Presidente dell'AGCM sullo schema di decreto). Altri hanno invece rilevato che alcuni parametri rispondono a una visione dell'informazione propria del mondo "analogico", non in linea con l'evoluzione del fenomeno in ambiente digitale (cfr. A. PRETA-L. ZOBOLI, *Enforcement del diritto d'autore. L'equo compenso derivante dall'utilizzo online delle pubblicazioni a carattere giornalistico*, in *MediaLaws*, 2022).

³⁵ Com'è noto, il *deficit* deriva dalla sottrazione delle autorità amministrative indipendenti al potere di indirizzo politico e di controllo del Governo. Per una trattazione compiuta del tema: E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna, 2005; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 273 ss.

³⁶ Come evidenziato da S. CASSESE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 102 ss., cui si rimanda per una disamina degli altri tratti spesso ricorrenti nelle autorità amministrative indipendenti, fermo restando la difficoltà di ricondurle a un 'sistema'.

³⁷ Ciò a seguito di una richiesta in tal senso da parte degli editori, che può essere realizzata anche tramite le *collecting societies* o la stessa AGCOM.

³⁸ Cfr. art. 43-bis, comma 12.

³⁹ Sul tema, tra gli altri: M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in questa *Rivista*, 2015.

Più precisamente, l'art. 43-*bis* ha delineato una procedura che va ad ampliare ulteriormente le già variegata tipologie di *Alternative Dispute Resolution* (ADR)⁴⁰ affidate alle autorità amministrative indipendenti⁴¹. È infatti previsto che ciascuna parte può rivolgersi all'Autorità se entro trenta giorni dalla richiesta di avvio del negoziato non è raggiunto un accordo; in questi casi, l'AGCOM indica quale proposta economica formulata considera adeguata o, in sua mancanza, definisce d'ufficio il compenso dovuto⁴². Si noti che l'intervento dell'Autorità è frutto di una scelta delle parti: si tratta di un meccanismo alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria, e non di una conciliazione obbligatoria pregiudiziale.

Diverse previsioni lasciano intendere che l'AGCOM debba esprimersi anche in assenza della volontà di contrarre di una delle parti, e quindi pure nell'ipotesi in cui il prestatore non sia interessato ad 'acquistare' contenuti dell'editore: si è detto che per il suo intervento è sufficiente la domanda di *una* parte e che sia trascorso del tempo dalla richiesta di avvio del negoziato di *una* parte. Inoltre, l'Autorità indica l'ammontare dell'equo compenso anche quando una parte regolarmente convocata non si sia presentata. Si avverte qui la tensione del legislatore a introdurre un obbligo a contrarre in capo ai prestatori per evitare che le richieste di negoziazione degli editori non siano soddisfatte. A questa tensione limitativa della libertà negoziale e di impresa si accompagna però la circostanza che il percorso presso l'Autorità non conduce ad una vera e propria decisione: si tratta, piuttosto, di una proposta non vincolante di definizione del compenso, all'interno di un procedimento di natura facilitativa. È infatti previsto che le parti possono comunque non giungere alla stipula del contratto, con la specificazione che in questi casi ciascuna può adire il giudice, anche per abuso di dipendenza economica⁴³.

Il ruolo di garante del corretto equilibrio tra le parti attribuito all'AGCOM dall'insieme delle funzioni descritte dovrebbe scongiurare gli effetti verificatesi

⁴⁰ Com'è noto, l'acronimo *ADR* si riferisce a una compagine eterogenea di procedure (nate negli Stati Uniti e progressivamente affermatesi nei paesi di *civil law* sotto l'impulso della Commissione europea) finalizzate alla trattazione delle liti in un ambito diverso da quello giurisdizionale e la cui peculiarità consiste principalmente «nel saper sfruttare dinamiche lontane da quella avversariale, senza enfatizzare il carattere antagonista del conflitto e coltivando la logica della partecipazione e dell'integrazione» (cit. F. DANOVI, *ADR: finalità e modelli*, in F. DANOVI-F. FERRARRIS (a cura di), *ADR una giustizia complementare*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1 ss., p. 9, cui si per un approfondimento sulle *ADR*, nonché per la bibliografia sul tema).

⁴¹ Infatti, le *ADR* hanno progressivamente trovato spazio presso alcune autorità amministrative indipendenti, chiamate così a risolvere conflitti tra privati che interessano i settori di loro competenza. Ciò è spesso avvenuto su spinta di normative europee, e in conformità al fatto che la "crisi della giustizia" è stata particolarmente avvertita nei settori nevralgici dell'economia cui le autorità sono preposte. Oltre che vantaggi in termini di speditezza, tempestività e semplificazione, l'intervento delle autorità è funzionale ad assicurare che controversie altamente tecniche siano gestite da soggetti con esperienza elevate e competenze specialistiche. Ad oggi, in tutti i settori regolati (energia elettrica, gas naturale, comunicazioni elettroniche, trasporti, mercati finanziari) esistono numerose varianti di soluzione stragiudiziale delle controversie. Per un approfondimento, tra gli altri: M. DELSIGNORE-M. RAMAJOLI, *ADR e pubblica amministrazione*, in F. Danovi-F. Ferraris (a cura di), *ADR una giustizia complementare*, cit., p. 239 ss.

⁴² Cfr. art. 43-*bis*, comma 10.

⁴³ L'approccio italiano somiglia quindi solo parzialmente a quello adottato dal legislatore australiano per sanare gli squilibri contrattuali tra editori e piattaforme, per una cui analisi si rimanda a B. BARNET-D. BOSSIO-T. FLEW-J. MEESE-T. LEAVER, *Australia's News Media Bargaining Code and the global turn towards platform regulation*, in *Policy & Internet*, 2022, p. 136 ss.; G. COLANGELO, *Enforcing copyright through antitrust?*; K. KEMP, *Australia's Draft News Media Bargaining Code*, in *Competition Law International*, 2020, p. 151 ss.

in Germania e Francia, dove gli editori hanno rinunciato al compenso concedendo licenze gratuite a seguito della minaccia di forme di deindicizzazione dei contenuti. Tanto più che è espressamente previsto che l'obbligo di buona fede potrebbe risultare violato in caso di ingiustificata limitazione della visibilità dei contenuti degli editori nei risultati di ricerca nella fase delle trattative.

Resta fermo che l'Italia, come la Francia, non ha introdotto in capo ai prestatori l'obbligo di acquistare i contenuti degli editori, né il divieto in capo a questi ultimi di rilasciare licenze gratuite. È vero che l'art. 43-*bis* presenta una 'tensione' in tal senso; questa, oggetto di cesure da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)⁴⁴, è però bilanciata da previsioni dirette a scongiurare eccessivi travalicamenti dei limiti posti dal legislatore europeo e dalla delega parlamentare, violazioni del principio dell'autonomia negoziale e della libertà d'impresa e possibili effetti anticoncorrenziali. Pertanto, anche in Italia i prestatori sono liberi di decidere se cessare di utilizzare i contenuti degli editori o se continuare a farlo a titolo oneroso. Nel caso della Spagna, Google ha mostrato di preferire la prima alternativa.

3. Il regime ibrido di responsabilità delle piattaforme che danno accesso a contenuti caricati dagli utenti

L'art. 17 della direttiva – in Italia recepito in modo sostanzialmente letterale in quanto già risultato di un complesso bilanciamento – ha introdotto un regime speciale di responsabilità di diritto d'autore per i "prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*", divenuti una delle principali fonti di accesso ai contenuti protetti⁴⁵.

Si tratta degli operatori che consentono agli utenti di caricare sui propri servizi i contenuti desiderati, resi poi consultabili in *streaming* dalla generalità del pubblico. La consultazione avviene solitamente a titolo gratuito ma non a "prezzo zero": com'è noto, il pubblico accetta, oltre che di sottoporsi a messaggi pubblicitari dalla personalizzazione pressoché perfetta, di cedere i propri dati alle piattaforme, che si remunerano tramite la vendita a terzi di inserzioni pubblicitarie⁴⁶. YouTube costituisce l'esempio più noto di questi operatori, che hanno segnato il passaggio di *internet* da spazio in cui il pubblico si limitava ad usufruire dei contenuti depositati a ambiente interattivo, in cui gli utenti caricano materiale, pensieri e contenuti e interagiscono tra loro.

⁴⁴ Ha infatti ritenuto che l'impianto complessivo dell'art. 43-*bis* «appare travalicare i limiti posti dal legislatore europeo e dalla delega parlamentare, introducendo fattispecie soggettive e oggettive non previste dalla disciplina eurounionale e individuando meccanismi negoziali limitativi della libertà contrattuale degli operatori economici. Le tutele accordate dalla Direttiva Copyright non dovrebbero, infatti, essere perseguite con strumenti di natura pubblicistica – peraltro particolarmente invasivi – e con interventi di regolazione che determinano ingiustificati vincoli alla autonomia negoziale delle parti [...]» (cfr. il parere del Presidente dell'AGCM sullo schema di decreto).

⁴⁵ Cfr. considerando n. 61 della Direttiva.

⁴⁶ Si tratta di quello che è stato definito "capitalismo della sorveglianza", fondato sui *big data* e le capacità di analisi degli algoritmi e diretto «to predict and modify human behavior as a means to produce revenue and market control» (cfr. S. ZUBOFF, *Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in *Journal of Information Technology*, 2015, p. 75). Per una trattazione del tema, tra gli altri, F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Boston, 2015.

Nel 2016 la Commissione aveva evidenziato che i prestatori in esame non retribuivano in modo adeguato i titolari dei diritti; rispetto agli introiti considerevoli ottenuti dalla distribuzione di contenuti protetti, versavano loro proventi insignificanti – tanto più se paragonati a quelli riconosciuti invece ad autori e artisti da operatori di servizi di *streaming* a pagamento. Oltre che un danno ai titolari dei diritti, ne risultava pertanto una situazione di concorrenza sleale⁴⁷.

Questa situazione è dipesa dalle incertezze sul regime di responsabilità in materia di diritto d'autore applicabile ai prestatori in esame nel contesto normativo applicabile prima della direttiva⁴⁸. L'art. 17 è intervenuto a superare queste incertezze, resolvendo *ex lege* le controversie a riguardo che pendevano presso la Corte di giustizia⁴⁹, che all'epoca dell'adozione della direttiva non si era ancora espressa⁵⁰.

Innanzitutto, l'art. 17, par. 1, chiarisce che i prestatori in esame, nel dare accesso al pubblico a contenuti caricati dagli utenti dei loro servizi, effettuano un atto rilevante per il diritto d'autore, la "comunicazione al pubblico"⁵¹. Ne deriva che diventa loro applicabile quanto previsto dall'art. 3 della direttiva InfoSoc, ai sensi del quale la "comunicazione al pubblico" di un contenuto presuppone un'autorizzazione di chi ha contribuito alla sua creazione, autorizzazione che assume di regola la forma di un accordo di licenza concessa dietro un compenso. Qualificando l'atto del prestatore come una comunicazione, il legislatore chiarisce quindi che spetta ai prestatori ottenere un'autorizzazione⁵².

⁴⁷ Ciò sembrava particolarmente vero nel settore musicale. Nel 2016 le piattaforme che concedono accesso a contenuti caricati da terzi, divenute la principale fonte di accesso *online* alla musica, con oltre 900 M di utenti, avrebbero riconosciuto ai titolari dei diritti \$ 553 M. Nello stesso anno, prestatori come Spotify e Apple Music, con circa 212 M di utenti complessivi, avrebbero versato invece ai titolari dei diritti oltre \$ 3,9 B (cfr. *Global Music Report 2017: Annual State of the Industry*, p. 25). Per dati più recenti, si veda l'ultimo rapporto dell'industria musicale francese; evidenza che nel 2019 il contributo di YouTube al complesso delle entrate dei musicisti per lo sfruttamento *streaming* delle loro opere e prestazioni sarebbe stato dell'11%, e ciò benché il 47% del tempo dedicato all'ascolto di musica in *streaming* sia speso su YouTube (cfr. Syndicat National de l'Édition Phonographique, *L'économie de la production musicale*, 2020, p. 118).

⁴⁸ Art. 3, par. 1, della direttiva InfoSoc e art. 14, par. 1, della direttiva 2000/31/EC (c.d. E-Commerce).

⁴⁹ Cfr. cause riunite C-682/18 Peterson/Google YouTube e C-683/18 Elsevier/Cyando. Le domande poste alla Corte, presentate nell'ambito di controversie per violazioni a diritti d'autore commesse da utenti di YouTube e Cyando, vertevano proprio, tra le altre cose, sull'interpretazione dell'art. 3, par. 1, della direttiva InfoSoc e dell'art. 14, par. 1, della direttiva E-commerce.

⁵⁰ La Corte si è espressa il 22 giugno 2021, interpretando la normativa applicabile prima dell'entrata in vigore della direttiva in senso sostanzialmente favorevole alle piattaforme.

⁵¹ Oltre che alla "comunicazione al pubblico", l'art. fa riferimento alla "messa a disposizione del pubblico"; Poiché questa fa comunque parte dell'area concettuale della comunicazione, è possibile, per semplificare, usare il termine comunicazione per designare entrambe.

⁵² La direttiva non dà una definizione del termine "autorizzazione" e non prescrive le modalità con cui ottenerla. Secondo alcuni, un utile strumento sarebbe rappresentato dal meccanismo delle licenze collettive con effetto esteso (cfr., J. AXHAMN, *The New Copyright Directive: Collective licensing as a way to strike a fair balance between creator and user interests in copyright legislation (Article 12)*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2019). L'art. 12 della direttiva ha riconosciuto agli Stati la facoltà di introdurre meccanismi di questo tipo, già collaudati in alcuni paesi del nord Europa. Permettono a un organismo di gestione collettiva di rilasciare licenze anche per lo sfruttamento di contenuti su cui vantano diritti soggetti che non abbiano conferito mandati di rappresentanza. *Ex art. 12*, sono ammissibili solo per casi e settori specifici in cui sia particolarmente difficile individuare tutti i titolari dei diritti e il costo dell'operazione per l'acquisizione di diritti individuali sia eccessivo, e sempre nel rispetto di garanzie a tutela dei non associati. Per es., l'organismo deve essere sufficientemente rappresentativo dei titolari di diritti nel pertinente tipo di opere e nella tipologia di diritti oggetto della licenza, garantire parità di trattamento e che i non

per i caricamenti dei propri utenti⁵³, e quindi procedere alla remunerazione dei titolari dei diritti. Nel contesto normativo precedente, in cui era indubbio che la messa in rete da parte dell'utente costituisse una comunicazione, mentre la qualificazione del comportamento del prestatore era controversa, diverse piattaforme si erano rifiutate di negoziare con i titolari dei diritti. Altre, e in particolare quelle più importanti, avevano comunque concluso accordi, che contenevano però condizioni ritenute inique.

L'art. 17, par. 3, stabilisce poi che alle fattispecie in esame non si applica la mitigazione di responsabilità (c.d. *safe harbour*) di cui all'art. 14, par. 1, della direttiva E-Commerce. Si tratta della previsione – valida per ogni tipo di contenuto e di responsabilità, a prescindere dal settore di diritto – secondo cui i prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano contenuti forniti dai terzi non devono sorvegliare i contenuti presenti sui loro server e ricercare quelli illeciti. Sono infatti responsabili per i contenuti illeciti memorizzati su richiesta dei loro utenti solo se, al corrente della loro illiceità, non li abbiano immediatamente rimossi o non ne abbiano bloccato l'accesso⁵⁴.

L'applicazione del *safe harbour* alle fattispecie in esame comportava che cui sui titolari dei diritti gravava un onere eccessivo: dovevano sorvegliare i servizi dei prestatori e notificare loro i contenuti illeciti affinché fossero rimossi; poiché questi venivano spesso rimessi in rete poco dopo, i titolari dei diritti erano inoltre costretti a moltiplicare le notifiche. Di qui, la decisione di prevedere che nelle fattispecie in esame la mitigazione di responsabilità non trovi applicazione. D'altronde, se l'approccio del 2001 si giustificava con l'esigenza di promuovere nuovi modelli di *business* nel mercato interno⁵⁵, la situazione da allora è notevolmente cambiata. Anzi, l'opportunità del *safe harbour* è oggi dibattuta in via generale in ragione della sempre più avvertita esigenza di tutelare la società dalle pratiche dannose che si svolgono *online* (diffusione di contenuti diffamatori o pedo-pornografici, distribuzione di prodotti contraffatti, divulgazione di notizie false o ingannevoli, ecc.).

Benché siano ora considerati autori di una comunicazione al pubblico e non beneficino più del *safe harbour* nelle fattispecie in esame⁵⁶, i prestatori non

associati possano escludere dal meccanismo le proprie opere e prestazioni. Il d.lgs. 177/2021 ha recepito l'art. 12: il meccanismo delle licenze collettive con effetto esteso è oggi previsto dal nuovo art. 180-ter della LDA, che demanda all'AGCOM la disciplina di diversi profili.

⁵³ Autorizzazione che poi si estende agli atti degli utenti, legittimandoli; ciò sempre che non agiscano su base commerciale, o che comunque non ottengano "ricavi significativi" (cfr. art. 17, par. 2). Si pensi, nel primo caso, a un utente che carica un video domestico che include musica protetta in sottofondo e, nel secondo, al soggetto che carichi un *tutorial* con musica protetta da cui ottiene ricavi pubblicitari limitati. Se il prestatore del servizio su cui avviene il caricamento ha ottenuto un'autorizzazione in relazione al contenuto musicale, gli utenti non avranno bisogno di un'autorizzazione ulteriore.

⁵⁴ Per un'analisi più approfondita del regime di responsabilità applicato agli intermediari *online* ai sensi della Direttiva E-commerce, le problematiche da esso aperte e le proposte di riforma formulate in materia, cfr. T. MADIEGA, *Reform of the EU liability regime for online intermediaries*, European Parliamentary Research Service, Bruxelles, 2020.

⁵⁵ Cfr. il considerando 2 della direttiva E-commerce.

⁵⁶ Si noti che l'art. 17 va considerato una *lex specialis* rispetto all'art. 3 della direttiva InfoSoc e all'art. 14 della direttiva E-commerce. Si limita infatti a disciplinare l'atto di "comunicazione al pubblico" nel contesto delle piattaforme che danno accesso a contenuti caricati dai loro utenti; non pregiudica il concetto di comunicazione in altri ambiti del diritto dell'Unione, né l'applicazione della mitigazione di responsabilità alle piattaforme di condivisione in relazione a scopi che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva. Cfr. i considerando 64 e 65 della direttiva e la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Orientamenti*

saranno necessariamente responsabili in tutti i casi di caricamenti non autorizzati. Il legislatore ha infatti ritenuto che una responsabilità così ampia avrebbe potuto compromettere il loro modello di *business* interattivo: è improbabile che possano ottenere l'autorizzazione di tutti i titolari dei diritti per l'immensa mole di contenuti suscettibili di essere caricati dai loro utenti (si pensi che su YouTube sono caricati 300 ore di video ogni minuto⁵⁷).

Di qui la previsione dell'art. 17, par. 4, secondo cui il prestatore che non abbia ottenuto l'autorizzazione potrà comunque esimersi dalla responsabilità per i caricamenti illeciti se dimostra di aver soddisfatto cumulativamente tre condizioni:

- Di aver compiuto i “massimi sforzi”⁵⁸ per ottenere l'autorizzazione⁵⁹;
- Di aver compiuto i massimi sforzi, “secondo elevati standard di diligenza professionale di settore”, per assicurare che non siano disponibili contenuti protetti specifici per cui abbia ricevuto “le informazioni pertinenti e necessarie”⁶⁰ dai titolari dei diritti⁶¹;
- Nei casi in cui abbia ricevuto una “segnalazione sufficientemente motivata” dai titolari dei diritti relativa alla presenza di contenuti protetti sui suoi servizi, di aver agito tempestivamente per disabilitare l'accesso o rimuovere tali contenuti e di aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro⁶².

In sintesi, l'art. 17 segna un trasferimento di responsabilità: in passato, era-

relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, 4 giugno 2021, p. 6 (di seguito: *Linee guida*).

⁵⁷ S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 1008.

⁵⁸ Nella versione inglese della direttiva si fa a riguardo riferimento al concetto di “*best effort*”. La traduzione da dare a queste parole in sede di recepimento è stata oggetto di ampio dibattito (cfr. M. BASSINI-G. DE GREGORIO, *The implementation of the copyright directive in Italy and the proper understanding of the 'best efforts' clause*, in *MediaLaws*, 2021). La scelta di adottare la dicitura di “*massimi sforzi*”, anziché come richiesto da più parti quella di “*migliori sforzi*”, era in sostanza obbligata dalla legge delega; questa conteneva infatti un riferimento ai “*massimi sforzi*”, con cui era stato tradotto il concetto di *best effort* nella versione italiana della direttiva. In ogni caso, la rilevanza attribuita a questa questione è stata a mio avviso eccessiva: il regime di responsabilità, più che dal riferimento ai “*massimi*” o ai “*migliori*” sforzi, è definito dal successivo riferimento alle pratiche cui attenersi e al principio di proporzionalità. Il concetto dovrebbe inoltre essere inteso come una nozione autonoma di diritto europeo, così da assicurare che il suo significato sia determinato in modo uniforme per i diversi Stati alla luce delle finalità dell'art. 17.

⁵⁹ Cfr. art. 17, par. 4, lett. a) della direttiva e art. 102-septies, comma 1, lett. a) della LDA. A tal fine, il prestatore dovrebbe perlomeno aver contattato gli organismi di gestione collettiva e avviato un dialogo con i titolari dei diritti facilmente identificabili e rintracciabili, in particolare quelli con un ampio catalogo di contenuti (cfr. *Linee guida*, p. 10).

⁶⁰ Le informazioni “*pertinenti e necessarie*” rientrano tra i numerosi concetti indefiniti cui fa riferimento l'art. 17. Secondo la Commissione, ciò che può costituire un'informazione “pertinente” varierà a seconda delle opere interessate e delle circostanze; ciò che può essere considerato “necessario” dal tipo di soluzioni tecnologiche adottate dai prestatori per conformarsi al regime di responsabilità (cfr. *Linee guida*, p. 16).

⁶¹ Cfr. art. 17, par. 4, lett. b) e art. 102-septies, comma 1, lett. b). La prevenzione riguarda dunque solo contenuti specifici identificati dai titolari dei diritti, implicando che questi forniscano una sorta di licenza implicita alla comunicazione di quelli per cui non forniscono informazioni.

⁶² Cfr. art. 17, par. 4, lett. c) e art. 102-septies, comma 1, lett. c). Nella pratica questo intervento può risultare necessario in due casi: i titolari dei diritti non hanno fornito informazioni per prevenire i caricamenti e agiscono per chiederne la rimozione una volta che sono divenuti disponibili; oppure il prestatore ha compiuto i massimi sforzi per impedire il caricamento di contenuti per cui ha ricevuto informazioni, ma questi sono comunque divenuti disponibili per ragioni oggettive. Si pensi, per es., al caso in cui limitazioni tecnologiche intrinseche abbiano impedito di individuarli (cfr. *ibidem*, p. 17).

no gli utenti che caricano i contenuti sui servizi dei prestatori a rispondere della loro illiceità in materia di diritto d'autore; oggi ne rispondono invece i prestatori sui cui servizi avvengono i caricamenti. Questi sono però soggetti a una costruzione ibrida fra la responsabilità diretta sopportata da chi commette l'illecito e quella indiretta degli intermediari per fatti di terzi: se dimostrano di essersi conformati a una serie di obblighi di diligenza, non rispondono della presenza sui loro servizi di contenuti non autorizzati.

3.1. I rischi degli strumenti di riconoscimento automatico e le garanzie a tutela della libertà di espressione

La proposta originaria della Commissione prevedeva che i prestatori dovessero prevenire caricamenti illeciti tramite l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico, che consentono di filtrare i contenuti e individuare quelli non autorizzati⁶³. La versione finale dell'art. 17, invece, non richiede l'adozione di misure specifiche per conformarsi al nuovo regime di responsabilità. Tuttavia, «se il linguaggio è cambiato, l'effetto rimane lo stesso»⁶⁴: dato il volume di contenuti immesso dagli utenti dei prestatori, l'unico modo per prevenire i caricamenti illegittimi è scannerizzarli in modo automatico e compararli con un *database* di materiale protetto⁶⁵.

La versione finale dell'art. 17 non parla più di strumenti di riconoscimento automatico perché il riferimento a questi aveva dato luogo ad accesi dibattiti all'interno del Parlamento e del Consiglio e a dimostrazioni di opposizione a tutela della libertà di espressione di una parte della società civile e di ambienti accademici⁶⁶. Questi strumenti, adottati in via volontaria fin dalla seconda me-

⁶³ Cfr. art. 13, par. 1 della proposta, che faceva riferimento a «l'uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti», nonché l'analisi di impatto della Commissione, in cui era sottolineata l'accresciuta disponibilità sul mercato degli strumenti di riconoscimento automatico e la loro efficacia, in particolare di quelli che funzionano tramite impronta digitale (*Commission staff working document*, p. 137 ss.). Gli strumenti basati su questa tecnica (c.d. *fingerprinting*) sono i più complessi e raffinati. Permettono di generare una rappresentazione digitale di un determinato contenuto riducendolo ai suoi elementi caratteristici e di paragonare tale "impronta" con quelle dei *file* che si trovano su un *server*; a differenza degli strumenti basati sulle tecniche di *hashing* e *watermarking*, sono in grado di rilevare anche i contenuti che non siano copie identiche dei *file* presi a riferimento. Per maggiori informazioni sui diversi tipi di strumenti, cfr. il rapporto per il Ministero della cultura francese *Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus*, 2020.

⁶⁴ Cit. U. FURGAL *et al.*, *op. cit.*, p. 27 («*The language has changed but the effect remains the same [...] the change in language is window dressing. It responds to the public discourse, but only in form not in substance*»).

⁶⁵ È del resto quanto ritenuto da molti esperti del settore. Cfr.: S. DUSOLIER, *op. cit.*; K. GRISSÉ, *After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, pp. 887 ss.; M. LAMBRECHT, *Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2020, p. 68 ss.; J. P. QUINTAIS, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁶ Cfr., tra i tanti: Felix Reda *discusses the current Proposal*; R. HILTY-V. MOSCON, *op. cit.*; M. SENFTLEBEN, *Content Censorship and Council Carelessness – Why the Parliament Must Safeguard the Open, Participative Web 2.0*, in *Tijdschrift voor auteurs, media- & informatierecht*, 2018, p. 139 ss.; M. SENFTLEBEN-C. ANGELOPOULOS-G. FROSIO-V. MOSCON-M. PEGUERA-O.A. ROGNSTAD, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, 2018, p. 149 ss. Si vedano anche la petizione *Stop the censorship-machinery! Save*

tà degli anni 2000 dai prestatori principali (il più celebre è il *software* Content ID adottato da YouTube), aprono infatti molteplici inconvenienti. Tra questi, la mancanza di trasparenza sui criteri utilizzati dagli algoritmi per filtrare i contenuti, l'assenza di adeguate garanzie procedurali e di imparzialità e la predisposizione di blocchi eccessivi.

Il rischio ultimo è pregiudicare il caricamento di contenuti leciti, privando così gli utenti (e di rimando il pubblico) di uno spazio di espressione legittimo, a danno della libertà di comunicare e ricevere informazioni e idee di cui all'art. 11 della Carta dei Diritti fondamentali. D'altronde, è evidente che la rilevanza sociale di alcune piattaforme è tale da rendere l'accesso ai loro servizi sempre più essenziale per l'esercizio della libertà di espressione. Basti pensare alle decisioni di Facebook e di Twitter di sospendere l'account di Donald Trump per il caricamento di contenuti qualificati dalle piattaforme come *fake news* e incitamenti alla violenza⁶⁷. Privando l'allora presidente degli Stati Uniti dello strumento fino a quel momento usato per comunicare con milioni di persone, queste decisioni sono state da più parti percepite come un atto di censura, realizzato sulla base di forme di privatizzazione di giustizia digitale⁶⁸.

Consapevole dei rischi degli strumenti di riconoscimento automatico, il legislatore ha posto diversi limiti alle misure di blocco attuabili dai prestatori e alla loro libertà procedurale, limitando la discrezionalità delle loro scelte e assicurando che siano soggette a forme di controllo. Si vuole così raggiungere un giusto equilibrio fra l'interesse dei titolari dei diritti d'autore alla protezione delle loro prerogative, da un lato, e quelli degli utenti alla libera circolazione dell'informazione *online*, dall'altro⁶⁹.

Alcune garanzie sono dirette a contrastare la tendenza "allo zelo" dei prestatori; potrebbero essere incentivati ad applicare un algoritmo che blocchi "troppo" piuttosto che "troppo poco" per evitare i costi derivanti da possibili controversie

the Internet! e le due lettere aperte inviate nel 2018 ai decisori europei *The Copyright Directive is failing* e *Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet*.

⁶⁷ Si noti che queste decisioni sono state prese in risposta a violazioni dei termini di utilizzo delle rispettive piattaforme, e non per evitare forme di responsabilità che sarebbero ricadute sulle stesse. La Sezione 230 del Communication Decency Act statunitense del 1996 fornisce infatti una copertura molto vasta alle piattaforme che pubblicano contenuti creati e caricati da terzi. Per una sua analisi, L. BRANDIMARTE-L. PECCHI-G. PIGA *Le imprese Big Tech: schiave delle leggi per poter essere liberi?*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 811 ss.

⁶⁸ Sono celebri, a riguardo, le frasi del fondatore di Facebook Mark Zuckerberg, per cui la sua società sarebbe, per molti aspetti, «*more like a government than a traditional company*», e per cui l'Oversight Board, composto da membri esterni a Facebook e chiamato a operare un controllo sulle decisioni finali della piattaforma, costituirebbe una sorta di «*Supreme Court*». La decisione di Facebook di istituire l'Oversight Board è stata in effetti interpretata come un passo avanti nella direzione di un «vero e proprio processo di privatizzazione della giustizia digitale» (cfr. O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 11). Per un'analisi del funzionamento del sistema adottato da Facebook e i problemi da esso posti, S. PELLERITI, *La governance privata di Facebook e la presa di coscienza del regolatore europeo: qualcosa sta cambiando?*, in questa *Rivista*, 2021, p. 428 ss.

⁶⁹ La presenza di sufficienti contrappesi è evidenziata dalla sentenza del 26 aprile 2022 della Corte di giustizia, che ha respinto il ricorso con cui la Polonia aveva chiesto l'annullamento dell'art. 17, considerato suscettibile di dar luogo a una situazione di sorveglianza preventiva *online* lesiva della libertà di espressione. La Corte riconosce che il regime di responsabilità introdotto dall'art. 17 comporta una limitazione dell'esercizio della libertà di espressione e di informazione; ritiene però che vi siano adeguate garanzie a sua tutela, e che il legislatore abbia delineato un giusto equilibrio tra i diversi diritti e interessi coinvolti.

con i titolari dei diritti⁷⁰. Tra queste, vi è la garanzia prevista dall'art. 17, par. 7: afferma che non deve essere impedita la disponibilità di contenuti caricati in modo legittimo, e che nelle fattispecie in esame gli utenti devono potersi avvalere di una serie di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore⁷¹.

Secondo alcuni, quest'ultima previsione non apporterebbe alcuna garanzia reale in quanto gli strumenti di riconoscimento automatico non sono in grado di identificare caricamenti legittimi in ragione di eccezioni⁷². In effetti, anche quelli più raffinati rilevano solo *corrispondenze* tra contenuti, e non anche *violazioni* al diritto d'autore; non essendo in grado di valutare il contesto, non riconoscono se un caricamento è legittimo per ragioni di parodia, citazione o critica⁷³. Queste preoccupazioni sono mitigate dalle linee guida Commissione, che chiariscono come devono comportarsi i prestatori per assicurare che gli usi legittimi siano effettivamente fatti salvi⁷⁴.

Perché i diritti degli utenti siano tutelati non è sufficiente che i caricamenti legittimi siano ripristinati dopo essere stati rimossi; pertanto, non è possibile bloccare *ex ante* tutti i contenuti identificati dai titolari dei diritti e rimettere all'utente l'onore di formulare un reclamo. Gli strumenti adottati dai prestatori dovranno essere costruiti in modo tale da bloccare automaticamente solo i contenuti che appaiano di manifesta illiceità alla luce delle informazioni "pertinenti e necessarie" fornite dai titolari dei diritti⁷⁵. Viceversa, in tutte le situazioni equivoche i contenuti dovranno andare *online*, potendo divenire oggetto di verifica umana *ex post* qualora i titolari dei diritti inviassero una segnalazione⁷⁶. In sintesi, il legi-

⁷⁰ Cfr. T. RIIS-S.F. SCHWEMER, *Leaving the European Safe Harbor, Sailing Towards Algorithmic Content Regulation*, in *Journal of Internet Law*, 2019, p. 1 ss., p. 2. D'altronde, come notato, «Le tech companies hanno sì messo a disposizione dei propri utenti «the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard», ma l'obiettivo non è certamente ampliare le possibilità di esercizio della libertà di espressione, quanto quello di perseguire il profitto [...]» (M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 739 ss., p. 741).

⁷¹ Quelle relative a citazione, critica e rassegna, nonché ad utilizzi a scopo di caricatura, parodia o *pastiche*. In tal modo, queste eccezioni, in parte già previste come facoltative dall'art. 5 della direttiva InfoSoc, divengono obbligatorie: gli Stati che non le prevedono sono tenuti a recepirle, perlomeno per la fattispecie contemplata dall'art. 17.

⁷² Cfr., tra i tanti, U. FURGAL *et al.*, *op. cit.*, p. 27 («the introduction of user exceptions under Article 17(7) [...] looks like a substantive change [...] Here the question is how this provision will be operationalised in the implementation phase. The freedoms may be there in law, but how are they preserved?»).

⁷³ Tanto più che la demarcazione tra violazioni e usi legittimi è particolarmente complessa nei casi di specie: molti caricamenti non sono semplici copie di contenuti protetti ma opere create dagli utenti, che includono trasformazioni o brevi estratti di contenuti protetti, come *clips* di film.

⁷⁴ Contribuiscono così a mitigare anche le preoccupazioni espresse dalla Germania; aveva votato favorevolmente al testo finale della direttiva aggiungendo però una dichiarazione per manifestare l'esigenza che la concreta definizione del regime di responsabilità fosse equilibrata e non lesiva della libertà di espressione (si veda qui).

⁷⁵ Circa la definizione di soluzioni pratiche per conformarsi a tali indicazioni, sono di ausilio le conclusioni che l'avvocato generale Henrik Saugmandsgaardøe ha presentato il 15 luglio 2021 alla Corte di giustizia in relazione al ricorso proposto dalla Polonia. Secondo l'avv., queste soluzioni «consisteranno nell'integrare, negli strumenti di riconoscimento di contenuto, parametri che consentono di aiutare a distinguere il manifesto dall'equivoco. [...] Si tratterà, ad esempio, di tenere conto dei tassi di corrispondenza rilevati da tali strumenti, nonché di fissare soglie al di sopra delle quali il blocco automatico di un contenuto è giustificato, e al di sotto delle quali è ragionevolmente ipotizzabile l'applicazione di un'eccezione [...]».

⁷⁶ Questi, infatti, non sono senza protezione. Possono chiedere la rimozione dei contenuti, nonché il blocco permanente, inviando una segnalazione ai sensi dell'art. 17, par. 4, lett. c), indicando per esempio perché dovrebbe essere esclusa l'applicazione di un'eccezione. Le linee

slatore ha ritenuto che i “falsi positivi”, consistenti nel bloccare contenuti legali, siano più gravi dei “falsi negativi”, che si risolvono nel far passare taluni contenuti illeciti⁷⁷.

Ulteriori garanzie sono di natura procedimentale, e servono a tutelare gli utenti nelle situazioni in cui i prestatori dovessero comunque bloccare contenuti legittimi. La *ratio* è limitare l'unilateralità dell'esercizio della funzione attribuita ai prestatori, assicurando che non sia lasciato nelle loro mani un “potere censorio” privo di appello. L'art. 17, par. 9, afferma innanzitutto che i prestatori devono istituire meccanismi di reclamo “celeri ed efficaci”, da trattare “senza indebito ritardo”, per consentire di contestare le misure di rimozione o disabilitazione⁷⁸. È poi previsto che, ferma restando la possibilità di adire l'autorità giudiziaria, gli utenti devono poter contestare la decisione finale dei prestatori attraverso un meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie; si vogliono così assicurare loro modalità rapide e non dispendiose per far valere i propri diritti, e che a dirimere le controversie siano soggetti con elevata qualificazione tecnica. In conformità a queste esigenze, questa forma di ADR in Italia è stata affidata all'AGCOM, chiamata anche ad adottare apposite linee guida sul funzionamento dei meccanismi di reclamo⁷⁹.

Un'ultima garanzia è prevista dall'art. 17, par. 8, che stabilisce che l'applicazione delle disposizioni introdotte «non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza». Si fa così salvo il principio per cui l'informazione *online* non può essere soggetta ad una sorveglianza preventiva generalizzata rimessa agli intermediari, volto a garantire che *internet* rimanga uno spazio libero e aperto. L'art. 17 si limiterebbe a prevedere un obbligo specifico di sorveglianza: le misure di filtraggio dovranno limitarsi alla ricerca delle sole violazioni che risultino manifeste alla luce delle informazioni fornite dai titolari dei diritti⁸⁰.

3.2. Le garanzie a tutela della libertà di impresa e della concorrenza

L'art. 17 contiene numerose garanzie anche a favore della libertà di impresa e della concorrenza. L'obiettivo, anche qui, è raggiungere un giusto bilanciamento tra la tutela del diritto d'autore e quella degli altri diritti e interessi coinvolti. Soprattutto, si vuole scongiurare il rischio che i nuovi obblighi finiscano per generare un vantaggio competitivo per i giganti del *web*, contribuendo a rafforzare la concentrazione del mercato delle piattaforme di condivisione nelle mani di pochi *players*. Se YouTube e gli altri operatori principali hanno già implementato strumenti automatici di riconoscimento, l'esigenza di investire in queste tecnologie potrebbe disincentivare l'ingresso nel mercato (o agevolare l'uscita dal mercato) di operatori minori⁸¹.

guida prevedono inoltre che ai titolari dei diritti dovrebbe essere data la possibilità di contrassegnare i materiali la cui messa in rete non autorizzata sia «idonea a causare loro un danno economico significativo». Rispetto a questi i prestatori dovrebbero dare prova di una diligenza particolare, per es. svolgendo una rapida verifica umana prima di decidere se consentire il caricamento (*Linee guida*, p. 25 ss.).

⁷⁷ Cit. H. Saugmandsgaardøe. L'impostazione della Commissione è conforme a quanto raccomandato da parte della comunità accademica (cfr. *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics*, 2019).

⁷⁸ Cfr. art. 102-*decies*, comma 2, della LDA.

⁷⁹ Cfr. art. 102-*decies*, commi 2 e 4.

⁸⁰ Per maggiori informazioni sul tema, cfr. le conclusioni dell'avv. gen. H. Saugmandsgaardøe.

⁸¹ Cfr., tra i molti: EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Re-*

Il legislatore europeo ha innanzitutto limitato l'ambito di applicazione dell'art. 17: ai sensi della definizione di "prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*" infine adottata, gli obblighi si applicano agli operatori che danno accesso a una "grande quantità di contenuti"⁸²; inoltre, il considerando 62 precisa che ci si riferisce ai prestatori che «svolgono un ruolo importante sul mercato dei contenuti *online*, in concorrenza con altri servizi di contenuti *online*». Indipendentemente dal carattere aperto dei termini impiegati, è chiaro che l'art. 17 riguarda le "grandi" piattaforme. Dal suo ambito di applicazione sono inoltre escluse alcune categorie di operatori, tra i quali le enciclopedie *online* e i repertori didattici e scientifici senza scopo di lucro⁸³.

In secondo luogo, l'art. 17, par. 6, e sulla scorta di quello il nuovo art. 102-*octies* della LDA, prevede un regime di responsabilità mitigato per le imprese attive da meno di tre anni che abbiano un fatturato inferiore a € 10 M annui e che operano tramite il caricamento degli utenti per sviluppare nuovi modelli di *business*⁸⁴. L'idea è che i potenziali danni in materia di *copyright* arrecati da questi prestatori potrebbero essere limitati, soprattutto se confrontati con i possibili effetti positivi derivanti dall'innovazione e dall'ingresso sul mercato di nuovi *players*. Il momento di applicare regole più rigorose verrà dopo, quando il rapporto tra costi e benefici della regolamentazione sarà più ragionevole.

È infine rilevante la previsione di cui all'art. 17, par. 5: prevede che nel verificare se i prestatori si sono conformati agli obblighi di cui al par. 4, occorre esaminare le misure da questi prese "caso per caso", alla luce del "principio di proporzionalità", tenendo conto di elementi come la "dimensione del servizio" o il "costo" degli strumenti disponibili⁸⁵.

form Package, 2017; Felix Reda discusses the current Proposal; M. SENFTLEBEN *et al.*, *op. cit.*; Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet. Cfr. anche il tweet, disponibile qui, del fondatore di Wikipedia, che il 26 marzo 2019 ha dichiarato «*You, the Internet user, have lost a huge battle today in Internet parliament. The free and open internet is being quickly handed over to corporate giants at the expense of ordinary people. This is not about helping artists, it is about empowering monopolistic practices*».

⁸² Cfr. art. 2, 6), della direttiva, ai sensi del quale sono tali i prestatori di servizi della società dell'informazione «il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro».

⁸³ Circostanza che, come notato, «*really made a big difference. Wikipedia, GitHub, eBay, Dropbox all were in effect exempted from the new liability, as well as start-ups (as long as they don't reach a turnover of EURO 10 million per year). So the discourse could be said to be reflected in the change in the law*» (cfr. U. FURGAL *et al.*, *op. cit.*, p. 28).

⁸⁴ Il regime varia a seconda che il loro numero di visitatori mensili sia o meno inferiore a 5 M. Nel primo caso, i nuovi prestatori devono solo compiere i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione e rispettare l'obbligo di "segnalazione e rimozione" di cui alla prima parte dell'art. 17, par. 4, lett. c); nel secondo, devono rispettare anche quello di impedire futuri caricamenti di opere oggetto di segnalazione di cui alla seconda parte dell'art. 17, par. 4, lett. c). A nessuna delle due categorie si applica l'obbligo previsto al par. 4, lett. b).

⁸⁵ L'esigenza di considerare le caratteristiche dei diversi operatori è poi ribadita più volte dalle linee guida Commissione. Rispetto ai massimi sforzi per ottenere l'autorizzazione, prevedono che i grandi prestatori dovrebbero contattare un alto numero di titolari, mentre per i più piccoli potrebbe essere sufficiente rivolgersi agli organismi di gestione collettiva competenti, e eventualmente ai titolari di diritti facilmente identificabili (*Linee guida*, p. 11). In relazione alla prevenzione di caricamenti illegittimi, invece, la Commissione evidenzia che la tecnologia basata sul *fingerprinting*, utilizzata dai principali prestatori, non va intesa come lo *standard* di mercato per i piccoli, per cui potrebbe risultare proporzionato ricorrere a soluzioni più semplici (*ivi*, p. 14).

3.3. Il riferimento a concetti indefiniti

Una critica condivisibile mossa all'art. 17 è che creerà incertezza giuridica in quanto fa uso di formulazioni di difficile comprensione e di concetti indefiniti. Le nozioni aperte relative al regime di responsabilità sono numerose: "ricavi significativi"; "grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti"; "massimi sforzi"; "elevati standard di diligenza professionale di settore"; "informazioni sufficienti e pertinenti"; "segnalazione sufficientemente motivata", ecc.

È vero che l'utilizzo di nozioni aperte dovrebbe assicurare che le disposizioni possano adeguarsi a diversi tipi di operatori e di situazioni, nonché all'evoluzione delle prassi e delle tecnologie, così da resistere alla prova del tempo. D'altronde il diritto d'autore rappresenta un esempio emblematico della sfida che il panorama digitale costituisce per il legislatore, e dell'affanno con cui l'impianto normativo cerca di adeguarsi a uno scenario in continua mutazione. D'altra parte, termini vaghi – la cui presenza è uno dei motivi per cui diversi Stati hanno votato contro la direttiva⁸⁶ – rischiano di generare contenziosi.

Resta comunque condivisibile che i concetti indefiniti adoperati dall'art. 17 non siano stati chiariti dal decreto italiano, che ha effettuato un recepimento quasi *verbatim*. È infatti opportuno considerare questi concetti nozioni autonome di diritto europeo, di modo che il loro significato venga progressivamente chiarito in modo uniforme per tutti gli Stati membri. I prestatori non dovrebbero essere soggetti a ventisette regimi nazionali di responsabilità in potenza divergenti. Soprattutto, titolari del diritto d'autore e utenti dei servizi dovrebbero beneficiare di una protezione sostanzialmente identica, indipendentemente dallo Stato in cui si trovano.

Alcuni chiarimenti sono stati già forniti dalle linee guida della Commissione più volte richiamate. Oltre che «per aiutare gli operatori nel conformarsi alle norme nazionali di attuazione», sono state adottate per favorire un «recepimento corretto e coerente dell'art. 17 in tutti gli Stati membri»⁸⁷ – intenzione invero compromessa dal fatto che siano state pubblicate pochi giorni prima del termine di recepimento. Ulteriori precisazioni circa le diverse nozioni e i dubbi che le circondano saranno fornite dalla giurisprudenza futura della Corte di giustizia. Verosimilmente, non mancheranno sentenze in materia.

4. L'ampliamento delle prerogative di autori e artisti

Come gli artt. 15 e 17, anche gli artt. da 18 a 23 della direttiva perseguono una ripartizione più equa dei ricavi generati dai contenuti protetti fra detentori dei diritti e piattaforme; l'ordine di problemi cui cercano di far fronte questi articoli è però diverso. Gli artt. 15 e 17 sono diretti a superare lo stato di incertezza che non permetteva di estendere pienamente all'ambiente digitale il princi-

⁸⁶ Cfr. la Dichiarazione congiunta di Paesi Bassi, Lussemburgo, Polonia, Italia e Finlandia, in cui si legge «*Furthermore, we feel that the Directive lacks legal clarity, will lead to legal uncertainty for many stakeholders concerned and may encroach upon EU citizens' rights*» (si veda qui).

⁸⁷ *Linee guida*, p. 1. Ciò in conformità all'art. 17, par. 10, che stabilisce l'obbligo per la Commissione di fornire orientamenti sull'applicazione dell'art. 17, tenendo conto dei risultati dei dialoghi con le parti interessate organizzati in cooperazione con gli Stati membri.

pio per cui lo sfruttamento dei contenuti deve essere autorizzato e soggetto a una remunerazione. Gli artt. 18-23 rispondono invece a una problematica connessa al mercato: l'asimmetria di potere tra autori e artisti e loro controparti è suscettibile di compromettere un'adeguata remunerazione dei primi.

Questi articoli, il cui *iter* ha suscitato minor clamore mediatico, sono stati adottati infatti nella consapevolezza che i contratti relativi allo sfruttamento di opere e prestazioni protette non sono conclusi tra pari che contrattano liberamente tra loro⁸⁸. Autori e artisti, spesso privi di mezzi finanziari e competenze giuridiche, tendono a trovarsi in una posizione di debolezza. Di qui, la previsione di misure che incidono su aspetti dei rapporti tra le parti tradizionalmente rimessi alla libera negoziazione; esse ampliano le prerogative della parte debole e evitano che quella forte tragga vantaggio dagli squilibri di potere, promuovendo equilibrio e equità⁸⁹.

La libertà di manovra che è stata riconosciuta agli Stati per la trasposizione degli articoli in esame è assai ampia. Considerate la complessità dei rapporti contrattuali nell'industria creativa e le consuetudini e specificità proprie di ciascun settore, l'adozione di diverse disposizioni è facoltativa, e agli Stati è spesso richiesto di introdurre specificazioni. In tal senso, gli artt. 18-23 sembrano dettare un'armonizzazione minima, non impedendo l'introduzione di protezioni maggiori⁹⁰.

L'Italia ha utilizzato questo margine di discrezionalità per rafforzare le protezioni a tutela della parte debole. Per questo, un elemento ricorrente delle disposizioni di recepimento degli artt. 18-23 è il riferimento all'AGCOM, nonché alle *collecting societies*, che svolgono un ruolo fondamentale nella negoziazione delle licenze e nella tutela dei diritti dei propri iscritti. Il recepimento di queste previsioni è stato inoltre l'occasione per adeguare alcune disposizioni della LDA divenute inattuali, risolvere storture emerse nel corso del tempo e assicurare una maggior coerenza sistematica⁹¹.

⁸⁸ Si tratta, d'altronde, di un dato vero in senso generale. L'idea dei mercati come luoghi di libero scambio fra pari, presente nei codici ottocenteschi di stampo liberale, appare oggi superata, come dimostra la previsione di numerosi strumenti volti a garantire un controllo sul potere negoziale. Sul tema, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 893 ss.

⁸⁹ Come evidenziato, queste misure costituiscono «*a first and important step in the EU copyright acquis to deal with the contractual protection of creators*» (EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 2020, p. 2). Delle misure in tal senso già esistevano in alcuni Stati, ma il panorama nel complesso era assai frammentato. A riguardo, cfr. lo studio *Contractual arrangements applicable to creators: Law and practice of selected Member States*, realizzato per il Parlamento Europeo nel 2014 da Séverine Dusollier e Caroline Ker (CRIDS - University of Namur), Maria Iglesias e Yolanda Smits (KEA - European Affairs).

⁹⁰ Cfr. il considerando 76, che in relazione all'obbligo di trasparenza prevede che «Gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità, conformemente al diritto dell'Unione, di stabilire misure ulteriori tramite disposizioni nazionali per garantire la trasparenza agli autori e agli artisti (interpreti o esecutori)».

⁹¹ Il d.lgs. n. 177/2021 ha, per es., modificato gli artt. 18, 46-bis, 80 e 84 della LDA per aggiornare le modalità di determinazione dei compensi in difetto di accordo tra le parti. Ne ha infatti rimesso la definizione all'AGCOM in luogo del collegio arbitrale previsto dall'art. 4 del d.lgs. 20 luglio 1945, n. 440. Ancora: il d.lgs. ha modificato l'art. 84, relativo al compenso dovuto agli artisti interpreti ed esecutori per l'utilizzazione di opere cinematografiche e assimilate, per includere tra queste «le opere teatrali trasmesse»; sono stati così ricompresi anche gli sfruttamenti in *streaming* di spettacoli teatrali, divenuti più frequenti a seguito della pandemia da Covid-19.

4.1. Le cinque misure introdotte

La direttiva ha introdotto cinque misure a tutela dei titolari dei diritti⁹²: il principio di una remunerazione adeguata e proporzionata (l'unico che incide sulla fase di negoziazione dei contratti); l'obbligo di trasparenza; il meccanismo di adeguamento della remunerazione inizialmente concordata e quello di risoluzione stragiudiziale del controverso (misure non derogabili contrattualmente, non essendo opponibili a autori e artisti pattuizioni che vi contrastino⁹³); e, infine, un meccanismo di revoca delle licenze concesse.

Il principio della remunerazione "adeguata e proporzionata" di autori e artisti da parte dei soggetti cui concedono in licenza o trasferiscono i loro diritti per lo sfruttamento delle loro opere o prestazioni è previsto dall'art. 18 della direttiva. In Italia, è stato recepito inserendo nell'art. 107 della LDA un nuovo comma 2⁹⁴, che prevede che la remunerazione deve essere commisurata ai ricavi che derivano dallo sfruttamento dei contenuti, laddove i pagamenti forfettari sono ammessi solo in casi limitati⁹⁵. Si noti che la trasposizione dell'art. 18 ha costituito l'occasione per rivedere una serie di disposizioni preesistenti della LDA. Tra le altre cose, per rispondere ai rilievi delle organizzazioni rappresentative dei musicisti secondo cui i produttori riconoscerebbero loro una percentuale irrisoria dei ricavi ottenuti dalle piattaforme per sfruttamenti *streaming*. È stata infatti introdotta una nuova disposizione che, nel rispetto della libertà negoziale, tutela i musicisti in relazione a queste fattispecie specifiche⁹⁶.

Il successivo art. 19 della direttiva affronta un nodo centrale: perché autori e artisti possano verificare che quanto ricevono sia effettivamente adeguato e proporzionato, occorre che siano consapevoli dei proventi generati dallo sfrut-

⁹² Si noti che le misure introdotte, pur riguardando tutti i contratti, non solo quelli relativi agli sfruttamenti *online*, sono dirette in via principale ad assicurare equilibrio e trasparenza nel mercato digitale, in cui i rapporti tra le parti sono divenuti più complessi e sfaccettati.

⁹³ Cfr. art. 23 della direttiva e il nuovo art. 114-*bis* della LDA.

⁹⁴ Si noti che l'art. 107, comma 2, specifica che sono fatte salve le altre forme di compenso già previste dalla LDA, tra cui sono indicate quelle di cui agli artt. 46-*bis* e 84. Il richiamo espresso a questi articoli nella clausola di salvezza è diretto a chiarire la *ratio* della modifica apportata loro. Stabilendo che i compensi previsti dagli artt. 46-*bis* e 84 devono essere "adeguati e proporzionati", anziché "equi", il d.lgs. n. 177/2021 non vuole lasciare intendere che siano assorbiti dal compenso previsto dal nuovo comma 2 dell'art. 107; vuole, piuttosto, dare maggior concretezza a quanto dovuto ai sensi degli artt. 46-*bis* e 84, da determinare non più solo sulla base di un criterio di equità.

⁹⁵ Ciò in conformità al considerando 73 della direttiva, ai sensi del quale «Un pagamento forfettario può costituire una remunerazione proporzionata, ma non dovrebbe rappresentare la norma». Secondo la previsione introdotta in Italia, i pagamenti forfettari sono ammessi «per l'autore o l'artista quando il suo contributo all'opera o all'esecuzione ha carattere meramente accessorio e i costi delle operazioni di calcolo sono sproporzionati allo scopo». Questa possibilità tutela innanzitutto i soggetti obbligati, che hanno evidenziato le difficoltà di procedere a remunerazioni commisurate ai ricavi rispetto ai casi in cui molti soggetti abbiano contribuito con apporti minimi a opere collettive. D'altra parte, per gli autori e gli artisti che abbiano apportato contributi meramente accessori a un'opera collettiva una somma forfettaria può risultare superiore a una quota proporzionale dei ricavi.

⁹⁶ Cfr. la nuova versione dell'art. 80 della LDA, che specifica che i contratti con cui i musicisti cedono i loro diritti ai produttori devono prevedere che sia riconosciuta loro una remunerazione "equa, adeguata e proporzionata" anche per lo sfruttamento delle loro opere da parte di piattaforme di *streaming*. Ulteriori modifiche sono state apportate agli artt. 44, 46 e 80 della LDA; ciò con il fine di ampliare le categorie di autori e artisti interpreti ed esecutori del settore audiovisivo cui si applicano le disposizioni della LDA sullo sfruttamento economico dei contenuti. Tra i primi sono stati inclusi anche gli adattatori dei dialoghi, i direttori del doppiaggio e i traduttori; tra i secondi, i doppiatori.

tamento dei loro lavori. Viste la crescente complessità delle modalità di sfruttamento dei contenuti *online* e la varietà di intermediari coinvolti, è sempre più difficile per i titolari dei diritti monitorare il successo dei loro contenuti⁹⁷. In materia sussiste un'asimmetria informativa: talvolta le controparti contrattuali di autori e artisti detengono, e non condividono, le informazioni rilevanti. Di qui, la previsione dell'art. 19 per cui autori e artisti hanno il diritto di ricevere periodicamente (almeno una volta l'anno) informazioni "aggiornate, pertinenti e complete" sullo sfruttamento delle loro opere ed esecuzioni, «in particolare per quanto riguarda le modalità di sfruttamento, tutti i proventi generati e la remunerazione dovuta».

L'art. 19 è stato recepito inserendo nella LDA il nuovo art. 110-*quater*, redatto nella convinzione che la rimozione dell'asimmetria informativa è imprescindibile per una negoziazione bilaterale consapevole e perché i diritti di autori e artisti non siano esautorati. L'art. 110-*quater*, infatti, specifica gli elementi che devono essere oggetto di comunicazione; prevede che l'obbligo deve essere assolto almeno ogni sei mesi (anziché almeno una volta all'anno); stabilisce che la mancata comunicazione delle informazioni comporta l'applicazione di sanzioni pecuniarie da parte dell'AGCOM, chiamata a vigilare circa l'assolvimento dell'obbligo,⁹⁸ e stabilisce una presunzione legale di inadeguatezza del compenso in caso di violazione. Infine, non recepisce alcune disposizioni facoltative della direttiva considerate suscettibili di compromettere l'effettività della tutela⁹⁹.

L'obbligo di trasparenza, e in particolare il modo in cui è stato recepito in Italia¹⁰⁰, è stato fortemente criticato dai soggetti obbligati, che hanno ritenuto eccessivi i costi di adeguamento¹⁰¹, sottolineando la mancanza di studi approfonditi per quantificarli¹⁰². La preoccupazione principale espressa, in ogni caso, è che comprometta la riservatezza di dati aziendali sensibili. Proprio tenendo conto dell'esigenza di confidenzialità, l'art. 110-*quater* della LDA prevede che le informazioni, oltre che in via diretta ai titolari dei diritti, possano essere rilasciate alle *collecting societies*¹⁰³.

⁹⁷ Cfr. *Commission staff working document*, p. 174 e ss.

⁹⁸ Recependo così le osservazioni dell'European Copyright Society, che aveva evidenziato l'esigenza che gli Stati membri considerassero la questione delle sanzioni, non affrontata dalla direttiva (Cfr. EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Addressing Selected Aspects*, cit., pp. 2 e 12).

⁹⁹ Si pensi alla possibilità di prevederne una limitazione nei casi in cui l'onere amministrativo «diventasse sproporzionato rispetto ai proventi generati dallo sfruttamento», o quella secondo cui gli Stati potrebbero prevedere che l'obbligo non sussista quando il contributo dell'autore o dell'artista «non è significativo rispetto al complesso dell'opera». D'altronde, è probabile che il significato di queste clausole vaghe sarebbe stato nei fatti determinato dai soggetti obbligati.

¹⁰⁰ Si è infatti affermato che sarebbe suscettibile di creare un ambiente normativo che, specie se paragonato a quello di altri Paesi, potrebbe scoraggiare investimenti esteri; ciò sia in ragione delle sanzioni introdotte, considerate eccessive, che del novero delle informazioni da rilasciare, non limitato a quelle ritenute effettivamente utili ai fini dell'esercizio dei titolari dei diritti.

¹⁰¹ Ciò sarebbe vero sia per gli operatori che già forniscono informazioni ai titolari dei diritti sulla base di clausole contrattuali o altre previsioni, che si vedono ampliare e dettagliare l'ambito dei dati da dichiarare e la frequenza delle comunicazioni, che ancor di più per quelli che non fornivano informazioni in tal senso e sono soggetti a un onere nuovo.

¹⁰² Secondo la Commissione, la misura sarebbe proporzionata in quanto ha ad oggetto informazioni già raccolte ed elaborate dai soggetti obbligati per ragioni di contabilità e *copyright*. Questi dovrebbero quindi limitarsi ad estrarre informazioni già possedute e a condividerle con autori e artisti in modo strutturato e comprensibile. Inoltre, l'onere dovrebbe diminuire nel tempo, sia perché integrato nei processi di *business* ordinari sia perché l'evoluzione tecnologica ridurrà i costi di gestione e comunicazione dei dati (cfr. *Commission staff working document*, p. 183 ss.).

¹⁰³ La circostanza che l'obbligo di trasparenza possa comunque essere assolto direttamente

Il successivo art. 20 della direttiva ha introdotto il principio di adeguamento contrattuale, che serve ad assicurare un rapporto di proporzionalità tra la remunerazione riconosciuta e il successo dell'opera o della prestazione artistica. È infatti previsto un aggiustamento dei contratti se la remunerazione concordata si rivela troppo bassa rispetto ai proventi originati nel tempo¹⁰⁴ (circostanza che dovrebbe risultare dalle informazioni comunicate in espletamento dell'obbligo di trasparenza). La previsione è recepita dal nuovo art. 110-*quinquies* della LDA, che specifica che ai fini dell'adeguamento contrattuale vadano considerate tutte le possibili tipologie di proventi derivanti dallo sfruttamento dei contenuti¹⁰⁵.

La quarta misura è prevista dall'art. 21, che stabilisce che le controversie relative all'obbligo di trasparenza e al meccanismo di adeguamento contrattuale possono essere oggetto di una procedura alternativa di risoluzione delle controversie, che su richiesta di autori e artisti può essere avviata su iniziativa degli organismi che li rappresentano. Si vogliono così assicurare ad autori e artisti modalità rapide e non dispendiose per far valere le proprie prerogative. In Italia, ai sensi del nuovo art. 110-*sexies* della LDA, questa procedura si svolge presso l'AGCOM.

La protezione più radicale risiede nell'articolo 22 della direttiva¹⁰⁶, recepito nel nuovo art. 110-*septies* della LDA. In deroga al principio del carattere vincolante del contratto, riconosce ad autori e artisti il diritto di revocare la licenza o il trasferimento in esclusiva dei propri diritti su un'opera o altri materiali in caso di mancato sfruttamento del contenuto. Ciò purché questo non sia principalmente dovuto a circostanze cui l'autore o l'artista possa rimediare, e sempre che sia trascorso un lasso di tempo ragionevole dalla conclusione dell'accordo di licenza o dal trasferimento dei diritti¹⁰⁷. Ai sensi dell'art. 110-*septies* della LDA, il termine entro cui deve avvenire lo sfruttamento corrisponde a quello stabilito dal contratto, «comunque non superiore a cinque anni o a due anni successivi alla disponibilità dell'opera da parte dell'editore o del produttore». Si cerca così di assicurare sfruttamenti in tempi ragionevoli senza introdurre però rigide finestre temporali che possono finire per penalizzare autori e artisti, soprattutto nel settore musicale¹⁰⁸.

nei confronti dei titolari dei diritti è dovuta al fatto che gli enti citati non operano in tutti i settori e non coprono tutti i diritti oggetto di trasferimento contrattuale.

¹⁰⁴ Secondo la Commissione, anche questo meccanismo dovrebbe comportare un onere limitato: innanzitutto, interesserà solo i contratti per cui dovesse verificarsi una sproporzione tra il compenso pattuito e i ricavi ottenuti; in secondo luogo, i costi relativi all'incremento del compenso andrebbero intesi come un riequilibrio della quota di valore distribuita tra creatori e loro controparti, e non come un onere finanziario aggiuntivo (cfr. *Commission staff working document*, p. 187 ss.).

¹⁰⁵ Tra questi sono espressamente compresi quelli derivanti dal *merchandising* e dalla messa a disposizione dei fonogrammi *online*, ribadendo così l'esigenza che i musicisti siano retribuiti per lo sfruttamento *streaming* delle loro opere e prestazioni.

¹⁰⁶ Come notato da S. DUSOLIER, *op. cit.*, p. 1025.

¹⁰⁷ L'art. 22 identifica una serie di fattori di cui gli Stati possono tenere conto; in questo contesto, è riconosciuta loro anche la possibilità di escludere l'applicazione del meccanismo di revoca per contenuti che contengono generalmente contributi di una pluralità di soggetti. L'Italia non ha recepito questa disposizione, ritenuta suscettibile di compromettere l'effettività del nuovo diritto; rispetto al caso dell'opera collettiva, ha però previsto che la risoluzione del contratto deve essere chiesta da tutti gli autori ed artisti che abbiano contribuito maggiormente al contenuto.

¹⁰⁸ Ciò soprattutto nel settore musicale; durante le consultazioni con il MIC, gli editori hanno rivendicato che sono spesso necessari tempi lunghi per individuare, e costruire, le migliori op-

5. Il ruolo centrale dell'AGCOM

Il d.lgs. italiano di recepimento della direttiva ha riconosciuto molteplici funzioni all'AGCOM, rafforzando il ruolo centrale che ha progressivamente assunto in materia di diritto d'autore.

Nel corso del tempo si è assistito infatti a un ampliamento delle prerogative a garanzia del diritto d'autore esercitate dall'AGCOM, e all'esautoramento di quelle degli altri soggetti istituzionali competenti in materia (in primo luogo della Società Italiana degli Autori ed Editori). Questo percorso è avvenuto sulla base di fonti normative sparse, non organiche e frutto di una sommatoria progressiva di segmenti di attribuzione di poteri¹⁰⁹. La tappa cruciale si è avuta con l'adozione del Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica¹¹⁰, con cui l'Autorità ha disciplinato un procedimento (ad istanza di parte e alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria) volto all'accertamento di violazioni *online* al diritto d'autore e all'emanazione di un ordine di rimozione del contenuto illecito, a pena dell'applicazione di sanzioni pecuniarie¹¹¹.

Com'è noto, il Regolamento ha avuto vicende travagliate. Venne infatti impugnato per l'asserita assenza di norme a fondamento sia dell'esercizio del potere regolamentare dell'Autorità, sia dei poteri inibitori e sanzionatori disciplinativi. Le vicende giudiziarie (e poi anche normative) che ne sono conseguite si sono concluse con il riconoscimento della legittimità dell'atto¹¹², aprendo

portunità di sfruttamento delle opere, in particolare nella fase di crescita e consolidamento dei creatori più giovani.

¹⁰⁹ Cfr., anche ai fini di un approfondimento, M. RAMAJOLI, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *Aida*, 2014.

¹¹⁰ Delibera n. 680/13/CONS.

¹¹¹ Per un'analisi del regolamento, F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2019, nonché i contributi sul tema pubblicati nei numeri di AIDA del 2012 e del 2014.

¹¹² Il TAR Lazio, dopo aver deferito una questione di legittimità costituzionale alla Consulta (ordinanze nn. 10016/2014 e 10020/2014), che la dichiarava inammissibile (sentenza 3 dicembre 2015, n. 247), aveva rigettato il ricorso. Riteneva infatti che una lettura sistematica delle norme (art. 1 della legge n. 249/1997, art. 182-bis della LDA, art. 32-bis del Testo Unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici e d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70) facesse emergere la sussistenza in capo all'Autorità tanto del potere regolamentare che di quelli disciplinati dal Regolamento (sentenza 30 marzo del 2017, n. 4101). Il Consiglio di Stato riformava parzialmente la sentenza di primo grado. Riteneva compatibile con il principio di legalità la funzione normativa esercitata dall'AGCOM (facendo a tal fine esplicito riferimento alla teoria dei "poteri impliciti"), così come l'adozione da parte della stessa di misure volte a inibire e prevenire violazioni al diritto d'autore; giudicava però illegittima la previsione regolamentare di sanzioni pecuniarie in assenza di una circostanziata base legislativa (sentenza 15 luglio del 2019, n. 4933). Il problema veniva successivamente risolto con la legge 17 luglio 2020, n. 77, che, convertendo il d.l. 19 maggio del 2020, n. 34, riconosceva all'Autorità il potere di applicare sanzioni in caso di violazione degli ordini da questa impartiti in materia di tutela del diritto d'autore. Per un'analisi degli argomenti a sostegno e a sfavore della legittimità del regolamento, M. Bassini, *Enforcement del diritto d'autore online e tutela dei diritti "degli altri". Profili costituzionali del Regolamento AGCOM*, in *Federalismi.it*, 2014. Per un commento alla sentenza della Consulta, A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 345 ss. Per un commento alla sentenza del TAR, P. SAMMARCO, *Brevi note critiche sul fondamento del potere normativo dell'AGCOM nel procedimento di notice and take down*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 334 ss. Per un commento alla sentenza del Consiglio di Stato, P. PANTALONE, *Dove la teoria dei poteri impliciti non può osare: il caso delle sanzioni dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore online*, in *MediaLaws*, 2019, p. 230 ss. Sul tema dei poteri impliciti, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001. Sul-

così al conferimento di ulteriori compiti all'Autorità, strada imboccata in modo deciso dal d.lgs. n. 177/2021. È utile, allora, dare conto in modo organico delle nuove funzioni attribuite all'AGCOM (comprese quelle previste da disposizioni del decreto non analizzate dal presente contributo), così da fornirne una lettura d'insieme.

In linea con quanto avviene di regola con le autorità indipendenti, che come noto segnano un'eccezione al principio della separazione tra poteri, l'Autorità è chiamata a svolgere contemporaneamente nuovi compiti di regolazione, vigilanza, sanzione e composizione dei conflitti. Si tratta di funzioni che si intrecciano l'un l'altra, considerato che quella di risoluzione delle controversie tende a costituire parte integrante dell'attività di regolazione, dato che contribuisce a tracciare le regole, oltre che a dare concretezza alla vigilanza. Ai sensi del decreto, l'AGCOM farà fronte ai costi derivanti dall'esercizio dei nuovi compiti tramite i proventi di un contributo versato dai soggetti vigilati – previsione in linea con il sistema di finanziamento dell'Autorità, che trae i suoi mezzi di sostenimento dal mercato, tramite contributi a carico dei soggetti vigilati ¹¹³.

Le funzioni in materia di regolazione sono molteplici. Sono diverse, infatti, le disposizioni che rimettono all'Autorità l'adozione di linee guida, criteri e regole procedurali. Vi si legge l'incapacità di governo e parlamento di delineare nel dettaglio una materia estremamente tecnica, unita alla consapevolezza che non sarebbe opportuno che la legge intervenga con una disciplina minuta di tipo regolamentare. Il riconoscimento di poteri di regolazione all'AGCOM risponde inoltre all'esigenza che le regole siano delineate a seguito di una fase di ampio dibattito e consultazione con le parti interessate; si è già detto che l'Autorità assicura forme di contraddittorio e consultazione preventiva dei soggetti interessati dall'esercizio della sua funzione di regolazione.

L'AGCOM deve innanzitutto adottare un regolamento per definire i criteri per la determinazione dell'“equo compenso” che i prestatori riconoscono agli editori ¹¹⁴, nonché stabilire linee guida sui reclami che i prestatori istituiscono per consentire la contestazione delle loro decisioni in materia di disabilitazione e rimozione dei contenuti ¹¹⁵. Si assicura così che una disciplina di stampo pubblicistico fornisca l'impalcatura su cui prestatori devono basarsi per delineare questo procedimento, che incide d'altronde su beni fondamentali, quali le prerogative dei titolari dei diritti d'autore e l'interesse degli utenti alla libera circolazione dell'informazione *online*. Nel delineare le linee guida l'Autorità potrà avvalersi del lavoro fatto per la messa a punto del procedimento di tutela del diritto d'autore *online* di cui al Regolamento citato, adottato in un quadro normativo molto più labile, come detto. All'Autorità è infine

le tecniche interpretative della giurisprudenza amministrativa per giustificare funzioni delle autorità indipendenti non previste puntualmente dalla legge, M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 265 ss.

¹¹³ Cfr. art. 3 del d.lgs. n. 177/2021. La mancata assunzione di nuovo personale da parte dell'Autorità genera però dubbi sulla sua “tenuta” in questo contesto di forte potenziamento dei suoi doveri; ciò risulta problematico tanto più ove si consideri che una delle critiche più ricorrenti da parte degli operatori è che le autorità non riescono ad adottare i propri provvedimenti in tempi rapidi, compatibili con l'evoluzione tecnologica ed economica del mercato (cfr. M. CLARICH, *op. cit.*, p. 44).

¹¹⁴ Art. 43-*bis*, comma 8, della LDA.

¹¹⁵ Art. 102-*decies*, comma 2, della LDA.

richiesto di disciplinare i dettagli del meccanismo delle licenze collettive con effetto esteso ¹¹⁶, nonché le procedure di risoluzione delle controversie di sua competenza ¹¹⁷.

Queste ultime sono molteplici: il d.lgs. le ha attribuito nuovi compiti di assistenza e composizione delle controversie sia trasferendole funzioni già previste sia introducendo nuove fattispecie. Quanto al primo caso, si è detto che all'AGCOM sono state attribuite le funzioni di mediazione in materia di determinazione dei compensi precedentemente di competenza del Collegio arbitrale di cui all'art. 4 del d.lgs. lgt. n. 440/1945 ¹¹⁸. La *ratio* è rafforzare la tutela delle parti, considerato che il meccanismo del Collegio arbitrale – composto da tre membri, nominati uno da ciascuna delle parti ed il terzo, con funzioni di presidente, dai due arbitri così individuati – è stato poco utilizzato; è infatti foriero di inconvenienti economici (gli emolumenti degli arbitri devono essere corrisposti dalle parti coinvolte) e operativi (vista la necessità di individuare, di volta in volta, soggetti diversi dotati di adeguate competenze specialistiche) ¹¹⁹.

Quanto ai compiti derivanti dall'introduzione di nuove fattispecie, si è detto che è possibile adire l'Autorità in caso di mancato accordo sull'ammontare dell'equo compenso che i prestatori riconoscono agli editori tenendo conto dei criteri da questa definiti ¹²⁰, nonché per contestare la decisione presa dal prestatore a seguito del reclamo relativo alla rimozione o disabilitazione dei contenuto, delineato sulla base delle linee guida dell'Autorità ¹²¹. In questi casi, è evidente che la funzione di risoluzione dei conflitti contribuisce a rafforzare quella di regolazione: la definizione di un singolo caso da parte dell'AGCOM, seppur diretta alle sole parti coinvolte, è suscettibile di tradursi in raccomandazioni per l'intero sistema sui compensi dovuti e sul funzionamento dei meccanismi di reclamo. È infine possibile rivolgersi all'Autorità per le controversie in materia di obblighi di trasparenza e meccanismi di adeguamento contrattuale ¹²², nonché in caso di difficoltà nel raggiungere un accordo per la concessione di una licenza per lo sfruttamento di opere audiovisive su servizi di *video on demand* ¹²³.

Il riconoscimento di questo insieme di funzioni all'AGCOM risponde alla volontà di assicurare che la composizione dei conflitti sia effettuata da un organo strutturato, dotato di requisiti di indipendenza e neutralità e di elevata qualificazione tecnica e specialistica. Garantisce, inoltre, uniformità di giudizi rispetto a controversie suscettibili di avere natura seriale e vantaggi in termini di costi e di tempi, con forme semplificate sul piano procedurale e istruttorio. Si tratta di aspetti fondamentali per i conflitti in esame. Non a caso è il legislatore europeo a richiedere l'introduzione di forme alternative di risoluzione delle contro-

¹¹⁶ Cfr. nota n. 52.

¹¹⁷ Cfr. artt. 46-bis, 80, 84 e 110-sexies della LDA.

¹¹⁸ Cfr. nota n. 91.

¹¹⁹ Cfr. L. ATTOLICO, *L'equa remunerazione degli autori ed artisti per lo sfruttamento delle proprie opere ed esecuzioni nel mercato digitale: novità e prospettive alla luce della nuova direttiva europea in materia di copyright*, in *Il diritto d'autore nell'era digitale*, p. 87 ss., p. 98.

¹²⁰ Art. 43-bis, comma 10, della LDA.

¹²¹ Art. 102-decies, comma 4, della LDA.

¹²² Art. 110-sexies, della LDA.

¹²³ Art. 110-ter, della LDA, di recepimento dell'art. 13 della direttiva, che fa parte delle previsioni dirette a garantire un più ampio accesso ai contenuti protetti.

versie per tutte le fattispecie elencate¹²⁴, esclusa quella relativa al compenso dovuto agli editori, che costituisce un'aggiunta del legislatore italiano. Si pensi alle decisioni del prestatore a seguito del reclamo: un sistema efficace deve garantire la pronta riabilitazione o rimozione del contenuto illecitamente rimosso o mantenuto. Un risultato, questo, difficilmente raggiungibile con gli strumenti ordinari della tutela giudiziaria, destinati a consumarsi in tempi e con costi meno competitivi.

Resta fermo che per tutte le fattispecie in esame l'intervento dell'AGCOM è alternativo alla strada del ricorso all'autorità giudiziaria; ai tradizionali rimedi processuali della tutela privatistica si affiancano cioè nuove possibilità di intervento: gli utenti saranno liberi di optare per l'uno o l'altro apparato rimediale in base ad una propria valutazione di convenienza.

All'AGCOM sono poi attribuite nuove funzioni di vigilanza, che aggiungendosi a quelle di regolazione e risoluzione dei conflitti definiscono la sfera tipica delle autorità indipendenti come soggetti preposti al complessivo funzionamento di un settore. Si è detto che è chiamata a vigilare sull'adempimento da parte dei prestatori dell'obbligo di fornire agli editori dati sui ricavi che ottengono dall'uso dei loro contenuti¹²⁵. Vigila, inoltre, sull'obbligo di trasparenza introdotto a tutela di autori e artisti in capo a produttori, editori e soggetti terzi cessionari e/o licenziatari¹²⁶. In entrambi i casi, l'attività di vigilanza è concretizzata da poteri sanzionatori, che più degli altri testimoniano la 'pubblicizzazione' della disciplina del diritto d'autore¹²⁷.

Sul punto si evidenzia che la scelta del legislatore italiano di non recepire le disposizioni facoltative della direttiva sulla trasparenza considerate vaghe e quindi suscettibili di compromettere l'effettività dell'obbligo¹²⁸, assicura che all'AGCOM non è rimesso un bilanciamento ancora da farsi in fase di vigilanza e sanzione. Deve piuttosto applicare norme di legge che questo bilanciamento l'hanno già tipizzato in maniera piuttosto definita.

Al di là dell'analisi dei singoli tasselli del mosaico, l'intento complessivo è chiaro: attribuire ad AGCOM un ruolo centrale in materia di diritto d'autore *on-line*, seguendo la tendenza comune nel caso delle autorità indipendenti di procedere per accumulo di funzioni, anche in territori solitamente dominati dal diritto privato, con conseguente loro "amministrativizzazione"¹²⁹.

¹²⁴ Cfr. artt. 13 (messa a disposizione di opere audiovisive su servizi *divideo on demand*), 17, par. 9, (decisioni dei prestatori a seguito del reclamo) e 21 (obblighi di trasparenza e di adeguamento contrattuale) della direttiva.

¹²⁵ Art. 43-*bis*, comma 12, della LDA.

¹²⁶ Art. 110-*quater*, comma 4, della LDA.

¹²⁷ Cfr. a riguardo L.C. UBERTAZZI, *Le PCS ed il futuro dell'autodisciplina*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 374 ss., che ragionando sulla deriva 'pubblicistica' derivante dall'aumento delle attribuzioni delle autorità indipendenti rispetto al caso dell'affidamento all'AGCM della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, evidenzia come «Il carattere pubblico di una disciplina non è naturalmente indicato ex se dalla sua destinazione a proteggere i consumatori: perché la loro tutela è stata sin qui affidata in primis a regole materiali di diritto privato (e ad esempio a quelle relative a nullità ed inibitoria delle clausole abusive). Nemmeno è dato di per sé dall'esistenza di un apparato amministrativo destinato all'applicazione della disciplina: come testimonia la storia passata e recente della c.d. amministrazione pubblica degli interessi privati, a cominciare da quelli connessi alle privative industriali titolate. Il carattere pubblico della disciplina mi pare invece sia indicato in modo chiaro dalla previsione di sanzioni amministrative dell'inosservanza delle regole materiali».

¹²⁸ Cfr. nota n. 99.

¹²⁹ Sull'"amministrativizzazione" del diritto d'autore, M. BERTANI, *Internet e la "amministrati-*

Alla base dell'approccio adottato resta la consapevolezza che la tutela di posizioni soggettive private di carattere patrimoniale è funzionale alla tutela dell'interesse pubblico. A seconda della fattispecie, esso è integrato da beni diversi: dalla sostenibilità dell'industria giornalistica, funzionale al pluralismo e alla qualità della stampa, all'accrescimento del patrimonio culturale e creativo.

L'obiettivo generale è assicurare l'adeguatezza dell'intervento pubblico nel settore, che si distingue per un'alta componente tecnica e che è in continua evoluzione. L'Autorità dovrebbe garantire, infatti, qualificazione specialistica ed esperienza elevate, nonché la neutralità e la stabilità che difficilmente sono rinvenibili negli apparati ministeriali, più condizionabili dalle pressioni delle *lobby* e spesso portatori di visioni di breve periodo connesse alle scadenze elettorali¹³⁰.

6. Un futuro denso di sfide

Questo contributo ha analizzato le novità più dibattute della riforma sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. Come evidenzierà questa sezione, le questioni che emergono intercettano temi delicati e aprono molteplici aree di approfondimento, che interessano diverse branche del diritto e si intrecciano l'un l'altra. Oltre ai profili di diritto amministrativo in senso stretto (relativi, innanzitutto, ai nuovi poteri dell'AGCOM), vi si rinvengono profili di interesse costituzionale (si pensi ai temi della libertà di espressione *online*, della libertà di iniziativa economica e della qualificazione, e conseguente regolazione, da dare ai giganti del *web*) e di diritto della concorrenza (per esempio, rispetto al comportamento dei grandi prestatori rispetto al nuovo diritto degli editori). Oltre agli aspetti pubblicistici, emergono anche profili di diritto privato; si pensi all'introduzione di regole che incidono su aspetti tradizionalmente rimessi alla libera negoziazione per prevenire abusi di potere negoziale.

Le diverse novità sono dirette a responsabilizzare gli operatori digitali in materia di diritto d'autore; in tal senso, si iscrivono in un quadro più ampio, come dimostrano il *Digital Single Act* e il *Digital Market Act*¹³¹. L'assenza di

vizzazione" della proprietà intellettuale, in *AIDA*, 2012, p. 129 ss. e B. TONOLETTI, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, 2013, p. 335 ss.

¹³⁰ Come evidenziato, «Al pari di altri presidi istituzionali, anche le autorità indipendenti costituiscono uno degli stratagemmi adottati dalle società più ordinate per proteggersi dalla tendenza a prendere decisioni non sagge» (M. CLARICH, *op. cit.*, p. 54).

¹³¹ Il *Digital Services Act* è diretto a contrastare la proliferazione *online* di contenuti e attività illegali, mentre il *Digital Market Act* opera a favore della concorrenza nel mercato digitale. A tal fine, ha elaborato la nuova figura dell'impresa "gatekeeper", nei cui confronti il controllo pubblico non sarà più solo repressivo, ma vedrà la possibilità di incisivi interventi *ex ante*. È tale l'impresa capace di mettere in contatto una pluralità di utenti con una pluralità di imprese e la cui intermediazione costituisce un passaggio necessario per le imprese ordinarie nei rapporti con la propria clientela. Per maggiori informazioni sul *Digital Service Act*: A. SAVIN, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, in *Journal of Internet Law*, 2021 e A. MANGANELLI-A. NICITA, *Regulating Digital Markets. The European approach*, Palgrave Macmillan, London, 2022, p. 167 ss. Per maggiori informazioni sul *Digital Market Act*: G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *questa Rivista*, 2021, p. 323 ss. e A. MANGANELLI-A. NICITA, *op. cit.*, p. 137 ss.

L'opera cui mi riferisco è *Regulating Digital Markets. The European approach*, Palgrave Macmillan, London, 2022. Credo sia sufficiente lasciare *op. cit.*: non cito altre opere di Manganelli e Nicita e adesso il riferimento dovrebbe risultare più chiaro (dato che ho sostituito il ri-

regole che in passato ha aiutato lo sviluppo di nuovi modelli e garantito ai consumatori più scelta a prezzi più competitivi, oltre ad una libera circolazione di idee e informazioni, oggi non è più condivisibile. Lo scarso interventismo del legislatore ha sì favorito l'espansione della rete, come si riprometteva, ma ha contribuito allo strapotere di pochi soggetti economici, e comportato minacce per molti diritti. Tra questi, quelli in materia di copyright: sul *web* si assiste a un uso massiccio e non autorizzato dei contenuti protetti, così comune da essere stato a lungo – erroneamente – considerato condizione fisiologica di *internet*. Occorre garantire una ripartizione più equa dei ricavi generati dagli sfruttamenti digitali, assicurando ai titolari dei diritti d'autore la remunerazione che spetta loro. Il rischio è di inaridire le fonti della creatività, e quindi la crescita del patrimonio culturale – oltre che di mantenere asimmetrie tra imprese digitali e imprese più tradizionali.

Le misure introdotte dagli artt. 18-23 sono da salutare con favore: vanno nella direzione di un mercato del diritto d'autore più equo e trasparente, ferma restando la libertà negoziale. Vista la forte opposizione dei soggetti passivi, è però importante vigilare sulla loro applicazione concreta – considerata anche la vaghezza di alcuni termini utilizzati ¹³².

L'art. 17 è intervenuto sulla responsabilità delle piattaforme digitali che danno accesso ai contenuti caricati dagli utenti, introducendo una costruzione "ibrida" fra la responsabilità diretta di chi commette un illecito e quella indiretta in capo agli intermediari per fatti di terzi. All'esigenza di tutelare il diritto d'autore, si accompagna quella di non ledere gli altri diritti e interessi coinvolti. L'acceso dibattito che ha accompagnato la stesura dell'articolo ha assicurato sufficienti garanzie di un corretto bilanciamento.

L'adozione di strumenti automatici di riconoscimento in adempimento all'art. 17 solleva questioni complesse riguardo la libertà di espressione garantita all'articolo 11 della Carta. Sembrano però esserci i presupposti perché non siano compromessi i caricamenti legittimi: ai prestatori si chiede di agire diligentemente nei confronti sia dei titolari dei diritti che degli utenti.

Se è vero che l'adempimento dei nuovi obblighi rischia di essere più difficile per gli operatori meno affermati, è anche vero che l'ambito di applicazione del regime di responsabilità è mitigato per i giovani operatori che sperimentano nuovi modelli di *business*, e che vige il principio di proporzionalità. Sono elementi fondamentali, in assenza dei quali le nuove regole rischiano di creare un vantaggio competitivo per gli *incumbent*, ostacolando lo sviluppo di potenziali concorrenti in mercati già altamente concentrati e con elevate barriere all'entrata.

È invece condivisibile la critica relativa al ricorso da parte dell'art. 17 di termini vaghi e indefiniti, che sono probabilmente l'inevitabile risultato di compromessi politici e delicati esercizi di bilanciamento. Per quanto utile ad assicurare un adeguato grado di adattabilità delle norme ai diversi operatori e alle diverse situazioni – in continua evoluzione – questa vaghezza rischia di generare contenziosi. La scelta dell'Italia di non chiarirne il significato, optando per un recepimento *verbatim*, è comunque condivisibile: ulteriori livelli di regolazione rispetto alla normativa primaria rischiano di compromettere l'omogeneità

chiamo ai capitoli di interesse dell'opera, scritti sempre da Manganelli e Nicita, con quello alle pagine).

¹³² Cosa costituisce, ad esempio, una remunerazione "*adeguata*" e "*proporzionata*"? Cosa deve intendersi per "*mancato sfruttamento*"? Stampare un'unica copia di un libro mette a riparo i soggetti cui autori e artisti hanno trasferito i loro diritti in via esclusiva dal meccanismo di revoca?

di applicazione del nuovo regime negli Stati membri ¹³³.

Anche l'art. 15 contiene concetti indefiniti: si pensi a quello di "estratto molto breve", il cui significato è rimesso ai legislatori nazionali. In realtà, l'articolo sembra rimettere loro il più generale compito di determinare l'impianto del nuovo diritto, per garantirne l'effettività. Il testo si limita a riconoscere agli editori il diritto di autorizzare l'utilizzo *online* dei loro contenuti da parte dei prestatori. Tuttavia, il vero ostacolo per gli editori resta il comportamento ostile dei grandi operatori digitali, ovvero la tendenza ad abusare del loro potere per ottenere autorizzazioni d'uso a titolo gratuito, una situazione che non dovrebbe cambiare sostanzialmente a seguito della direttiva. Inoltre, resta fermo che i prestatori possono sempre decidere di rinunciare a sfruttare le pubblicazioni giornalistiche, anziché iniziare a retribuire gli editori in ragione del loro uso. Sembra quindi difficile che l'art. 15 possa mettere un termine al contrasto tra editori e piattaforme digitali, e occorre attendersi appelli per ulteriori interventi normativi.

La domanda, qui, è se questa disposizione avrebbe potuto essere scritta diversamente, tenendo conto del mercato in cui dovrà operare. Si sarebbe potuto imporre un obbligo di acquisto dei contenuti degli editori che ne facciano richiesta agli operatori digitali con quote di mercato oltre una certa soglia? Una normativa *ad hoc* per Google sarebbe stata possibile (e, ancor prima, desiderabile)? Si tratta di questioni complesse, che coinvolgono aspetti di diritto costituzionale e di diritto della concorrenza, legati, tra le altre cose, alla libertà di espressione, alla libertà di iniziativa economica e al pluralismo dei media. Il tema generale da affrontare è la qualificazione – e conseguente regolazione – da dare alle società che oggi governano la rete, che appaiono sempre meno semplici operatori privati e sempre più prestatori globali di servizi di pubblica utilità ¹³⁴.

A riguardo, e per quanto concerne il nuovo diritto degli editori, sarà interessante seguire quanto sta succedendo in Francia, e vedere se l'antitrust francese si spingerà a imporre l'obbligo di sottoscrivere licenze a titolo oneroso in capo a Google (e, nel caso, se la posizione assunta dall'*Autorité* sarà suscettibile di influenzare quella della Commissione Europea). Per ora, si è limitata a chiarire che il gigante del *web* non può rifiutarsi di negoziare, e di pagare, in modo generalizzato.

¹³³ D'altronde, alle sfide aperte dalle nuove tecnologie «non c'è alcuna risposta nazionalista. Come nel caso del cambiamento climatico, anche per la rivoluzione tecnologica lo Stato-nazione è semplicemente la cornice sbagliata nella quale inquadrare la minaccia». Cit. Y.N. HARRARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, trad. it., Bompiani, Milano, 2018, p. 184, ripresa anche da L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, Mondadori, Milano, 2020, p. 48, cui si rimanda per un'analisi degli effetti della globalizzazione e delle nuove tecnologie in relazione allo Stato.

¹³⁴ È interessante, a riguardo, la sentenza del Tribunale di Roma del 12 dicembre 2019. Il giudice è giunto alla conclusione che Facebook dovesse riattivare gli account di Associazione di Promozione Sociale CasaPound e del suo dirigente per assicurare la tutela del pluralismo politico prevista dall'art. 49 Cost. Ciò sul presupposto che il *social network* deve essere inquadrato come un "soggetto privato atipico": il rapporto tra esponenti/partiti politici e la piattaforma non può essere considerato come un rapporto tra soggetti privati qualsiasi, dato che esprimersi su Facebook è divenuto essenziale per prendere parte al dibattito politico italiano. Per un commento all'ordinanza, tra gli altri: O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Media Laws*, 2021, p. 173 ss. Circa la più recente giurisprudenza statunitense ed europea relativa alla qualificazione giuridica dei *social network*, e in particolare alla frequente assimilazione di tali soggetti e dei relativi servizi a caratteri di pubblicità, M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, p. 43 ss.

Se in Francia l'efficacia della tutela sembra dipendere nei fatti dagli interventi dell'Antitrust, anche in Italia risulta centrale l'intervento di un'autorità indipendente: l'AGCOM, cui l'art. 43-*bis* attribuisce diverse funzioni, che nel loro insieme dovrebbero contrastare gli abusi di potere negoziale da parte dei prestatori.

Oltre a quelli di cui all'art. 43-*bis*, l'Autorità preposta al mercato delle comunicazioni è chiamata ad esercitare molti altri compiti; una particolarità delle disposizioni italiane attuative della direttiva è infatti proprio il potenziamento delle funzioni dell'AGCOM, che dovrebbe assicurare l'adequatezza dell'intervento pubblico nel settore, che presenta un alto tasso di tecnicità ed è in continua evoluzione.

In conformità al ruolo centrale attribuitole, il d.lgs. chiede all'Autorità di rendere conto al Parlamento del suo operato trascorsi due anni dalla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni¹³⁵. Questa previsione, introducendo una nuova forma di controllo politico, dovrebbe contribuire ad attenuare il problema del *deficit* di legittimazione democratica di cui soffre l'AGCOM, in quanto autorità indipendente. Un risultato importante: per quanto le funzioni attribuitele sembrano presupporre per lo più valutazioni di tipo tecnico, non si può escludere che l'Autorità non dovrà svolgere ponderazioni di interessi, all'atto pratico.

In ogni caso, dalle disposizioni del decreto italiano emerge un orientamento di politica generale chiaro, cui l'AGCOM dovrà attenersi se l'esercizio delle sue funzioni dovesse implicare l'assunzione di scelte non interamente tecniche¹³⁶. Si tratta della volontà di assicurare tutela alle situazioni soggettive che fanno capo alla parte debole, ritenuta funzionale a garantire quella dell'interesse pubblico. A seconda della fattispecie, esso è integrato da beni diversi, che spaziano dalla sostenibilità dell'industria giornalistica, e quindi del pluralismo e della qualità della stampa, all'accrescimento del patrimonio culturale e creativo.

Resta fermo che l'esigenza di tutelare la parte debole va bilanciata con quella di non compromettere gli altri diritti e interessi coinvolti. Non è un compito semplice: occorre proteggere i titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel mercato unico digitale senza danneggiare la libertà di espressione e quella di impresa, senza creare vantaggi competitivi per gli operatori digitali già dominanti, e senza rendere più complessa l'attività di quelli meno affermati. A mio avviso, quest'ultima è un'esigenza prioritaria: per rispondere a quella che è, di fatto, una grande concentrazione di potere privato in capo a pochi operatori provenienti da oltreoceano, serve abbattere le barriere all'entrata e creare un ambiente proficuo allo sviluppo di aziende innovative, potenziali motori di crescita per l'Europa e fonti di diversità culturale.

¹³⁵ Cfr. art. 2 del d.lgs. n. 177/2021.

¹³⁶ Ciò in conformità a quanto evidenziato dalla dottrina, secondo cui «[...] una ricostruzione dei poteri delle autorità indipendenti rispettosa dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo e nazionale sembra implicare che ad esse debbano in linea di principio essere riconosciute solo competenze che implicino scelte tecniche e non anche politico-discrezionali; e che laddove specifiche norme di legge, derogando a tale regola generale, attribuiscono alle autorità anche poteri propriamente discrezionali [...], questo non può non avere qualche significativa conseguenza sul piano dell'indipendenza funzionale dei regolatori. E infatti, mentre tale indipendenza funzionale è da considerarsi piena ed assoluta relativamente alle loro scelte tecnico-economiche, qualora alle autorità sia richiesto di porre in essere apprezzamenti e ponderazioni di interessi, esse dovranno tenere conto degli (eventuali) orientamenti di politica generale formulati dagli organi politicamente rappresentativi». E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, p. 126.



RECENSIONI

Luciano Floridi, Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide, Raffaello Cortina Editore, 2022, p. 384

1. La conquista della nostra stessa vita da parte delle tecnologie digitali non può non suscitare “stupore” in chi si trovi di fronte a questa rivoluzione dagli effetti imprevedibili proprio perché la transizione da una realtà completamente analogica a quella digitale segna l'inizio di un nuovo capitolo della storia umana.

Inizia con questa lineare ma evocativa osservazione il volume di Luciano Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale*, che rappresenta un passaggio significativo nel percorso dell'A. in quanto, come egli stesso ci ricorda, condensa una pluriennale riflessione individuale ed un ricco patrimonio di analisi e ricerche condotte dallo stesso autore con il supporto del Digital Ethics Lab di Oxford.

Sempre nella Prefazione lo stesso A. ci avverte che questo “non è un libro che si legge tutto d'un fiato”. E questo, direi, non tanto perché affronta innumerevoli risvolti della costruzione e dell'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale (IA) quanto, soprattutto, per la densità della trama teorica. Infatti il libro cerca di comprendere la tecnologia attraverso un discorso sulle “radici” di alcuni problemi del digitale nella nostra epoca non limitandosi a descrivere le loro “foglie”. Fuor di metafora, è sempre l'A. a darci una essenziale chiave di lettura del suo lavoro laddove rileva come la comprensione delle trasformazioni tecnologiche consenta di “guidare” la rivoluzione digitale, fin dalla sua fase iniziale, e di “plasmarla” in una direzione equa dal punto di vista sociale e sostenibile da quello ambientale.

In questo contesto mi pare possa trovare una risposta la domanda che molti, in particolare giuristi, economisti e scienziati sociali, si sono posti fin dall'inizio della loro riflessione, cioè come evitare il costante inseguimento dell'innovazione tecnologica da parte di una regolazione sempre in affanno incapace di catturare il suo oggetto.

Una risposta d'insieme è che regole e norme non debbano riguardare “il ritmo ma la direzione dell'innovazione” (p. 86) in quanto dovremmo avere una visione del “dove” la nostra società debba dirigersi. In effetti l'Unione Europea sta percorrendo questa strada con la elaborazione del regolamento sulla IA sul quale si è aperta sia una discussione a tutto campo da parte degli esperti che la negoziazione istituzionale.

Quindi, se è vero che il digitale sta plasmando il mondo, questo non può accadere senza che siano messe in campo tutte le forze necessarie a decidere in quale direzione vogliamo sfruttare le sue enormi potenzialità. La costruzione in atto, proprio grazie al digitale, di società dell'informazione aperte, eque, giuste e sostenibili non può prescindere dall'esistenza di un progetto che consenta di “dare forma” alla realtà. Proprio in questa prospettiva la nostra epoca è in modo peculiare “l'età del design”. Infatti, se il *design* si definisce come “l'arte di risolvere un problema sfruttando vincoli e possibilità, per soddisfare alcuni requisiti in vista di un obiettivo” (p. 36), è il digitale ad offrire

una smisurata e crescente “libertà” di strutturare e organizzare il mondo per risolvere problemi. Pertanto il futuro dell’IA dipenderà dalle nostre “capacità di design e ingegno” come di negoziare le conseguenti questioni etiche, giuridiche e sociali (p. 84).

Come diciamo frequentemente le tecnologie digitali e in particolare l’IA offrono numerose opportunità alle quali tuttavia si associano potenziali rischi e danni così che l’obiettivo è promuovere queste tecnologie ed evitare al contempo il loro uso improprio o dannoso.

È in questo contesto che il valore di un approccio etico emerge con forza. Non a caso l’etica è in grado di fornire soluzioni per la gestione del rischio dal momento che consente di prevenire errori costosi e mitigare attività ed azioni socialmente inaccettabili. L’accettazione della IA e la fiducia nella sua affidabilità sarà possibile soltanto se saranno percepibili i vantaggi promessi e sarà offerta almeno una qualche protezione nei confronti dei potenziali rischi (come appena detto, questa sembra la direzione imboccata dalla UE).

Perciò l’etica deve “informare” le strategie di sviluppo e le modalità di uso delle tecnologie digitali “fin dal principio” prima che siano messe in atto soluzioni sbagliate e magari irreversibili. Un corretto approccio etico al *design* e alla *governance* del digitale racchiude altri elementi necessari, oltre alla costruzione della consapevolezza critica, come segnalare i problemi etici rilevanti, impegnarsi con le parti interessate dai problemi etici e soprattutto disegnare e implementare soluzioni condivisibili (pp. 142-143).

2. Queste brevi osservazioni segnalano quelli che a mio avviso sono alcuni degli elementi chiave di questo volume.

Comunque, come sempre, è utile dare fin dall’inizio un’idea sulla trama e sullo sviluppo del libro. Operazione nella quale l’A. ci aiuta in quanto cerca di guidare e accompagnare il lettore per agevolare la comprensione delle diverse tematiche.

Così ci suggerisce che la prima parte “Comprendere l’intelligenza artificiale” può essere letta come una “breve introduzione filosofica” al passato, presente e futuro dell’IA. È composta da tre capitoli che forniscono una cornice concettuale per la trattazione, nella seconda parte, delle questioni etiche poste dall’IA.

Il primo capitolo ripercorre le origini dell’IA secondo un approccio concettuale (non storico) focalizzando l’attenzione sulle trasformazioni intervenute verso i nuovi sistemi di IA. La “nuova IA” è principalmente “connessionista”. L’accresciuta potenza di calcolo e la crescente quantità di dati segnano il passaggio dalla logica alla statistica: dal principio di deduzione logica a quello di inferenza e correlazione statistica.

Seguendo la tesi dell’A. per cui con l’IA si ha a che fare con “una nuova forma di agire, e non di intelligenza”, il secondo capitolo illustra una interpretazione dell’IA contemporanea come una “riserva” di capacità di agire (interattiva, autonoma e spesso auto-apprendente) resa possibile, da un lato, dalla “separazione” della capacità di risolvere un problema o di portare a termine con successo un compito dalla esigenza di essere intelligenti nel farlo (si tratta della sostituzione dell’intelligenza umana) sebbene questo rappresenti proprio una delle sfide etiche poste dall’IA. E, dall’altro, dalla trasformazione del nostro ambiente in una “infosfera”¹ adatta alla IA in quanto la pratica di “avvolge-

¹ Il termine, un neologismo coniato negli anni 70 e ripreso dal termine “biosfera”, è illustrato

re” il mondo attorno alle tecnologie digitali sta pervadendo tutti gli aspetti della realtà.

Il terzo capitolo, a partire da questa interpretazione dell’IA come divorzio tra l’agire e l’intelligenza, ne esamina i possibili sviluppi futuri considerando le diverse tipologie di dati richiesti dai sistemi di IA per addestrare l’algoritmo e applicare il suo addestramento. Proprio in relazione ai dati, per il successo dell’IA si sta passando da un’enfasi iniziale sulla quantità ad una consapevole attenzione alla qualità di insiemi di dati curati e affidabili ed infine al riconoscimento dell’importanza della provenienza.

La seconda parte è dedicata a “Valutare l’intelligenza artificiale”. Qui nel capitolo quarto sono considerati i principi etici proposti in materia di IA, dai *Principi di Asilomar* del 2017 all’enorme volume di principi proposti nel 2020, più di 160, secondo l’*AI Ethics Guidelines Global Inventory*, attraverso una analisi comparativa per verificare se convergano su un nucleo di principi condivisi o divergano su ciò che costituisce un’“IA etica”. A partire dai documenti di alto profilo selezionati (i *Principi di Asilomar*, la *Dichiarazione di Montréal per l’IA responsabile*, i principi generali di *Ethically Aligned Design*, quelli della *Dichiarazione su intelligenza artificiale, robotica e sistemi autonomi*, i “cinque principi generali per un codice di IA” della House of Lords e infine i *Principi di partenariato sull’IA*) emerge una convergenza su cinque principi sebbene, come si avverte, vada presa con una certa cautela.

In sintesi si tratta dei principi, usati in bioetica, di “beneficenza” (le tecnologie di IA sono create a beneficio dell’umanità), di “non maleficenza” (attenzione alle conseguenze negative), di “autonomia” (equilibrio tra il potere decisionale umano e quello delegato ad un agente artificiale), di “giustizia” (evitare iniquità e discriminazioni), cui si aggiunge quello di “esplicabilità” (sia nel senso di intelligibilità che nel senso etico di responsabilità) che formano un quadro etico per l’IA nel quale formulare politiche ed anche progettare migliori pratiche.

Il quinto capitolo descrive i potenziali rischi che possono minare radicalmente la capacità di trasformare i principi etici in buone pratiche. Alcuni di questi sono già ricorrenti nel dibattito internazionale sull’etica digitale e sull’IA, come lo “shopping etico” per cui attori pubblici e privati possono acquistare il tipo di etica che meglio si adatta a giustificare i loro comportamenti; il “bluewashing etico”, cioè la versione digitale del *greenwashing*, con un utilizzo facile nel contesto dell’IA per l’ampia gamma di questioni etiche, gli elevati costi di implementazione e l’attuale confusione normativa; il “lobbismo etico” dove sono in uso forme di autoregolazione tendente ad evitare una idonea regolazione giuridica o la sua applicazione; il “dumping etico” che configura una asimmetria tra una pratica, come una ricerca non etica e/o illecita, e il suo risultato, cioè un consumo eticamente e legalmente accettabile del prodotto di una ricerca non etica; e infine “l’elusione dell’etica” nel senso di ridurre l’uso di “lavoro etico” in prevalenza in aree e con gruppi sociali svantaggiati come ad es. nel caso della *gig economy*.

Il capitolo sesto rappresenta in un certo senso un passaggio tra le parti precedenti in cui l’A. identifica i principi etici dell’IA e alcuni dei maggiori rischi

da L. FLORIDI nel suo volume *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo* (Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017, ma pubblicato nell'edizione inglese nel 2014) dove ricorda che “La transizione dall'analogico al digitale e la crescita esponenziale di spazi informativi in cui trascorriamo sempre più tempo illustrano con massima evidenza il modo in cui le ICT stanno trasformando il mondo in un'infosfera” (p. 44 ss.).

sulla via della trasformazione dei principi in pratiche e il capitolo successivo dedicato all'etica degli algoritmi. In sintesi tratta di etica, regolazione e *governance* digitali che rappresentano le tre “forze normative” che possono modellare e guidare lo sviluppo del digitale.

Di fronte alle sfide etiche sollevate dal digitale, la *compliance* nella regolazione, come mostra la discussione sul GDPR², non è sufficiente a guidare la società nella giusta direzione in quanto non ci dice niente sulle mosse buone o migliori per condurre il gioco e vincere. Questo è appunto affidato sia all'etica digitale che alla buona *governance* incentrata sugli aspetti della gestione. Quindi, come già sottolineato, l'etica deve informare sviluppo e uso delle strategie digitali fin dal principio.

Il settimo capitolo è dedicato alla mappatura dell'etica degli algoritmi. Lo sviluppo esponenziale e la crescente applicazione nell'ultimo decennio di algoritmi di apprendimento automatico hanno sollevato nuovi problemi etici. Gli algoritmi sono ormai un elemento chiave per la produzione e fornitura di servizi e beni, come constatiamo ogni giorno ad es. di fronte all'invasione dei sistemi di raccomandazione e al ricorso ad algoritmi nella gestione e organizzazione di istituzioni finanziarie, scuole, ospedali ed anche amministrazioni pubbliche ad ogni livello. Tuttavia, come noto, gli algoritmi non sono neutri e spesso codificano errori e pregiudizi, come possiamo verificare tra l'altro nel linguaggio dei motori di ricerca o nella pubblicità.

In sintesi, la mappa identifica sei questioni etiche che delimitano lo spazio concettuale dell'etica degli algoritmi e che evidenziano questioni fondamentali nel loro disegno. Si tratta: (1) dei presupposti del processo di raccolta dei dati e della loro elaborazione algoritmica che può produrre informazioni incerte e incomplete e quindi minare l'accuratezza della previsione algoritmica; (2) della ben nota opacità dovuta a limiti della tecnologia o a vincoli giuridici in termini di proprietà intellettuale, così che la mancanza di trasparenza è vista come tipica caratteristica degli algoritmi di autoapprendimento sebbene si stia consolidando l'uso di strumenti tecnici per testare e controllare i sistemi algoritmici e il processo decisionale (v. per questo tra l'altro gli strumenti messi a disposizione da Google e IBM³); (3) del riferimento alle tipologie dei dati utilizzati per l'addestramento dell'algoritmo che sono una delle principali fonti da cui emerge il pregiudizio (v. per questo le critiche all'impiego di strumenti di valutazione del rischio basati su algoritmi nel settore giudiziario, quali il noto sistema COMPAS⁴); (4) della promozione dell'equità algoritmica per mitigare i rischi di discriminazione diretta e indiretta e sarebbe quindi utile per i tecnologi acquisire consapevolezza del punto di vista pubblico sul tema e sviluppare algoritmi con un migliore impatto sociale; (5) degli ostacoli alla autonomia degli utenti influenzati dai sistemi algoritmici in modo da plasmarne le scelte e ridurre il controllo su chi ha accesso alle informazioni e sul come queste vengono utilizzate con particolare attenzione ai dati individuali e di gruppo richiesti per la profilazione; (6) infine, del fatto che in molti casi è impossibile ricondurre un

² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati).

³ Si tratta di strumenti come *Explainable AI*, *AI Explainability 360* e *What-If Tool*.

⁴ COMPAS – *Correctional offender management profiling for alternative sanctions*, algoritmo utilizzato per prevedere le possibilità di recidiva di un imputato.

determinato dato alla sua fonte originale una volta messo sul mercato per una serie di ragioni tra le quali ad es. la protezione del segreto commerciale o la complessità dei mercati che separano la raccolta dalla vendita e acquisto dei dati. Complessità tecnica e dinamismo degli algoritmi di ML producono quello che è definito come “riciclaggio dell'agire” per cui si prendono le distanze da azioni moralmente sospette, siano esse intenzionali o meno, attribuendo la colpa all'algoritmo come nel noto caso di riciclaggio da parte di Facebook quando è stata scoperta una categoria generata dagli utenti chiamata “JEW hater” con oltre 2200 aderenti.

Se il discorso sull'impatto etico di azioni e decisioni guidate da algoritmi porta in primo piano il tema della *accountability* algoritmica, sono ancora numerose e controverse le proposte per migliorarla anche se, in linea di principio, pare auspicabile un approccio che si basi su processi interattivi tra le parti interessate.

I capitoli ottavo e nono sono dedicati, il primo, alle cattive pratiche, cioè all'uso illegale dell'IA o, detto altrimenti, all'IA per il male sociale; il secondo, al contrario, tratta dell'IA per il bene sociale (AI4SG). Con riguardo al ruolo dell'IA negli atti criminali, l'A. sottolinea come una conseguenza indesiderata della recente crescita della ricerca sia rintracciabile nella possibilità di riorientare le tecnologie dell'IA a supporto di atti criminali. Sebbene i crimini di IA (CIA) siano ancora un settore relativamente in fase iniziale, alcune specifiche aree sono quelle maggiormente interessate dalle minacce dei CIA. Qui hanno maggiore spazio quelle applicazioni di IA che, grazie a capacità di agire interattivo, autonomo e di auto-apprendimento, sono in grado di svolgere compiti che altrimenti richiederebbero l'intelligenza e l'intervento umani per essere eseguiti con successo. Questi agenti artificiali con capacità di agire indipendente dagli esseri umani che li hanno creati possono utilizzare proprio questa loro capacità di agire impropriamente per scopi criminali. Le aree che maggiormente sono minacciate dai CIA sono quella economica, in particolare i mercati finanziari e il commercio, come quella del traffico e della vendita di droghe vietate. Così come quelle dei reati contro la persona (per adesso sembra limitatamente a molestie e tortura), dei reati sessuali, della contraffazione e sostituzione di persona in connessione con furti e frodi (v. in particolare le frodi bancarie, quelle con carta di credito o gli attacchi di *phishing*). Di fronte a questa realtà sono numerose le soluzioni giuridiche e tecnologiche per prevenire gli atti criminali.

Passando a considerare l'IA per il bene sociale, l'A. mette in luce come nelle società dell'informazione si stia sviluppando la possibilità di affrontare i problemi sociali grazie a soluzioni basate sull'IA e come l'idea stia acquistando crescente popolarità. E ancora che, forse a causa della sua novità e della rapida crescita, l'AI4SG non sia ancora vista come fenomeno globale e non sia ancora definito un quadro adeguato costruito su parametri basati sul benessere sociale e ambientale (non meramente finanziari) per valutare valore e successo di importanti progetti. Una definizione di AI4SG può essere ricondotta all'idea che il *design*, lo sviluppo e l'implementazione di sistemi di IA debbono contribuire a prevenire, mitigare o eliminare un problema sociale o ambientale senza introdurre nuovi danni o amplificare quelli esistenti.

L'A. considera qui 7 casi selezionati da un più ampio insieme di progetti ottenuti da una rassegna della letteratura rilevante in materia i cui risultati erano già illustrati in un suo precedente lavoro e il suo obiettivo è mostrare le caratteristiche eticamente rilevanti dei progetti identificabili in termini di AI4SG.

I fattori essenziali per il successo dell'AI4SG sono 7 e ciascuno deve essere coerente con almeno uno dei cinque principi etici dell'IA individuati nel quarto capitolo, in quanto l'AI4SG non può essere incoerente con il quadro etico che guida il design e la valutazione dell'IA. Impossibile dare qui conto dell'analisi di ciascun fattore e degli esempi che l'accompagnano. Mi limiterò ad elencarli insieme a qualche parola esplicativa: (1) falsificabilità e implementazione incrementale, nel senso che i progettisti di AI4SG dovrebbero identificare i requisiti falsificabili e sperimentarli in fasi incrementali dal laboratorio al mondo esterno secondo l'approccio della *sandbox* introdotto anche nel progetto UE di regolamento sull'IA; (2) garanzie contro la manipolazione dei predittori, così che i designer di AI4SG dovrebbero adottare garanzie sia contro il rischio di manipolazione dei dati di input che contro l'eccessiva dipendenza da indicatori non causali; (3) intervento contestualizzato in ragione del destinatario, per cui i designer dovrebbero costruire sistemi decisionali in dialogo con gli utenti considerati come pari interlocutori sia nel *design* che nell'implementazione; (4) spiegazione contestualizzata in ragione del destinatario e finalità trasparenti, in quanto rendere trasparenti gli obiettivi e le motivazioni degli stessi sviluppatori è fattore cruciale per il successo di un progetto, ma proprio per questo nella fase di *design* è necessario valutare qual è il livello di trasparenza che sarà adottato in considerazione dell'obiettivo del progetto e del contesto di implementazione; (5) tutela della *privacy* e consenso nel senso che i designer devono rispettare la soglia di consenso stabilita per il trattamento delle raccolte di dati personali; (6) equità concreta da perseguire grazie alla rimozione, da parte dei designer nella fase di addestramento dell'IA, degli insiemi di dati irrilevanti per un risultato, tranne nel caso in cui consentano inclusione, sicurezza e altri imperativi etici; (7) "semantizzazione" adatta all'uomo, cioè l'AI4SG deve consentire all'essere umano di curare e promuovere il "capitale semantico" inteso come potere di dare significato e conferire senso a qualcosa in quanto il designer non dovrebbe ostacolare la promozione dell'autonomia umana.

Anche se riprenderemo il discorso a breve, sembra opportuno anche qui ricordare come l'incorporazione di una molteplicità di prospettive nel design dei sistemi decisionali di IA sia un elemento fondamentale sia per l'IA in genere che per AI4SG in particolare.

Nel capitolo decimo l'A. mette in evidenza come tecnologie smart e il successo del relativo design abbiano condotto ad una crescita esponenziale di dispositivi, sensori, dati e programmi molto sofisticati capaci di svolgere un numero crescente di compiti meglio di noi inclusa la previsione dei nostri comportamenti "senza dover essere affatto intelligenti". E a partire da questa considerazione l'A. dialoga criticamente con chi ritiene che l'IA sia la più grande minaccia esistenziale ma, d'altro canto, anche con chi nega che l'IA abbia un enorme impatto sul modo in cui concepiamo noi stessi, il mondo e le interazioni tra noi e con il mondo. Il vero rischio è che noi possiamo usare male le nostre tecnologie smart a danno di parte dell'umanità e del pianeta.

Il capitolo undicesimo, come l'A. ci dice espressamente, prospetta una serie di raccomandazioni "costruttive e concrete" per sviluppare e sostenere una "buona IA" che talvolta possono essere attuate direttamente da attori politici sovranazionali o nazionali, mentre talaltra possono essere guidate da soggetti interessati di diversa natura, come società civile, privati e organizzazioni di settore. L'obiettivo di garantire risultati socialmente preferibili dell'IA si fonda

sulla capacità di risolvere la tensione tra realizzare i benefici e mitigare i potenziali danni, cioè evitare allo stesso tempo l'uso improprio e il sottoutilizzo di queste tecnologie. È perciò sempre più evidente il valore di un approccio etico alle tecnologie di IA.

In questo contesto l'obiettivo di sviluppare e governare eticamente l'IA vale forse ancora di più a proposito dell'impatto ambientale dell'IA in quanto sia già utilizzata per modellare eventi relativi al cambiamento climatico in linea anche con i valori e la normativa dell'UE. Infatti il capitolo dodicesimo si confronta sia con le opportunità che l'IA mette a disposizione per la lotta al cambiamento climatico che con le insidie sia etiche che ambientali che è necessario evitare. In sintesi sembrano due le sfide principali sollevate dall'IA per combattere il cambiamento climatico. La prima riguarda il possibile acuirsi di problemi sociali ed etici, come iniquità o discriminazioni nel processo decisionale; la seconda è meno conosciuta ma estremamente importante in quanto riguarda il tema cruciale dei gas serra emessi dai dati di addestramento e dai sistemi di IA ad altra intensità di calcolo. E questo rende difficile definire con esattezza l'impronta ecologica dell'IA.

Qui l'A. ricorda come il Digital Ethics Lab abbia studiato specificamente il tema concludendo che è fattibile sfruttare le opportunità dell'IA per il cambiamento climatico ma comporta un sacrificio in termini di rischi etici e incremento potenziale dell'impronta ecologica in vista di una risposta più efficace ai cambiamenti climatici. In questa prospettiva si colloca anche, come sappiamo, il progetto dell'UE delle "transizioni gemelle". Proprio in relazione alla grande sfida legata all'uso dell'IA per affrontare il cambiamento climatico e al fatto che questo richieda una *governance* reattiva ed efficace anche qui sono proposte alcune raccomandazioni in vista sia di un'azione eticamente corretta che di una riduzione concreta della portata dell'impronta ecologica dell'IA.

Il capitolo tredicesimo si basa sulle analisi condotte nel nono capitolo e in quello precedente e vuole affrontare i limiti che i tentativi in atto di comprendere e favorire iniziative di AI4SG incontrano in carenza di analisi normative e dati empirici incoraggiando il riferimento agli obiettivi delle Nazioni Unite di sviluppo sostenibile (OSS) come criteri di valutazione della portata e della diffusione dell'AI4SG. In questa prospettiva il Digital Ethics Lab ha condotto una indagine di livello internazionale sui progetti IAxOSS (2018-2020) raccogliendo dati su progetti che soddisfacevano alcuni criteri come affrontare uno dei 17OSS; essere concreti e basati su una forma effettiva di IA; essere costruiti e utilizzati sul campo da almeno 6 mesi; presenza di un impatto positivo documentato e infine con nessuna o minima presenza di controindicazioni o effetti collaterali negativi. Questo ha portato alla quantificazione dei progetti di IA (108) che a livello globale fanno riferimento agli OSS consentendo di osservare quanti progetti insistono su uno stesso obiettivo, come ad esempio nel caso dell'"azione per il clima" che è attualmente al 4° posto con 28 iniziative su 108 ed interessa un certo numero di paesi considerati parte del Nord globale e solo 4 progetti riguardano il Sud del mondo.

3. Della rivoluzione epocale che stiamo vivendo e che sta trasformando radicalmente la nostra vita e noi stessi nella transizione da un mondo esclusivamente analogico ad uno sempre più digitale non siamo talvolta ancora del tutto consapevoli. Di fronte a questa realtà l'A. ci ricorda con insistenza, ri-

prendendo una definizione coniata da tempo⁵, come ormai “viviamo *onlife*” e come la recente esperienza della pandemia abbia condotto questa esperienza ad un punto di non ritorno a livello globale. Così come mette costantemente in luce che l'IA e il suo sviluppo rappresentano un fattore cruciale di questa rivoluzione. Ed è proprio questo l'elemento di cui dobbiamo acquisire consapevolezza in considerazione delle caratteristiche e del ruolo che l'IA sta assumendo nel nostro mondo.

Come già illustrato in altra parte del libro, nelle conclusioni l'A. ricorda la sua concezione dell'IA come “ingegnerizzazione di artefatti in grado di fare cose che richiederebbero intelligenza se dovessimo farle noi” (p. 332) esemplificandola con l'immagine del cellulare che può battere chiunque a scacchi pur avendo l'intelligenza di un tostapane. Infatti l'IA esprime il recente “divorzio”, reso possibile da enormi quantità di dati, da strumenti statistici sofisticati e da incredibile potenza di calcolo, tra la capacità di risolvere con successo problemi per un certo obiettivo o di portare a termine un compito e il bisogno di essere intelligenti per farlo. In breve, l'IA rappresenta una nuova forma di agire che necessita di un'etica in quanto ridefinisce la mentalità moderna, cioè molte delle concezioni ed idee consolidate.

In questa prospettiva l'IA, di cui non si dà una definizione scientifica ma è termine che include metodi, paradigmi, tecnologie, prodotti e servizi, è una straordinaria tecnologia che può rappresentare una potente forza ed avere un impatto positivo: per un verso, aiutarci a “conoscere, comprendere e prevedere” le molte e importanti sfide che ci stanno di fronte come cambiamento climatico, ingiustizia sociale e povertà globale in quanto capace di produrre un circolo virtuoso tra più informazione, migliore scienza e politiche più attente. Per un altro, aiutare a “migliorare” il mondo laddove si rafforzi la consapevolezza che di fronte a problemi sistemici e globali sia necessario coordinarsi, collaborare e cooperare. Tuttavia, come già ricordato più volte, se questo è il lato ‘luminoso’ delle tecnologie digitali e dell'IA, dobbiamo fare i conti con il lato ‘oscuro’, cioè i gravi rischi come l'acutizzazione di problemi sociali, l'affermazione di pregiudizi e decisioni discriminatorie, l'affievolimento dell'autonomia individuale e l'erosione della responsabilità umana. In pratica nella prospettiva di ridurre questi rischi appare essenziale anche la produzione e implementazione di buone norme internazionali.

Peraltro l'obiettivo di incorporare nel design dei sistemi di IA principi e prospettive etiche è visto come un passo cruciale per promuovere obiettivi benefici e affrontare le molte sfide sociali. Tuttavia resta molto lavoro da fare in questa direzione, in particolare per la messa in atto di forme di “*design partecipativo*” o co-design con il fine di utilizzare conoscenza ed esperienza dei partecipanti, inclusi gli utenti finali, nella stessa procedura di *design*. Comunque la crescita di affidabilità nella tecnologia e nell'IA da parte del pubblico richiede la partecipazione di tutti gli *stakeholder* attraverso il coinvolgimento e la collaborazione fin dal principio di sviluppatori, legislatori, regolatori e utenti in modo da assicurare una adeguata soddisfazione delle esigenze della società.

Infine vorrei brevemente ricordare che questo libro si poneva l'obiettivo di contribuire alla elaborazione di “una filosofia del nostro tempo per il nostro tempo” attraverso una interpretazione filosofica dell'IA come tecnologia che

⁵ A questo proposito possiamo fare riferimento ancora a L. FLORIDI nel suo volume *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., p.67 ss.

fonda “il divorzio senza precedenti” tra intelligenza e capacità di agire ricco di numerose e rilevanti conseguenze. E che la sua lettura ci avverte che la comprensione di questa rivoluzione richieda una revisione critica delle attuali narrazioni a livello individuale, sociale e politico e una seria riflessione sul progetto umano. Il compito che ci attende nel futuro e che richiede una diversa educazione e diverse sensibilità sembra quello di accettare che l'IA rappresenti una sfida al modo in cui percepiamo noi stessi dopo “la quarta rivoluzione” come l'A. aveva definito la rivoluzione dell'informazione già nel suo volume del 2014.

di Laura Ammannati

Il «Fit for 55» unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea

The «Fit for 55» unpacked: a multi-disciplinary analysis of the tools and objectives of the sectoral proposals for the decarbonisation of the European economy

di Gianluca Cavalieri *, Benedetta Celati **, Simone Franca ***, Marta Gandiglio ****, Anna Rita Germani *****, Andrea Giorgi *****, Gianluca Scarano *****

ABSTRACT

Il contributo mira a esaminare criticamente, in chiave multi-disciplinare, le proposte formulate dalla Commissione Europea con il pacchetto «Fit for 55» e con le comunicazioni successive alla crisi russo-ucraina, per verificare se e in quale misura gli strumenti d'intervento ipotizzati siano idonei a conseguire gli ambiziosi obiettivi prefigurati.

The contribution aims to critically examine, in a multi-disciplinary perspective, the proposals formulated by the European Commission with the «Fit for 55» package and with the communications following the Russian-Ukrainian crisis, to verify whether and to what extent the intervention tools hypothesized are suitable for achieving the ambitious objectives set.

SOMMARIO: Introduzione: scopo del lavoro e premesse metodologiche. – **Sezione I – ETS e rafforzamento dei limiti emissivi.** – 1.1. Gli obiettivi dichiarati dall'UE. – 1.2. Gli strumenti oggi vigenti per perseguire gli obiettivi dichiarati dall'UE. – 1.2.1. La «Condivisione degli sforzi». – 1.2.2. *L'Emission Trading System*. – 1.2.2.1. Il sistema «cap-and-trade». – 1.2.2.2. L'incentivo costituito dai segnali di prezzo. – 1.2.2.3. L'introduzione dell'ETS in Europa. – 1.2.3.1. Genesi e aspetti di legittimazione normativa. – 1.2.3.2. Evoluzione dell'ETS: le diverse fasi di applicazione. – 1.3. Gli strumenti proposti con il pacchetto «Fit for 55» per perseguire gli obiettivi dichiarati dall'UE. – 1.3.1. L'aggiornamento del meccanismo di «Condivi-

* PhD in diritto e scienze umane e docente a contratto di diritto pubblico dell'economia sostenibile, Università degli Studi dell'Insubria.

** PhD in Diritto pubblico e dell'economia, Università di Pisa.

*** Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università di Trento.

**** Ricercatrice, dipartimento di energia, Politecnico di Torino. PhD in energetica.

***** Professoressa associata in politica economica, dipartimento di studi giuridici ed economici, «Sapienza» Università di Roma.

***** Dottorando di ricerca in diritto amministrativo, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

***** Assegnista di ricerca in sociologia economica e del lavoro, Politecnico di Torino.

sione degli sforzi»: la previsione di nuovi target di riduzione delle emissioni entro il 2030. – 1.3.2. Il “nuovo” ETS. – 1.3.2.1. Abbassamento del *cap*. – 1.3.2.2. Riduzione dell’assegnazione gratuita delle quote. – 1.3.2.3. Intervento sui settori coperti dall’ETS. – 1.3.2.3.1. Il parallelismo con la «*Condivisione degli sforzi*». – 1.3.3. ETS e tecnologie *low-carbon*. – 1.3.3.1. La previsione di standard più rigorosi nel prisma della “politica industriale verde”. – 1.4. Valutazione degli strumenti e della loro idoneità a realizzare gli obiettivi nei tempi ipotizzati. – 1.4.1. La revisione dell’*Effort Sharing Regulation* – valutazione degli scenari alla luce dei dati. – 1.4.2. Valutazione dell’ETS rispetto agli obiettivi fissati dall’UE. – 1.4.2.1. Valutazione dell’ETS alla luce delle criticità emerse nelle diverse fasi di implementazione. – 1.4.2.2. La difficile identificazione del contributo effettivamente apportato dal *carbon trading* alla decarbonizzazione. – 1.4.3. Valutazione degli strumenti di *policy* e delle strategie regolatorie adottate per contrastare il cambiamento climatico. – 1.4.3.1. Considerazioni di sintesi sull’adeguatezza dell’armamentario regolatorio e del modello di *governance* disegnati per conseguire l’obiettivo della neutralità climatica. – 1.4.3.2. Riflessioni sul cambiamento impresso dal *Next Generation EU Fund*. – **Sezione II – Energia ed efficientamento energetico**. – 2.1. Obiettivi dichiarati dall’Unione Europea. – 2.2. Strumenti attualmente vigenti per perseguire tali obiettivi. – 2.3. Descrizione delle principali misure previste nelle proposte della Commissione di revisione della direttiva rinnovabili (2018/2001) e della direttiva efficienza energetica (2012/27). – 2.4. Considerazioni circa l’idoneità degli strumenti ipotizzati dalla Commissione Europea a conseguire gli obiettivi nei tempi ipotizzati. – 2.4.1. Individuazione delle soglie relative alle rinnovabili e all’efficientamento energetico. – 2.4.2. Profili inerenti alla *Governance*. – 2.4.3. Tasso di installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili. – 2.4.4. Relazione tra proposte della Commissione, politiche fiscali europee e ruolo della BEI. – 2.4.5. La questione relativa alla tassonomia. – **Sezione III – Suolo ed ecosistemi**. – Premessa: il livello “micro” e il livello “macro” dell’indagine. – 3.1. Gli Obiettivi dichiarati dall’UE. – a) L’obiettivo generale/trasversale. – 3.1.1. Il *Green Deal* europeo tra crisi climatica e crisi eco-sistemica. – 3.1.2. La Normativa europea sul clima e la strategia duplice dell’Unione per la decarbonizzazione. – 3.1.3. Il pacchetto «*Fit for 55*» tra protezione degli ecosistemi e rafforzamento dei pozzi naturali di assorbimento del carbonio. – b) L’obiettivo specifico/settoriale. – 3.1.4. La valorizzazione dell’apporto del settore del suolo quale pozzo naturale di immagazzinamento del carbonio. – 3.2. Gli strumenti già esistenti per realizzare gli obiettivi dell’UE. – 3.2.1. L’attuale regime LULUCF. – 3.3. Gli strumenti ulteriori previsti dal pacchetto «*Fit for 55*». – 3.3.1. Il “nuovo” regime LULUCF. – 3.4. La prospettiva “macro”: un quadro di sintesi delle principali iniziative europee in materia di protezione dei suoli e degli ecosistemi, tra *soft* e *hard law*. – 3.4.1. La strategia dell’UE per la protezione dei suoli tra *weak* e *strong (ecological) sustainability*. – 3.4.2. La protezione degli ecosistemi forestali tra politiche climatiche e strategie di mercato. – 3.4.3. Le sfide dei *global commons* e dell’approccio ecocentrico. – 3.5. Valutazioni conclusive circa l’idoneità degli strumenti a realizzare gli obiettivi previsti e osservazioni critiche. – **Sezione IV – Misure a carattere sociale**. – 4.1. Gli obiettivi sul fronte sociale del pacchetto «*Fit for 55*». – 4.2. Lo *status quo*: il finanziamento delle misure a carattere sociale tra Fondo per la transizione giusta e Fondo per la modernizzazione. – 4.3. I nuovi strumenti dedotti nel pacchetto «*Fit for 55*»: la riforma del Fondo per la Modernizzazione e l’introduzione del Fondo sociale per il clima. – 4.4. Valutazione critica delle misure a carattere sociale dedotte nel pacchetto «*Fit for 55*». – 4.4.1. L’idoneità degli obiettivi: profili generali. – 4.4.2. L’idoneità degli obiettivi nel prisma delle politiche del lavoro. – 4.4.3. L’idoneità degli strumenti: la dotazione finanziaria e la *governance* dei fondi. – 4.4.4. L’idoneità delle misure finanziabili. – 4.4.4.1. Le misure di riqualificazione professionale. – 4.4.4.2. Le misure di sostegno temporaneo al reddito.

Introduzione: scopo del lavoro e premesse metodologiche

Il 14 luglio 2021 la Commissione Europea ha proposto il pacchetto di misure «*Fit for 55*», allo scopo di ridurre del 55% il livello delle emissioni registrato nel 1990 entro il 2030 e di conseguire, entro il 2050, l’obiettivo di neutralità climatica, coerentemente con il traguardo prefigurato nella Legge Europea sul clima, introdotta con il Regolamento (UE) 2018/1999, e con il *Green deal* europeo.

Il pacchetto è obiettivamente corposo ed è articolato in tredici proposte legislative – alcune di revisione di normative già esistenti, altre che prevedono

l'introduzione di nuove regolamentazioni – che riguardano diversi settori economici e contemplano logiche e strumenti d'intervento anche molto differenti tra loro.

Le misure proposte dalla Commissione – come, del resto, il *Green deal* nel suo complesso – in astratto non mancano certamente di ambizione, perché di fondo mirano a modificare profondamente l'economia, la società e il rapporto dell'uomo con la natura e l'ambiente, e a riconoscere all'Unione Europea il ruolo di *leader* globale nella guida al processo di transizione ecologica. La crisi russo-ucraina ha poi impresso un'ulteriore decisiva accelerazione all'iniziativa politica della Commissione, che, principalmente allo scopo di superare progressivamente la dipendenza europea dal gas russo, il 18 maggio 2022 ha presentato il piano *Repower EU*, contenente ulteriori proposte, in parte modificative rispetto a quelle precedentemente formulate nel luglio 2021, tese a rafforzare ulteriormente il quadro degli interventi in materia energetica e a rendere ancora più ambiziosi gli obiettivi a medio-breve termine.

È, tuttavia, ben noto che interventi complessi e strutturali come quello ipotizzato dalla Commissione, nel passaggio dall'astratta affermazione di principio alla concreta applicazione, non sempre si rivelano all'altezza delle aspettative: per questa ragione, è parso necessario e opportuno esaminare puntualmente tali proposte e verificare se, e in quale misura, gli strumenti d'intervento prescelti possano ritenersi effettivamente in grado di conseguire gli ambiziosi obiettivi delineati nel pacchetto.

A tal fine, le misure proposte dalla Commissione sono state esaminate in una prospettiva multi-disciplinare, per poter cogliere e valutare nella misura più completa possibile le rilevanti implicazioni delle stesse; in particolare, il lavoro prodotto è il frutto di approfonditi scambi tra i diversi membri del gruppo di ricerca, che hanno messo a disposizione le rispettive competenze giuridiche, economiche, tecnico-ingegneristiche e sociologiche.

L'analisi è stata condotta enucleando preliminarmente quattro macro-aree d'intervento: (i) il sistema ETS e il rafforzamento dei limiti emissivi; (ii) l'energia e l'efficientamento energetico; (iii) le misure di rafforzamento della capacità degli ecosistemi di assorbire le emissioni di carbonio; (iv) le misure di carattere sociale. Il lavoro è articolato in quattro sezioni corrispondenti alle medesime macro-aree.

Per ciascuna area esaminata, dopo aver individuato gli obiettivi dichiarati dalla Commissione e gli strumenti attualmente vigenti per conseguire tali obiettivi, sono state descritte le principali misure, ulteriori rispetto a quelle già esistenti, proposte dalla Commissione nel pacchetto; questo passaggio, come si avrà modo di verificare, è risultato cruciale per favorire una valutazione dell'intervento il più possibile obiettiva e slegata da pregiudizi ideologici. Infatti, solo dopo aver descritto le misure proposte dalla Commissione ne è stata fornita una valutazione critica circa l'idoneità a conseguire concretamente gli obiettivi prefigurati.

A questo ultimo proposito, è necessaria un'ultima precisazione preliminare: è bene tenere presente che tutte le considerazioni svolte sull'effettiva attitudine delle misure suggerite dalla Commissione a conseguire gli obiettivi stabiliti sono motivate anche in relazione a dati pubblici, oggettivi e verificabili; laddove non fossero disponibili dati sufficienti, o in presenza di questioni obiettivamente incerte (come è, ad esempio, quella relativa alla c.d. "tassonomia", che verrà trattata nella seconda sezione) è stato ritenuto preferibile rappresentare

le diverse tesi emerse, senza tuttavia prendere esplicitamente posizione e lasciando dunque aperto il relativo giudizio.

È del resto chiaro, alla luce della rilevante complessità e dei temi oggetto dell'intervento prefigurato dalla Commissione, che, potenzialmente, ogni aspetto del pacchetto di misure potrebbe essere oggetto di specifici approfondimenti puntuali e autonome trattazioni anche di ampio respiro: pur nella piena consapevolezza di ciò, la riflessione qui proposta, senza rinunciare a formulare una valutazione critica complessiva del pacchetto e delle singole forme d'intervento ipotizzate, mira però innanzitutto a fornire un inquadramento preliminare della proposta esaminata nel suo complesso e a costituire una solida base di partenza per studi ulteriori e per l'esame delle rilevanti questioni che sono in parte già emerse e che certamente continueranno ad emergere se, come è assai probabile – e, per certi aspetti, senz'altro auspicabile – l'imponente iniziativa della Commissione verrà concretamente tradotta in leggi europee.

Sezione I – ETS e rafforzamento dei limiti emissivi¹

1.1. Gli obiettivi dichiarati dall'UE

Come già brevemente illustrato nell'Introduzione, il pacchetto «*Fit for 55*», presentato a luglio 2021 dalla Commissione², contiene varie normative settoriali che concorrono, con logiche e strumenti differenti, a realizzare per il 2030 l'obiettivo della riduzione delle emissioni del 55% rispetto ai livelli del 1990, in linea con il traguardo intermedio previsto dalla Normativa europea sul clima³. Quest'ultima ha un peso specifico importante all'interno del *Green Deal* europeo⁴, con il quale la Commissione europea ridisegna, su nuove e più ambiziose basi, l'impegno dell'Unione nel contrasto ai cambiamenti climatici e nella protezione dell'ambiente: la finalità, esplicitata fin dalle prime battute, è il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050. Tale ambizione fa emergere con forza la necessità, tanto assiologica quanto pragmatica e geopolitica, di un'Europa alla guida del processo di transizione ecologica (*global leader*), ca-

¹ Pur essendo la presente sezione frutto di una riflessione comune dei quattro autori, la redazione del testo è stata curata da Benedetta Celati, cui sono imputabili le considerazioni svolte nei §§ 1.1.2., 1.2., 1.2.1., 1.2.2., 1.2.2.3., 1.2.2.3.2., 1.3., 1.3.1., 1.3.2.1., 1.3.2.2., 1.3.2.3., 1.3.2.3.1., 1.3.3.1., 1.4., 1.4.1., 1.4.2.1., 1.4.3., 1.4.3.2.; a Marta Gandiglio sono imputabili le considerazioni svolte nel § 1.3.3.; ad Anna Rita Germani sono imputabili le considerazioni svolte nei §§ 1.2.2.1., 1.4.2., 1.4.2.2.; ad Andrea Giorgi è imputabile la redazione dei paragrafi §§ 1.1., 1.2.2.3.1., 1.4.3.1.; a Gianluca Scarano sono imputabili le considerazioni svolte nel § 1.2.2.2.

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «*Pronti per il 55 %*»: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica, COM(2021) 550 final, 14 luglio 2021.

³ Regolamento (UE) n. 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) n. 2018/1999 («*Normativa europea sul clima*»). Con il pacchetto «*Fit for 55*», la Commissione riesamina la legislazione dell'Unione pertinente per permettere il raggiungimento dell'obiettivo di riduzione delle emissioni del 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030, in linea con quanto stabilito nell'articolo 4, par. 2, del regolamento.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, 11 dicembre 2019.

pace di imporre in materia regole e standard universalmente riconosciuti (*rule-maker*)⁵. Sarebbe riduttivo, tuttavia, interpretare il *Green Deal* europeo come un semplice e lineare sviluppo del diritto europeo dell'ambiente. La sua realizzazione postula, infatti, l'elaborazione e l'implementazione di una serie di politiche «*profondamente trasformative*»⁶, che investono numerosi settori economici interconnessi e abbracciano differenti discipline: prova ne è la difficoltà di inquadrare la “neutralità climatica” all'interno di un singolo *policy-field*. Attorno a un obiettivo apparentemente tecnico e asettico, quale la decarbonizzazione, si coagulano numerose scelte di fondo dal carattere intrinsecamente politico, che investono l'economia, la società e la natura nel suo complesso e plasmano il modo in cui tali componenti interagiscono e si relazionano tra loro. La preminenza assiologica e funzionale accordata all'interesse pubblico alla transizione ecologica schiude nuove prospettive di analisi nel rapporto tra poteri pubblici – ai quali viene richiesto di riorientare funzionalmente e finalisticamente il sistema economico verso obiettivi ecologici – e mercato, ovvero nella relazione tra quest'ultimo – inteso come sviluppo economico – e ambiente (ecosistema), non necessariamente coincidenti con il (e sussumibili nel) paradigma dello sviluppo sostenibile, quantomeno se inteso in un'accezione “debole”⁷.

In questo quadro, la Normativa europea sul clima rappresenta la prima formalizzazione in termini giuridici dell'impegno politico dell'Unione al raggiungimento della neutralità climatica – nella sua duplice accezione di finalità al contempo tecnica e politica – entro il 2050, vincolando tanto le istituzioni europee quanto gli Stati membri al suo conseguimento. Tale obiettivo finale, a seguito di un emendamento operato dalla stessa Commissione, passa per il traguardo intermedio della riduzione delle emissioni di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030⁸. Il regolamento, inoltre, fornendo una definizione tecnico-giuridica di neutralità climatica, delinea la strategia della Commissione per la decarbonizzazione, che risulta fondata su due assi di intervento – riduzione e compensazione delle emissioni – funzionalmente integrati, ancorché concettualmente distinti. Viene in rilievo un deciso pragmatismo oltre alla consapevolezza che, seppur la riduzione alla fonte delle emissioni sia l'obiettivo prioritario, è necessario compensare quei settori in cui l'opera di decarbonizzazione si dimostra più complessa.

Tra le tredici proposte legislative del pacchetto «*Fit for 55*» dirette a raggiungere un simile traguardo – alcune di revisione di normative già esistenti, altre di formulazione di nuove regolamentazioni – la revisione dell'attuale sistema europeo di scambio delle quote di emissione (*Emission Trading System*) e il rafforzamento degli obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni a carico degli Stati (*Effort Sharing Regulation*) assumono carattere prioritario, costituendo, insieme al regolamento (UE) n. 2018/841 (c.d. regolamento LU-

⁵ Si veda in tal senso, A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, New York, 2020.

⁶ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, cit., p. 4, ove si legge che «*Per realizzare il Green Deal europeo è necessario ripensare per l'approvvigionamento di energia pulita in tutti i settori dell'economia: industria, produzione e consumo, grandi infrastrutture, trasporti, prodotti alimentari e agricoltura, edilizia, tassazione e prestazioni sociali*».

⁷ Sulla distinzione tra una concezione “*weak*”, di tipo ottimistico e tecno-centrico, e una concezione “*strong*”, di tipo ecologico ed eco-centrico, della sostenibilità si veda R.K. TURNER (a cura di), *Sustainable Environmental Economics and Management. Principles and Practice*, Belhaven Press, London, 1993.

⁸ Art. 4, par. 1, del regolamento (UE) n. 2021/1119, cit.

LUCF)⁹, i principali strumenti normativi di cui si avvale l'UE per ridurre le emissioni di gas a effetto serra in linea con gli impegni assunti in sede internazionale.

1.2. Gli strumenti oggi vigenti per perseguire gli obiettivi dichiarati dall'UE

I più importanti strumenti normativi con cui l'Unione europea interviene per perseguire gli obiettivi di riduzione dei gas a effetto serra sono costituiti dal c.d. meccanismo di «Condivisione degli sforzi» e dall'*Emission Trading System* (ETS).

1.2.1. La «Condivisione degli sforzi»

Il meccanismo di «*Condivisione degli sforzi*», seguendo un'impostazione di tipo *command and control*, si fonda sulla previsione di obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni per i settori esclusi dall'ETS (piccola-media industria, trasporti, edilizia, agricoltura, rifiuti), assegnati, in base al PIL *pro capite*¹⁰, a ciascuno Stato membro, con adeguamenti finalizzati a tener conto dell'efficienza in termini di costi.

Per il periodo 2013-2020, la materia è stata disciplinata attraverso la decisione n. 406/2009/CE¹¹ (ESD), con la quale i settori coperti dall'ETS dell'UE sono stati espunti dai target stabiliti per gli Stati membri, lasciando gli obiettivi nazionali differenziati solo per i settori non ETS. Nel 2015, tutti gli Stati membri tranne Malta hanno raggiunto i loro obiettivi annuali previsti dalla ESD¹². Per il periodo 2021-2030, i nuovi obiettivi relativi ai rispettivi contributi minimi degli Stati sono stati fissati dal regolamento sulla condivisione degli sforzi, adottato il 30 maggio 2018¹³ (ESR).

Le assegnazioni annuali, espresse in tonnellate di CO₂ equivalente, vengono stabilite dalla Commissione attraverso atti di esecuzione. Gli Stati sono vincolati a raggiungere l'obiettivo determinato dalla Commissione ma hanno piena discrezionalità relativamente alle misure e alle strategie da adottare per realizzare le riduzioni assegnate. Sono altresì previste alcune tipologie di flessibilità: di tipo temporale (le assegnazioni di emissioni possono essere deposi-

⁹ Per l'analisi del regolamento (UE) n. 2018/841 si veda *infra*, sez. III.

¹⁰ Gli obiettivi di riduzione variano a seconda del reddito nazionale. Inoltre, sono previste alcune disposizioni specifiche, come una riserva di sicurezza a beneficio degli Stati membri con un PIL *pro capite* inferiore alla media dell'Unione nel 2013, le cui emissioni di gas a effetto serra rimangono al di sotto delle proprie assegnazioni annuali di emissioni dal 2013 al 2020, e che hanno problemi a raggiungere il proprio obiettivo di emissioni di gas a effetto serra per il 2030 nonostante il ricorso ad altre flessibilità previste dalla normativa. Si veda il Considerando 26 del regolamento (UE) n. 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'Accordo di Parigi.

¹¹ Decisione n. 406/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 concernente gli sforzi degli Stati membri per ridurre le emissioni dei gas a effetto serra al fine di adempiere agli impegni della Comunità in materia di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2020.

¹² <https://www.eea.europa.eu/themes/climate/trends-and-projections-in-europe/trends-and-projections-in-europe-2017/progress-towards-member-states-greenhouse>.

¹³ Regolamento (UE) n. 2018/842, cit.

tate e prese in prestito, per alcuni periodi di tempo)¹⁴; geografico (sono possibili trasferimenti di assegnazioni annuali tra Stati membri)¹⁵; con i settori ETS¹⁶ e con il regolamento LULUCF¹⁷.

Per quanto attiene ai meccanismi di *enforcement*, il regolamento prevede una sanzione di carattere non pecuniario che scatta in maniera automatica in caso di *non-compliance* e che tiene conto del costo ambientale del ritardo accumulato nelle azioni di riduzione: le emissioni in eccesso, moltiplicate per un fattore di 1,08, vengono aggiunte alle emissioni dell'anno successivo in modo che l'obiettivo diventi più severo¹⁸. Finché il Paese non sarà di nuovo in regola, inoltre, esso non potrà scambiare le sue quote o il suo surplus con altri Stati membri¹⁹.

Anche se l'ESR stabilisce obiettivi annuali vincolanti, i controlli di conformità e le sanzioni hanno luogo solo ogni cinque anni, nel 2027 e nel 2032. Oltre ai controlli di conformità quinquennali, la Commissione valuta annualmente i progressi degli Stati membri. Quando questi progressi si discostano dall'obiettivo annuale del Paese, lo Stato membro deve preparare un piano d'azione correttivo contenente misure aggiuntive da attuare. Infine, la Commissione, per garantire il rispetto degli obblighi previsti dal regolamento, può anche avviare una procedura di infrazione²⁰.

1.2.2. L'Emission Trading System

L'altro strumento chiave per le politiche climatiche dell'UE è costituito dall'*Emission Trading System* (ETS) che coinvolge le industrie europee a più alta intensità energetica produttrici di gas climalteranti, oltre al trasporto aereo. Diversamente dall'ESR, l'ETS stabilisce un obiettivo di riduzione non ripartito tra i vari Stati membri ma fissato a livello europeo, trattandosi di un sistema applicato in maniera armonizzata e centralizzata.

1.2.2.1. Il sistema «cap-and-trade»

L'ETS, che è stato introdotto con la direttiva 2003/87/CE²¹, rappresenta, invero, l'elemento portante della strategia dell'UE per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra²² ed è strutturato secondo il modello del *cap-and-trade*. Il regolatore fissa un *cap*, ovvero un obiettivo generale coincidente con la quantità massima di gas a effetto serra che può essere emesso nell'atmosfera (livello accettabile di inquinamento). Viene poi determinata un'equivalenza tra quantità di emissioni e diritti di inquinamento: ogni tonnellata di CO₂ corrisponde a un permesso di emissione. Alle imprese viene attribui-

¹⁴ Art. 5, par. 1-3, del regolamento (UE) n. 2018/842, cit.

¹⁵ Art. 5, par. 4-7, del regolamento (UE) n. 2018/842, cit.

¹⁶ Art. 6 del regolamento (UE) n. 2018/842, cit.

¹⁷ Art. 7 del regolamento (UE) n. 2018/842, cit.

¹⁸ Art. 9, par. 1, lett. a), del regolamento (UE) n. 2018/842, cit.

¹⁹ Art. 9, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) n. 2018/842, cit.

²⁰ Considerando 29 del regolamento (UE) n. 2018/842, cit.

²¹ Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio.

²² Relazione sul funzionamento del mercato europeo del carbonio, COM(2019) 557 final/2, del 16 gennaio 2020.

to un numero predefinito di diritti di emissione, gratuitamente o tramite asta (*auctioning*). Se queste non riescono a rispettare il limite fissato dall'autorità, possono acquistare i permessi dalle imprese che hanno quote in eccesso. Il prezzo delle quote viene determinato, pertanto, dalla domanda e dall'offerta: chi inquina esegue azioni di mitigazione fino al momento in cui non diventa più conveniente acquistare un permesso sul mercato invece che ridurre un'ulteriore unità di emissione. L'ETS, dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, è inquadrabile come uno strumento di regolazione indiretta, nel quale le emissioni di gas serra vengono interpretate come "esternalità negative" e al regolatore viene attribuito il compito di assicurare la presenza di diritti di proprietà (coincidenti con i permessi di emissione) perfettamente definiti, poiché proprio dall'assenza o dalla cattiva definizione di questi ultimi deriverebbe un fallimento del mercato ²³.

1.2.2.2. L'incentivo costituito dai segnali di prezzo

Il prezzo serve a fornire un incentivo progressivo per la decarbonizzazione, mentre le allocazioni gratuite delle quote mirano a mitigare il rischio del c.d. *carbon leakage*, che si riferisce a una situazione in cui una politica climatica realizzata in un certo ordinamento (come l'EU ETS) porta a un trasferimento della produzione in altri ordinamenti che hanno regolamentazioni meno severe sulle emissioni di gas serra. In particolare, il metodo attraverso il quale le quote vengono distribuite gratuitamente ai partecipanti al sistema sulla base delle emissioni storiche, alternativo all'*auctioning*, prende il nome di *grandfathering*.

1.2.2.3. L'introduzione dell'ETS in Europa

L'introduzione dell'ETS in Europa può essere analizzata sia come l'esito di un duplice fallimento – rappresentato dall'impossibilità di realizzare una *carbon tax* in tutta l'UE ²⁴, nonché dall'inefficacia dell'opposizione esercitata dalle istituzioni europee nei confronti della proposta, sostenuta dagli Stati Uniti, di includere nel protocollo di Kyoto meccanismi flessibili, come il commercio internazionale dei diritti di emissione ²⁵ – sia come un esempio di "*leadership epistemica*", incarnata dalla Commissione europea, o meglio da una Direzione Generale capace di mobilitare un crescente sostegno attorno alla validità del *carbon trading* ²⁶.

²³ La teoria dei permessi negoziabili è stata introdotta da J.H. Dales nel 1968 ma si ispira alla soluzione prospettata da Coase, che offre la base speculativa per elaborare l'impostazione secondo la quale, a fronte di fallimenti del mercato consistenti in esternalità negative, l'intervento pubblico si deve limitare a garantire il funzionamento dei meccanismi di mercato. Si veda R. COASE, *The problem of social cost*, in *The Journal of Law and Economics*, n. 3, 1960, pp. 1-44.

²⁴ La tassazione del carbonio è l'altra modalità con cui si esplica il *carbon pricing* e si basa sulla fissazione del prezzo da parte regolatore, lasciando al mercato la determinazione del risultato in termini di quantità. La legislazione europea riguardante le questioni fiscali richiede il voto all'unanimità. A causa della forte opposizione e del ricorso all'uso del veto da parte di vari Stati membri – e in particolare del Regno Unito, che si è sempre opposto a qualsiasi trasferimento di competenze fiscali a livello europeo – la proposta non è mai stata adottata.

²⁵ Si veda l'art. 17 del Protocollo di Kyoto. Cfr. F.J. CONVERY, *Origins and Development of the EU ETS*, in *Environ Resource Econ*, vol. 43, n. 3, 2009, pp. 391-412.

²⁶ Il riferimento è in particolare all'influenza esercitata da Jos Delbeke, all'epoca responsabile degli strumenti economici e fiscali in materia ambientale nella DG Ambiente, il quale sarebbe riuscito a convincere la commissaria per l'ambiente Ritt Bjerregaard della validità di un sistema di scambio di emissioni europeo, all'inizio del 1998. Cfr. J. BIRGER SKJÆRSETH-J. WETTESTAD,

1.2.2.3.1. Genesi e aspetti di legittimazione normativa

Inoltre, la genesi dell'EU ETS appare strettamente correlata a due dei principali approcci teorici su cui poggia il processo di integrazione europea: il *liberal intergovernmentalism*²⁷ – nella misura in cui sull'assetto iniziale fortemente decentrato ha inciso la negoziazione interstatale – e la *multilevel governance* – trattandosi di un sistema costruito attorno alle interazioni tra istituzioni europee (*in primis* la Commissione), attori pubblici (Stati membri) e privati (imprese e ONG).

1.2.2.3.2. Evoluzione dell'ETS: le diverse fasi di applicazione

Le prime due fasi di applicazione dell'ETS (2005-2007 e 2008-2012) si sono contraddistinte per una grande eccedenza delle quote in circolazione e per la prevalenza del meccanismo di allocazione gratuita delle stesse, elementi che hanno comportato un indebolimento del segnale di prezzo e dunque uno scarso incentivo per la riduzione delle emissioni²⁸. Per correggere questa inefficienza, nel 2019 è stata messa in funzione una riserva stabilizzatrice del mercato volta a gestire gli squilibri tra domanda e offerta di quote e garantire una stabilità nei mercati del carbonio. Gli ultimi due anni della terza fase (2013-2020) sono stati caratterizzati, pertanto, da un rafforzamento del segnale del prezzo del carbonio. Fino alla fine della terza fase, per gli Stati membri è stato inoltre possibile avvalersi del sistema dei crediti internazionali del protocollo di Kyoto, che permettevano di compensare le emissioni di carbonio e di adempiere agli obblighi di conformità, sostenendo progetti di riduzione delle emissioni realizzati altrove.

Analizzando l'ETS attraverso le lenti del diritto amministrativo europeo, occorre sottolineare che, a partire dalla terza fase, il sistema ha subito un processo di centralizzazione: viene definito un unico *cap* comunitario (si applica un tetto massimo comune a livello di UE, in sostituzione del sistema precedente che prevedeva tetti massimi nazionali), entra in esercizio un unico registro dei permessi di emissione, i *benchmark* per l'assegnazione gratuita delle quote sono stabiliti a livello europeo e le aste dei titoli sono svolte su una piattaforma comune. Inoltre, nella terza fase, è stata prevista la vendita all'asta come sistema predefinito per l'assegnazione di quote.

Nel 2018, con la direttiva 2018/410/UE²⁹, è stata disciplinata la quarta fase di implementazione dell'EU ETS (2021-2030), nella quale è stato aumentato il

Making the EU Emissions Trading System: The European Commission as an entrepreneurial epistemic leader, in *Global Environmental Change*, vol. 20, n. 2, 2010, pp. 314-321; J. DELBEKE (a cura di), *The EU Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme*, *EU energy law*, IV, Claeys and Casteels, Leuven, 2006.

²⁷ Cfr. A. MORAVCSIK, *Preferences and Power in the European Community: A liberal intergovernmentalist approach*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, n. 4, 1993, pp. 473-524; A. MORAVCSIK-F. SCHIMMELFENNIG, *Liberal Intergovernmentalism*, in A. WIENER-T.A. BORZEL-T. RISSE (a cura di), *European Integration Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 64-84.

²⁸ Ciò può accadere, in special modo, nel momento in cui la concessione di quote gratuite, combinata con un prezzo del carbonio molto basso, consente alle industrie a più alta intensità di gas serra di accumulare facilmente surplus di quote. Cfr. R. BAILEY-F. PRESTON, *Stuck in Transition: Managing the Political Economy of Low-carbon Development*, in *Energy, Environment and Resources*, *Briefing Paper N.1*, Chatam House, London, 2014.

²⁹ Direttiva (UE) 2018/410 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2018, che modifica la direttiva 2003/87/CE per sostenere una riduzione delle emissioni più efficace sotto il profilo dei costi e promuovere investimenti a favore di basse emissioni di carbonio e la decisione (UE) n. 2015/1814.

fattore di riduzione lineare – corrispondente alla percentuale che indica di quanto, di anno in anno, viene diminuito il tetto³⁰ – dall'1,74% al 2,2%, e sono state introdotte nuove norme per il calcolo dell'assegnazione gratuita delle quote in funzione del livello di attività.

1.3. Gli strumenti proposti con il pacchetto «Fit for 55» per perseguire gli obiettivi dichiarati dall'UE

Per raggiungere l'obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 55% entro il 2030, la Commissione europea prevede, con il pacchetto «Fit for 55», l'aggiornamento sia del meccanismo di «Condivisione degli sforzi» sia dell'ETS, in modo da rendere questi strumenti adeguati e coerenti con il nuovo e più elevato livello di ambizione dell'UE.

1.3.1. L'aggiornamento del meccanismo di «Condivisione degli sforzi»: la previsione di nuovi target di riduzione delle emissioni entro il 2030

La proposta di regolamento che modifica il regolamento (UE) 2018/842 relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030³¹ è basata principalmente sulla previsione di nuovi obiettivi di riduzione delle emissioni, in modo da portare, entro il 2030, a una loro diminuzione del 40 % rispetto al 2005³². La logica dell'intervento è dunque di stabilire nuovi target annuali vincolanti per le emissioni di gas serra per gli Stati membri, che conseguono collettivamente tale riduzione. Qualora la normativa rimanesse invariata, infatti, i settori attualmente soggetti al regolamento «Condivisione degli sforzi» conseguirebbero congiuntamente una riduzione delle emissioni entro il 2030 pari al -32 % rispetto al 2005. Anche se ciò significherebbe superare il contributo pari al -30 %, stabilito nel 2018, si tratterebbe comunque di un risultato insufficiente per un obiettivo globale pari ad almeno -55 % rispetto al 1990³³.

L'ambito di applicazione del regolamento rimane inalterato, così come le previsioni riguardanti le misure correttive e le verifiche di conformità. La proposta interviene, invece, sui meccanismi di flessibilità rivedendo, in particolare, la flessibilità LULUCF, il cui utilizzo viene limitato e suddiviso in due periodi di cinque anni (2021-2025 e 2026-2030), per ognuno dei quali può essere utilizzata al massimo la metà dell'importo totale consentito.

Viene altresì creata una nuova riserva volontaria, la riserva supplementare, destinata ad aiutare gli Stati membri a conseguire i loro obiettivi individuali, consentendo agli stessi di utilizzare gli assorbimenti netti non utilizzati generati

³⁰ Il fattore di riduzione lineare è una percentuale corrispondente alla quantità di titoli di emissione che deve essere rimossa ogni anno dal mercato.

³¹ Proposta di regolamento che modifica il regolamento (UE) n. 2018/842 relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi, COM(2021) 555 final, del 14 luglio 2021.

³² Dalla valutazione d'impatto a sostegno del piano per l'obiettivo climatico è emerso che le riduzioni complessive sarebbero dovute aumentare di circa 10 punti percentuali in relazione all'attuale obiettivo del regolamento Condivisione degli sforzi pari a -30 % rispetto al 2005, cfr. Proposta di regolamento che modifica il regolamento (UE) n. 2018/842, cit., p. 2.

³³ Cfr. Proposta di regolamento che modifica il regolamento (UE) n. 2018/842, cit., p. 3.

nel periodo 2026-2030, a condizione che l'obiettivo di riduzione delle emissioni dell'Unione pari al 55% sia raggiunto entro il 2030, con un contributo massimo di assorbimenti netti fissato a 225 Mt CO₂eq, come richiesto dalla Normativa europea sul clima.

1.3.2. Il “nuovo” ETS

La Commissione propone, poi, di rafforzare l'ETS esistente, attraverso quattro distinti atti legislativi: la proposta di direttiva che modifica la direttiva 2003/87/CE che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra all'interno dell'Unione (COM(2021)551 final); la proposta di direttiva che modifica la direttiva 2003/87/CE per quanto riguarda il contributo del trasporto aereo all'obiettivo di riduzione delle emissioni (COM(2021)552); la proposta di decisione che modifica la direttiva 2003/87/CE per quanto riguarda la notifica della compensazione in relazione a una misura basata sul mercato globale per gli operatori aerei con sede nell'Unione (COM(2021)567 final); la proposta di decisione che modifica la decisione (UE) n. 2015/1814 per quanto riguarda il quantitativo di quote da integrare nella riserva stabilizzatrice del mercato per il sistema dell'Unione per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra fino al 2030 (COM(2021) 571 final).

1.3.2.1. Abbassamento del cap

La revisione dell'ETS, segnatamente, mira a innalzare, a partire dal 2024, il fattore di riduzione lineare dall'attuale 2,2% al 4,2%, per ridurre, entro il 2030, le emissioni del sistema EU ETS del 61% rispetto ai livelli del 2005, a seguito di una riduzione *una tantum* del tetto complessivo delle stesse, in modo che il nuovo fattore di riduzione lineare abbia il medesimo effetto che avrebbe avuto se fosse stato applicato a partire dal 2021.

1.3.2.2. Riduzione dell'assegnazione gratuita delle quote

La Commissione, nell'ottica di realizzarne una graduale eliminazione, interviene, altresì, sul tema dell'assegnazione gratuita delle quote, stabilendo che la stessa continui a essere basata su parametri di riferimento che rappresentino il livello di *performance* dei migliori impianti, aggiungendo però nuovi attori economici che utilizzano tecnologie *low-carbon*. L'assegnazione gratuita dovrà essere subordinata agli sforzi di decarbonizzazione, ed è previsto che, per gli impianti che non implementeranno le misure raccomandate negli audit energetici, le quote gratuite verranno decurtate fino al 25%³⁴.

Viene inoltre disciplinata la correlazione tra quote gratuite e il nuovo meccanismo di aggiustamento del carbonio alle frontiere (CBAM), previsto come pienamente operativo, per alcuni settori, a partire dal 2026. La Commissione ha infatti formulato anche una proposta di regolamento che istituisce tale meccanismo³⁵, concepito come un'alternativa all'assegnazione gratuita di quote per far fronte al rischio di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio (si veda *supra*, § 1.2.2.). Il CBAM, che si basa sull'incorporazione del prezzo del

³⁴ Il quantitativo di quote assegnate a titolo gratuito non è ridotto se il gestore dimostra di aver attuato altre misure che determinano riduzioni delle emissioni di gas a effetto serra equivalenti a quelle raccomandate nella relazione di audit.

³⁵ Proposta di regolamento che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, COM(2021) 564 final, 14 luglio 2021.

carbonio nel costo delle merci importate da Paesi extra-UE, prevedendo l'obbligo per l'importatore di certificare le emissioni effettive generate dalla produzione del bene posto in commercio, rappresenta uno strumento di politica climatica con cui l'Europa "impone" a livello globale i propri standard in materia ambientale.

1.3.2.3. Intervento sui settori coperti dall'ETS

Uno specifico intervento nell'ambito delle proposte riguarda l'aviazione, nella misura in cui viene determinata la limitazione agli attuali livelli del numero totale di quote per il trasporto aereo nell'ETS, che verrà poi ridotto ogni anno del fattore lineare del 4,2%. Il sistema sarà inoltre rafforzato, prevedendo che nessuna assegnazione gratuita di quote avvenga più a partire dal 2027, onde creare un segnale di prezzo più forte e allinearsi al sistema globale di compensazione e riduzione del carbonio per l'aviazione internazionale (CORSIA)³⁶.

Viene, altresì, stabilita l'inclusione nell'ETS delle emissioni del trasporto marittimo per coprire le emissioni di CO₂ delle grandi navi (oltre 5000 tonnellate di stazza lorda), indipendentemente dalla loro bandiera³⁷.

L'elemento sicuramente più rilevante delle proposte della Commissione è, però, rappresentato dall'estensione dell'ETS ai trasporti su strada e all'edilizia, per i quali viene previsto un sistema autonomo e separato. Segnatamente, viene profilato un nuovo sistema di scambio di emissioni per la distribuzione di combustibili per il trasporto stradale e gli edifici, che dovrebbe prendere avvio nel 2025, con il rilascio di quote e gli obblighi di conformità applicati a partire dal 2026, sulla base dei dati rilevati nell'ambito del regolamento sulla condivisione degli sforzi, trattandosi di settori storicamente soggetti a misure nazionali adottate in attuazione di quest'ultimo. Il tetto nel nuovo ETS sarà abbassato ogni anno per produrre una riduzione delle emissioni del 43% nel 2030 rispetto al 2005. I destinatari della nuova misura sono i fornitori di carburante e non gli emettitori, venendo regolamentata l'attività di immissione in consumo dei combustibili impiegati in tali ambiti³⁸. Il 25% delle entrate del nuovo sistema di scambio dovrà essere destinato al Fondo Sociale per il Clima³⁹, sia per soste-

³⁶ Il CORSIA dell'ICAO è un meccanismo di compensazione in base al quale gli Stati dovrebbero fare in modo che le compagnie aeree stabilite nel loro territorio compensino con crediti internazionali le emissioni di CO₂ che superano il livello di riferimento. A causa della pandemia di COVID 19, nel 2020 il Consiglio dell'ICAO ha deciso che le emissioni del 2019 avrebbero dovuto fungere da riferimento nel periodo 2021-2023 invece della media delle emissioni del periodo 2019-2020. La partecipazione al programma CORSIA è su base volontaria dal 2021 al 2026, per diventare obbligatoria dal 2027 al 2035. Sia il CORSIA che l'EU-ETS implicano che le compagnie aeree controllino e comunichino le loro emissioni, restituendo un certo numero di crediti (in termini di quote o di compensazioni) a seconda dell'aumento delle loro emissioni.

³⁷ L'estensione includerà tutte le emissioni delle navi che fanno scalo in un porto dell'UE per viaggi intra-UE così come il 50% delle emissioni dei viaggi che iniziano o terminano fuori dall'UE (viaggi extra-UE), e le emissioni che si verificano quando le navi sono all'ormeggio nei porti dell'UE. L'ETS dell'UE coprirebbe circa due terzi delle emissioni del trasporto marittimo (90 milioni di tonnellate di CO₂); i proprietari delle navi dovranno acquistare e restituire quote di emissioni ETS per ogni tonnellata di CO₂ dichiarata.

³⁸ Dato il numero elevato di emettitori di dimensioni ridotte nei settori dell'edilizia e del trasporto stradale, e per motivi di fattibilità tecnica ed efficienza amministrativa, la Commissione ha ritenuto necessario fissare il punto di regolamentazione più a monte della catena di approvvigionamento.

³⁹ Si veda la proposta di regolamento che istituisce il Fondo sociale per il clima, COM(2021) 568 final, 14 luglio 2021, per la cui analisi si veda *infra*, sez. IV.

nere investimenti nell'efficienza energetica degli edifici e nei nuovi autoveicoli, sia per supportare economicamente le fasce della popolazione più colpite da questa misura potenzialmente regressiva. Interessante è la relazione che siffatta modifica crea col meccanismo di «*Condivisione degli sforzi*», dal momento in cui circa la metà delle emissioni coperte da quest'ultimo è interessata proprio dai nuovi settori ai quali si applicherà l'ETS.

1.3.2.3.1. Il parallelismo con la «*Condivisione degli sforzi*»

Viene promossa l'integrazione tra le due politiche, quella di tipo *command and control* della «*Condivisione degli sforzi*» e quella basata sul *cap-and-trade* dell'ETS, intese come complementari, essendo previsto che il trasporto su strada e l'edilizia siano regolati da entrambi gli strumenti normativi. Viene infatti considerato “premature” lasciare la diminuzione mirata delle emissioni generate da questi settori esclusivamente all'ETS⁴⁰.

1.3.3. ETS e tecnologie *low-carbon*

La Commissione, inoltre, fa molto affidamento sulle soluzioni tecnologiche a basse emissioni, il cui sviluppo verrebbe incentivato dall'ETS. Analizzando gli studi di scenario proposti dall'Agenzia internazionale per l'energia (IEA)⁴¹, due terzi delle riduzioni cumulative di emissioni (tra lo scenario *business as usual*, senza inasprimenti normativi, e quello di *net zero emissions* al 2050) provengono, da qui al 2070, da tecnologie che sono attualmente in fase di prototipo o di dimostrazione. Dati i tempi e gli obiettivi, appare chiara la necessità che l'innovazione sia intensificata adesso per assicurare che le applicazioni chiave siano disponibili sul mercato nel prossimo decennio. A tale riguardo, è opportuno evidenziare che l'aumento, nell'ultimo anno, del prezzo del carbonio ha spinto molte aziende a interessarsi ai processi della cattura della CO₂, volti a un suo futuro utilizzo (CCU) o sequestro (CCS). Se il tema della cattura seguita da sequestro geologico è esplicitamente citato come strumento di contenimento delle emissioni e costituisce una riduzione certificata e quindi una diminuzione delle spese per ETS nei settori industriali interessati, ad oggi rimane, invece, poco chiaro come verrà considerato e incentivato il processo di cattura e riutilizzo della CO₂. Numerose applicazioni di CCU sono, peraltro, già ampiamente diffuse, tra cui l'adsorbimento chimico della CO₂ dalla produzione di ammoniaca e dalla lavorazione del gas naturale, l'uso di CO₂ nella produzione di fertilizzanti (urea), il trasporto su lunghe distanze tramite *pipeline* e l'iniezione di CO₂ per l'EOR (*Enhanced Oil Recovery*).

1.3.3.1. La previsione di standard più rigorosi nel prisma della “politica industriale verde”

Nel pacchetto «*Fit for 55*», vengono prospettati anche una serie di interventi, ascrivibili a misure di tipo *command and control*, riguardanti il rafforzamento dei limiti emissivi per il settore dei trasporti e dei carburanti. In particolare, con riguardo alla modifica del regolamento che definisce i livelli di prestazione in

⁴⁰ Proposta di regolamento che modifica il regolamento (UE) n. 2018/842, cit., p. 9.

⁴¹ IEA (2020), *CCUS in Clean Energy Transitions*, IEA, Paris <https://www.iea.org/reports/ccus-in-clean-energy-transitions>.

materia di emissioni di CO₂ per autovetture e furgoni⁴² (COM(2021)556 final)⁴³, la misura proposta prevede il rafforzamento dei requisiti di riduzione dallo stesso previsti, imponendo, in maniera assai significativa, che le emissioni delle nuove autovetture diminuiscano del 55%, a partire dal 2030, e del 100%, a partire dal 2035, rispetto ai livelli del 2021. L'idea, riconducibile a una logica di politica industriale verde⁴⁴ promossa dalla Commissione europea, è quella di incentivare, tramite la previsione di standard sempre più rigorosi, l'immissione sul mercato europeo di una quota maggiore di veicoli a zero emissioni⁴⁵.

1.4. Valutazione degli strumenti e della loro idoneità a realizzare gli obiettivi nei tempi ipotizzati

Per valutare se gli strumenti messi in campo dalla Commissione col pacchetto «*Pronti per il 55*» siano “*fit for purpose*”, appare necessario distinguere tra una valutazione fondata sui risultati raggiunti in base ai target stabiliti dall'Unione europea, e dunque legata agli scenari che, alla luce dei dati, sembrano prospettabili, e una considerazione incentrata, invece, sull'analisi dei meccanismi di *policy*, ovvero volta a esaminare l'adeguatezza dell'armamentario regolatorio e del modello di *governance* disegnati a livello europeo per conseguire il macro-obiettivo – tecnico e politico – della neutralità climatica (si veda *supra*, §. 1.1.).

1.4.1. La revisione dell'*Effort Sharing Regulation* – valutazione degli scenari alla luce dei dati

Stando ai dati dell'Agenzia Europea dell'Ambiente (AEA), le emissioni di gas serra dell'UE coperte dagli obiettivi nazionali di riduzione sarebbero diminuite del 15% tra il 2005 e il 2020, con un abbattimento del 6% tra il 2019 e il 2020, superando il target previsto dalla Decisione sulla condivisione degli sforzi (ESD). Si tratterebbe di riduzioni in gran parte alimentate dai miglioramenti in materia di efficienza energetica e dal passaggio a combustibili a minore intensità di carbonio, comprese le energie rinnovabili. L'AEA sottolinea che le emissioni sono scese tra il 2005 e il 2014, anche se in misura inferiore rispetto ai settori coperti dall'ETS, riflettendo la diversità di questi ultimi, mentre nel periodo 2015-2019 i livelli di emissioni sarebbero, invece, rimasti al di sopra di quelli del 2014, principalmente a causa dell'aumento delle emissioni

⁴² Regolamento (UE) n. 2019/631 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che definisce i livelli di prestazione in materia di emissioni di CO₂ delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi e che abroga i regolamenti (CE) n. 443/2009 e (UE) n. 510/2011.

⁴³ Proposta di regolamento che modifica il regolamento (UE) n. 2019/631 per quanto riguarda il rafforzamento dei livelli di prestazione in materia di emissioni di CO₂ delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi, in linea con la maggiore ambizione dell'Unione in materia di clima.

⁴⁴ Per il concetto di politica industriale verde, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2021, pp. 416 ss.

⁴⁵ Tra i veicoli a zero emissioni figurano attualmente i veicoli elettrici a batteria e i veicoli a celle a combustibile alimentati con idrogeno. Il piano per eliminare gradualmente le vendite di autovetture a combustibili fossili entro il 2035 ha lo scopo di stimolare i produttori di automobili a investire in tecnologie verdi.

nel settore dei trasporti, sebbene sia stato osservato un forte calo tra il 2019 e il 2020, che può essere in gran parte attribuito alla crisi del Covid-19⁴⁶.

Stando alle proiezioni nazionali sui gas serra, con l'attuazione delle misure aggiuntive al momento previste a livello nazionale (dunque non allineate con il nuovo obiettivo del «Fit for 55»), solo 14 Stati membri dovrebbero poter raggiungere l'attuale obiettivo di condivisione degli sforzi per il 2030. I nuovi target di riduzione previsti dalla proposta di revisione del regolamento *Effort Sharing* richiederanno, pertanto, l'implementazione di ulteriori e più ambiziose strategie di abbattimento dei gas climalteranti da parte degli Stati membri.

1.4.2. Valutazione dell'ETS rispetto agli obiettivi fissati dall'UE

È opinione prevalente tra gli economisti a livello internazionale⁴⁷ che il pacchetto «Fit for 55» sia coerente con gli obiettivi prefissati e possa fornire un quadro efficiente e stabile per mobilitare gli sforzi in tutti i settori economici, mediante strumenti diversificati (prevalentemente meccanismi di mercato da combinare con azioni correttive di *policy*). Per formulare le proposte contenute nel «Fit for 55», la Commissione si è avvalsa delle evidenze raccolte nell'*Impact Assessment* svolto in occasione della precedente revisione dell'EU ETS, conclusasi nel 2018⁴⁸, dei risultati dell'*Impact Assessment* del piano per l'obiettivo climatico 2030⁴⁹, dei dati raccolti nel quadro di altre iniziative concomitanti del *Green Deal*, nonché delle attività di consultazioni pubbliche *online* (anche attraverso la somministrazione di questionari)⁵⁰ dalle quali è emerso un ampio sostegno all'EU ETS come strumento strategico.

1.4.2.1. Valutazione dell'ETS alla luce delle criticità emerse nelle diverse fasi di implementazione

Ai sensi dell'art. 10, par. 5, della direttiva 2003/87/CE, peraltro, la Commissione fornisce ogni anno una relazione sul funzionamento del mercato del carbonio e sul raggiungimento dei suoi obiettivi. Tali relazioni consentono di valutare l'efficacia dell'ETS e di correggere i difetti di progettazione del sistema, come avvenuto, ad esempio, con la revisione del metodo del *grandfathering* che ingenerava una sovrallocazione di quote a titolo gratuito, o con gli interventi legati all'aumento del fattore lineare ovvero con le modifiche legislative concordate negli ultimi anni per affrontare il problema dell'eccedenza dei permessi in circolazione. Stando alle valutazioni effettuate dalla Commissione⁵¹, l'ETS risulta

⁴⁶<https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/progress-towards-national-greenhouse-gas-assessment>.

⁴⁷ https://www.eaere.org/statement_eu_legislative_proposals/#_ftn1.

⁴⁸ SWD(2015) 135 final.

⁴⁹ SWD(2020)176 final.

⁵⁰ La Commissione ha coinvolto vari *stakeholders*, ivi compresi rappresentanti dell'industria di diversi settori, sindacati, organizzazioni non governative e Stati membri. L'indagine destinata agli *stakeholders* si è svolta tra dicembre 2020 e febbraio 2021 e il programma mirato di interviste dal gennaio 2021 al febbraio 2021, https://ec.europa.eu/clima/events/expert-workshop-market-stability-reserve_en. https://ec.europa.eu/clima/events/2nd-expert-workshop-market-stability-reserve_en. Inoltre, Vivid Economics (2021) ha condotto uno studio per supportare la Commissione nella revisione della riserva stabilizzatrice del mercato – <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5fac10fc-353a-11ec-bd8e-01aa75ed71a1>.

⁵¹ La principale fonte di informazioni sull'ETS è lo *European Transaction Log* (EUTL), gestito dalla Commissione, che controlla e registra tutte le transazioni effettuate nell'ambito del sistema.

presentare un tasso di conformità molto elevato: ogni anno circa il 99 % delle emissioni sarebbe compensato in tempo utile dal numero richiesto di quote⁵². Occorre, tuttavia, distinguere la valutazione inerente al buon funzionamento dell'*Emission Trading System*, basata sul rispetto delle disposizioni previste dalla direttiva 2003/87/CE, dal giudizio espresso sul *carbon trading* in quanto approccio capace di apportare un contributo effettivo alla decarbonizzazione.

1.4.2.2. La difficile identificazione del contributo effettivamente apportato dal *carbon trading* alla decarbonizzazione

Tale verifica, dal punto di vista economico, si basa sulla realizzazione di valutazioni di impatto delle *performance* dell'ETS. A ben vedere, però, non sempre sono disponibili indicatori oggettivi e quantitativi chiari legati ai risultati di quest'ultimo, mancando, in particolare, evidenze empiriche, in tal senso, a partire dall'inizio della terza fase. In conclusione, sembra possibile inferire che, nonostante le emissioni nei settori coperti dall'ETS appaiano diminuite significativamente negli ultimi anni, meno manifesta sembra essere la diretta correlazione tra *carbon trading* e decarbonizzazione, sia per la mancanza di dati, sia per la difficoltà insita nel separare l'effetto dell'ETS da quello di altre politiche o eventi esterni,⁵³ quale è ad esempio la «*tendenza secolare alla diminuzione dell'intensità di energia dei prodotti industriali*», fenomeno, «*ben visibile anche prima del 2005*» determinato dal concorso di una molteplicità di fattori⁵⁴.

1.4.3. Valutazione degli strumenti di *policy* e delle strategie regolatorie adottate per contrastare il cambiamento climatico

Oltre al grande affidamento riposto nell'ETS – strumento di mercato basato sugli incentivi costituiti dai segnali di prezzo –, la Commissione sembra fare leva anche sul ruolo delle *non-price policies*⁵⁵, come evidenziato dal rafforza-

⁵² Nel 2018, meno dello 0,5 % degli impianti che hanno comunicato emissioni non avrebbe restituito quote a copertura di tutte le relative emissioni entro la scadenza del 30 aprile 2019, cfr. la *relazione sul funzionamento del mercato europeo del carbonio*, COM(2019) 557 final/2, cit. Nella fase 3 dell'EU ETS (2013-2020), le emissioni di gas serra derivanti dalla produzione di energia elettrica e dagli impianti industriali che partecipano al sistema sarebbero, poi, diminuite di quasi il 29 %, contribuendo al conseguimento del target di riduzione complessiva del 43 % circa rispetto ai livelli del 2005. Cfr. la relazione sul funzionamento del mercato europeo del carbonio nel 2020 in applicazione dell'articolo 10, paragrafo 5, e dell'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2003/87/CE (modificata dalla direttiva 2009/29/CE e dalla direttiva (UE) 2018/410), COM(2021) 962 final, 26 ottobre 2021.

⁵³ A. MARCU *et al.*, 2021 *State of the EU ETS Report*, <https://ercst.org/2021-state-of-the-eu-ets-report/>. Nel report si evidenzia che i risultati positivi raggiunti nella Fase III non sarebbero dovuti tanto al segnale di prezzo indotto dall'ETS quanto semmai da altre politiche introdotte principalmente nel settore elettrico.

⁵⁴ Si tratterebbe di una tendenza alimentata, in particolare, dalle modifiche di mix delle fonti nella produzione di elettricità, da altri tipi di vincoli normativi e dalla crescente terziarizzazione associata alla delocalizzazione delle attività manifatturiere, cfr. M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, Laterza, Bari, p. 178, il quale sottolinea che, dagli anni '70, la correlazione fra crescita economica e consumo di energia avrebbe cessato di essere significativa. Nel PNIEC italiano viene affermato inoltre che «considerando il target al 2030, trova conferma il calo delle emissioni rispetto all'obiettivo aggregato europeo nel comparto ETS, favorito dal *phase out* del carbone nella produzione termoelettrica e dall'accelerazione sul fronte delle rinnovabili sempre nel settore elettrico».

⁵⁵ Sulla validità delle *non price policies* rispetto al *carbon pricing* per contrastare i cambiamenti climatici, si vedano le riflessioni di Joseph Stiglitz. J.E. STIGLITZ, *Addressing climate*

mento dei limiti emissivi per il settore dei trasporti nonché dei vincoli di riduzione imposti dal regolamento «*Condivisione degli sforzi*». Al contempo, per quanto attiene al secondo, alcune criticità appaiono riscontrabili con riguardo alle misure di *enforcement*, basate principalmente – anche se permane l'*extrema ratio* della procedura di infrazione – sulla previsione di una sanzione di carattere non pecuniario (si veda *supra*, § 1.2.1.) oltre che sulla presentazione di un piano d'azione correttivo da parte degli Stati, volto a indurre la *compliance*. La solidità di quest'ultimo viene valutata dalla Commissione con un parere che gli Stati devono tenere nella massima considerazione⁵⁶. La norma non specifica però se gli stessi debbano giustificare l'eventuale decisione di non dare seguito alle indicazioni contenute nel parere, circostanza, questa, che impedisce di valutare – tanto sul piano politico quanto, e soprattutto, su quello giuridico – il possibile diverso apprezzamento tra Stati membri e Commissione circa la corretta strategia da intraprendere⁵⁷.

Nell'ETS, le misure di *enforcement* – i cui destinatari non sono gli Stati ma soggetti privati – appaiono, invece, maggiormente incisive. Gli Stati membri sono tenuti, infatti, a pubblicare i nomi dei gestori e degli operatori aerei che violano i requisiti per la restituzione delle quote⁵⁸, nonché a imporre al gestore o all'operatore aereo che, entro il 30 aprile di ogni anno, non restituisce un numero di permessi sufficiente a coprire le emissioni rilasciate durante l'anno precedente, il pagamento di un'ammenda per le emissioni in eccesso. Inoltre, con riferimento al trasporto marittimo, settore incluso nell'ETS dal «*Fit for 55*», la proposta della Commissione prevede che siano emanati provvedimenti di espulsione nei confronti di navi sotto la responsabilità di una società di navigazione che non ha restituito quote per due o più periodi di riferimento consecutivi⁵⁹, con la possibilità, non certo anodina, che le stesse siano trattenute dallo Stato membro di bandiera o si vedano negato l'ingresso in un porto sotto la giurisdizione di uno Stato membro diverso da quello di bandiera.

1.4.3.1. Considerazioni di sintesi sull'adeguatezza dell'armamentario regolatorio e del modello di *governance* disegnati per conseguire l'obiettivo della neutralità climatica

Infine, con riferimento al tema più ampio dell'adeguatezza dell'armamentario regolatorio e del modello di *governance* disegnati dall'UE per conseguire il macro-obiettivo della neutralità climatica, sembra emergere una certa asimmetria tra le ambizioni – dal respiro profondamente trasformativo – espresse dal *Green Deal* e gli strumenti predisposti per garantirne la realizzazione. La

change through price and non-price interventions, in *European Economic Review*, vol. 119, 2019, pp. 594-612. Interessante notare, poi, come negli Stati Uniti la storia delle politiche ambientali corrisponda prevalentemente a una storia di successi delle politiche di tipo *command and control*, cfr. G. HEUTEL, *In Defense of Alternatives to Pollution Pricing*, Efp, Policy Brief 26, 2020, <https://econfp.org/policy-briefs/in-defense-of-alternatives-to-pollution-pricing/>.

⁵⁶ Art. 8, par. 3, del regolamento (UE) n. 2018/842.

⁵⁷ M. PEETERS-N. ATHANASIADOU, *The continued effort sharing approach in EU climate law: Binding targets, challenging enforcement?*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 29, fasc. 2, 2020, pp. 201-211.

⁵⁸ Art. 16, direttiva 2003/87/CE.

⁵⁹ Cfr. proposta di direttiva recante modifica della direttiva 2003/87/CE che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, della decisione (UE) n. 2015/1814 relativa all'istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato nel sistema dell'Unione per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra e del regolamento (UE) n. 2015/757, COM(2021) 551 final.

Normativa europea sul clima, in quanto cornice giuridica volta ad attuare il processo di transizione ecologica dell'Unione, all'interno della quale si inserisce la legislazione settoriale di implementazione del pacchetto «Fit for 55», oltre ad avere spogliato, nella sua versione definitiva, la Commissione europea del potere di adottare atti di delega per identificare una traiettoria vincolante a livello europeo per la riduzione dei gas serra – prerogativa, che le avrebbe consentito di reagire più efficacemente a violazioni e inadempimenti degli Stati⁶⁰ – se conferisce ad essa un importante ruolo di supervisione e coordinamento, incaricandola del monitoraggio della *compliance* e della valutazione delle *performance* sia a livello nazionale che europeo⁶¹, tuttavia non prevede misure sufficientemente robuste per indurre il rispetto delle norme. Tale rilevante compito si fonda, infatti, sullo strumento, non coercitivo, delle raccomandazioni.

La logica seguita appare simile a quella che caratterizza il c.d. Metodo Aperto di Coordinamento⁶², con la differenza sostanziale che in questo caso l'obiettivo della neutralità climatica ha carattere giuridicamente vincolante, venendo, così, delineato un sistema di *governance* che rischia di non essere coerente con le tempistiche stringenti fissate per il conseguimento della decarbonizzazione⁶³. Questo sistema di “*experimentalist governance*”⁶⁴ si basa fondamentalmente sulla capacità della Commissione di valutare regolarmente le prestazioni degli Stati membri e di strutturarne la *compliance* attraverso mezzi non vincolanti come le raccomandazioni, prevedendo (o sperando) che qualche tipo di sanzione politica o reputazionale possa influenzare la condotta dei poteri pubblici nazionali⁶⁵ attraverso un meccanismo di “*public naming and shaming*”, ma senza sottoporre gli Stati inadempienti a misure coercitive, al controllo giudiziale e a eventuali sanzioni in caso di cattiva *performance*⁶⁶.

⁶⁰ Residua, tuttavia, l'interrogativo circa l'effettiva possibilità di inquadrare la «*traiettoria dei gas serra 2031-2050*» alla stregua di elemento non essenziale, come previsto dall'art. 290 TFUE.

⁶¹ Al riguardo, è interessante evidenziare come, mentre la valutazione delle misure e delle condotte degli Stati membri rappresenti il classico *modus operandi* della Commissione – quale guardiano dei Trattati – il potere di valutare anche la condotta e le misure delle altre istituzioni europee (Parlamento europeo e Consiglio *in primis*) alla luce dell'obiettivo della neutralità climatica costituisca uno sviluppo tutt'altro che scontato o neutrale, in grado potenzialmente di alterare l'architettura e l'equilibrio istituzionale e di esporre la Commissione a possibili controeazioni da parte delle istituzioni monitorate.

⁶² Su cui si veda C. DE LA PORTE, *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?*, in *European Law Journal*, vol. 8, n. 1, 2002, p. 38 ss.; E. SZYSZCZAK, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, in *European Law Journal*, vol. 12, n. 4, 2006, p. 486 ss.; C. KILPATRICK, *Law Governance, or New Governance? The Changing Open Method of Coordination*, in *Columbia Journal of European Law*, n. 13, 2006.

⁶³ A. GIORGI, *Substantiating of Formalizing the Green Deal Process? The Proposal for a European Climate Law*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1, 2021, pp. 21 ss.

⁶⁴ C.F. SABEL-J. ZEITLIN, *Learning from Difference: the New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, in *European Law Journal*, n. 3, 2008, pp. 271-327.

⁶⁵ Secondo una logica ben consolidata nell'ordinamento europeo, che fa ampio ricorso a strumenti e misure di *soft law*, intesa come «*general rules of conduct laid down in instruments which have not been awarded legal force as such, but which nevertheless have certain legal effects and which are directed at and may produce practical effect*». La definizione è di L. SENDEN-S. PRECHAL, *Differentiation in and Through Community Soft Law*, in B. DE WITTE-D. HANF-E. VOS (a cura di), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, Antwerpen, 2001, p. 185.

⁶⁶ Sullo sviluppo nell'ordinamento europeo di tecniche e strumenti regolatori «*qualitativamente diversi dai mezzi coercitivi di enforcement*» e tuttavia capaci di strutturare e orientare la

Ci si può chiedere, pertanto, quali altre soluzioni si sarebbero potute ideare dal punto di vista dell'ingegneria legale/istituzionale (ad esempio il "metodo chiuso di coordinamento"?).⁶⁷ Sarebbe stato possibile identificare una base giuridica solida nei Trattati per sanzionare gli Stati inadempienti rispetto agli obiettivi di decarbonizzazione dell'economia europea⁶⁸?

1.4.3.2. Riflessioni sul cambiamento impresso dal *Next Generation EU Fund*

Rimane, infine, il tema degli investimenti, apparendo improbabile che il solo segnale di prezzo legato all'ETS – sul quale il pacchetto «*Fit for 55*» ripone un grande affidamento – sia sufficiente a consentire lo sviluppo e la diffusione di tecnologie innovative a basse emissioni necessarie per raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica. In questo senso e in un'ottica di politica industriale verde realizzata su impulso delle istituzioni europee, è sicuramente da salutare con favore il cambio di passo impresso dal *Next Generation EU Fund*, e più specificamente del dispositivo per la ripresa e la resilienza, il cui regolamento⁶⁹ impone agli Stati membri specifiche condizionalità per poter accedere ai cospicui finanziamenti elargiti dall'UE per rilanciare le economie nazionali colpite dalla crisi pandemica⁷⁰. I beneficiari vengono infatti chiamati ad effettuare determinati investimenti e riforme, secondo un meccanismo di conformazione "ecologica" dell'iniziativa economica⁷¹ che trova attraverso questa via una garanzia di attuazione, seguendo un processo che, come evidenziato in dottrina, appare determinare un orientamento surrettizio delle attività su cui insiste la competenza mancante dell'Unione in materia di politica economica, con il risultato di una maggiore effettività rispetto a quella ottenuta dalla *governance* economico-finanziaria europea, perché coniugata all'elargizione di risorse, piuttosto che rimessa alle procedure di infrazione per deficit eccessivi⁷².

compliance dei destinatari si veda E. CHITI, *The Governance of Compliance*, in M. CREMONA (ed.), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 31 ss.

⁶⁷ L. LIONELLO, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *JUS Online*, p. 130.

⁶⁸ In una prospettiva de *iure condendo*, si potrebbero forse ipotizzare sanzioni semi-automatiche, al di là delle classiche procedure di infrazione, secondo il modello della *governance* economica europea che prevede l'obbligo, per gli Stati membri, di mantenere sempre il deficit pubblico sotto la soglia del 3% del PIL, il cui mancato rispetto produce sanzioni semi-automatiche, che si considerano adottate dal Consiglio salvo che quest'ultimo non le respinga con voto a maggioranza qualificata?

⁶⁹ Regolamento (UE) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

⁷⁰ Siffatta previsione non appare, infatti, solo emblematica dei limiti degli "ordinari" strumenti di intervento ma anche indicativa della volontà della Commissione e di parte degli Stati europei di rafforzare, quando possibile, tali strumenti.

⁷¹ Sul tema si veda B. CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia. Modelli, strumenti e prospettive giuridiche*, Cedam, Padova, 2021.

⁷² M. PASSALACQUA, *Numquam nega, raro adfirma: il rinnovato intervento dello Stato nell'economia*, in *Merc. conc. reg.*, n. 1, 2021, p. 55 ss.

Sezione II – Energia ed efficientamento energetico⁷³

2.1. Obiettivi dichiarati dall'Unione Europea

Ai fini del conseguimento degli ambiziosi obiettivi climatici sanciti dall'Unione Europea con il regolamento n. 2021/1119/UE del 30 giugno 2021 (Legge europea sul clima) – che, come è noto, prevede il traguardo finale della neutralità climatica entro il 2050 e l'obiettivo intermedio, al 2030, della riduzione del 55%⁷⁴ delle emissioni rispetto ai livelli registrati nel 1990⁷⁵ – «*la transizione verso un sistema energetico sicuro, sostenibile e a prezzi accessibili, basato sulla diffusione delle energie rinnovabili, su un mercato interno dell'energia ben funzionante e sul miglioramento dell'efficienza energetica, riducendo nel contempo la povertà energetica*» è considerata indispensabile, alla luce del rilievo decisivo che assume la produzione e il consumo di energia per il livello di emissioni di gas a effetto serra⁷⁶.

Si osservi che, prima dell'adozione del citato regolamento europeo sul clima, l'obiettivo dichiarato dall'Unione per il 2030 corrispondeva alla riduzione del 40% delle emissioni rispetto ai livelli registrati nel 1990 e, a tal fine, era stato calcolato che, nel medesimo orizzonte temporale, dovesse essere conseguito: a) il 32% di fonti rinnovabili nel mix energetico⁷⁷; b) il 32,5% di efficientamento energetico⁷⁸.

Per poter ulteriormente innalzare al 55% il livello di abbattimento delle emissioni, la Commissione Europea ritiene necessario conseguire i seguenti obiettivi: a) il 40% di fonti rinnovabili nel mix energetico; b) il 36% di efficientamento energetico.

2.2. Strumenti attualmente vigenti per perseguire tali obiettivi

Nel quadro attuale, per quanto attiene alla diffusione delle energie rinnovabili, gli strumenti previsti per perseguire gli obiettivi sanciti a livello europeo sono prevalentemente “di mercato”, volti cioè ad attrarre gli investimenti privati e a creare un mercato unico.

In particolare, è stato istituito e progressivamente rafforzato un sistema fondato essenzialmente su due elementi attrattivi per gli investitori, vale a dire l'implementazione di misure di sostegno economico⁷⁹ e la semplificazione del-

⁷³* La presente sezione è frutto della riflessione comune dei quattro autori. Tuttavia, la redazione del testo è stata curata da Gianluca Cavaliere, a cui sono imputabili le considerazioni svolte nei §§ 2.1., 2.2., 2.3., 2.4.1., 2.4.2., 2.4.3.2.; a Marta Gandiglio sono imputabili le considerazioni svolte nei §§ 2.4.3.1 e 2.4.5; ad Anna Rita Germani sono imputabili le considerazioni svolte nel § 2.4.4; a G. Scarano sono imputabili le considerazioni svolte nel § 2.4.3.3.

⁷⁴ Un incremento dunque consistente rispetto al traguardo del 40% che era stato prefigurato nel precedente pacchetto del 30 novembre 2016, denominato *Energia pulita per tutti gli europei*.

⁷⁵ Rispettivamente gli artt. 2 e 4 del regolamento (UE) n. 2021/1119, cit.

⁷⁶ Considerando n. 11 del regolamento (UE) n. 2021/1119, cit.

⁷⁷ Art. 3, comma 1, della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (c.d. Red II).

⁷⁸ Art. 1, comma 1 della direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

⁷⁹ Art. 4 della direttiva Red II, cit.; in particolare, il comma 2 prevede che «i regimi di soste-

le procedure autorizzative per la realizzazione degli impianti di produzione da fonti rinnovabili⁸⁰. Anche l'introduzione di obiettivi vincolanti a livello europeo è da considerarsi, sia pure più indirettamente, uno strumento "di mercato", avendo come dichiarato scopo quello di creare fiducia negli investitori, garantendo la stabilità del sistema, e di stimolare al contempo il progresso tecnologico in questo settore⁸¹. Allo stesso modo, il coinvolgimento dei cittadini e degli utenti finali nel processo di transizione energetica – che si concretizza essenzialmente nella promozione dell'autoconsumo, nella diffusione delle comunità energetiche e nelle garanzie d'origine dell'energia da fonti rinnovabili – ha importanti riflessi di mercato, e in particolare sull'attrazione di ulteriori capitali privati e sulla maggiore accettazione degli impianti – e, dunque, sulla più semplice realizzazione degli stessi – a livello locale⁸².

Per quanto attiene all'efficientamento energetico, invece, l'art. 7, co. 10 della direttiva 2012/27/UE consente agli Stati membri, alternativamente:

a) di istituire un regime obbligatorio di efficienza energetica, ai sensi dell'articolo 7-*bis* della direttiva 2012/27/UE⁸³, mediante la previsione di un obbligo quantitativo di riduzione dell'uso di energia in capo ai distributori energetici e/ alle società di vendita al dettaglio;

b) di adottare misure politiche alternative, a condizione che i risparmi conseguiti siano verificati mediante sistemi di controllo e misurazione, come previsto dall'art. 7-*ter* della direttiva 2012/27/UE⁸⁴;

c) di combinare un regime obbligatorio di efficienza energetica con misure politiche alternative.

Si tratta, dunque, di un quadro flessibile, che rimette in larga misura agli Stati membri la scelta degli strumenti attraverso cui conseguire gli obiettivi di risparmio energetico sanciti dalla direttiva, scegliendo tra misure più tipicamente di *command & control*, oppure politiche incentivanti o un sistema misto, che contempli sia misure di carattere coercitivo sia strumenti di mercato (come sono, ad esempio, i certificati bianchi adottati in Italia). Per conseguire gli obiettivi dell'Unione in materia energetica è stato istituito, con Regolamento 2018/1999, un modello di governance imperniato sul "metodo aperto di coordinamento" che, in estrema sintesi, prevede un ruolo di coordinamento da par-

gno per l'energia elettrica da fonti rinnovabili prevedono l'erogazione di incentivi per l'integrazione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili nel mercato dell'energia elettrica basati su criteri di mercato e che rispondono ai segnali di mercato, evitando inutili distorsioni dei mercati dell'energia elettrica e tenendo conto degli eventuali costi di integrazione del sistema e della stabilità della rete».

⁸⁰ Art. 15 della direttiva Red II, cit.

⁸¹ Considerando n. 9 della direttiva Red II, cit.

⁸² Considerando n. 70 della direttiva Red II, cit.: «*la partecipazione dei cittadini locali e delle autorità locali a progetti nell'ambito delle energie rinnovabili attraverso le comunità che producono energia rinnovabile ha comportato un notevole valore aggiunto in termini di accettazione delle energie rinnovabili a livello locale e l'accesso a capitali privati aggiuntivi, il che si traduce in investimenti a livello locale, più scelta per i consumatori e una maggiore partecipazione dei cittadini alla transizione energetica. Tale coinvolgimento a livello locale è tanto più importante in un contesto caratterizzato dall'aumento della capacità di energia rinnovabile. Le misure volte a consentire alle comunità di energia rinnovabile di competere su un piano di parità con altri produttori mirano altresì ad aumentare la partecipazione locale dei cittadini a progetti nell'ambito delle energie rinnovabili e pertanto incrementano l'accettazione dell'energia rinnovabile*».

⁸³ Introdotto dall'art. 1, par. 4 della direttiva (UE) 2018/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

⁸⁴ Introdotto dall'art. 1, par. 4 della direttiva (UE) n. 2018/2002, cit.

te della Commissione, che verifica periodicamente la coerenza con gli obiettivi europei e l'effettiva implementazione delle misure inserite da ciascuno Stato membro nei Piani nazionali integrati per energia e clima, con la possibilità di formulare raccomandazioni, laddove ritenuto necessario.

2.3. Descrizione delle principali misure previste nelle proposte della Commissione di revisione della direttiva rinnovabili (2018/2001) e della direttiva efficienza energetica (2012/27)

Per quanto riguarda le energie rinnovabili, la proposta di direttiva della Commissione Europea «che modifica la direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva n. 98/70/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio»⁸⁵ interviene su alcuni aspetti puntuali della disciplina vigente, contenuta essenzialmente nella direttiva Red II. L'aspetto senza dubbio più rilevante della proposta della Commissione attiene alla quota di energia rinnovabile da conseguire entro il 2030, che dovrebbe essere innalzata dal 32%, attualmente fissato nella direttiva 2018/2001, al 40%⁸⁶; e ciò, in quanto la Commissione ritiene la soglia attuale del 32% insufficiente per conseguire, entro il 2030, l'obiettivo della riduzione del 55% delle emissioni rispetto ai livelli registrati nel 1990⁸⁷. Ciononostante, la Proposta prevede che la nuova soglia del 40% sia da considerarsi vincolante solo per l'Unione Europea, mentre non si traduce in obblighi cogenti per i singoli Stati membri.

La proposta prevede, poi, una serie di misure puntuali, destinate ad incidere su specifici aspetti della disciplina vigente. Le principali possono essere raggruppate in: (i) modifica e aggiornamento delle definizioni contenute nella direttiva Red II, anche per tenere conto dei più recenti sviluppi tecnologici;⁸⁸

⁸⁵ Proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva n. 98/70/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio del 14 luglio 2021, COM(2021)557 final.

⁸⁶ L'art. 1, par. 2, della proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., modifica l'articolo 3, par. 1, della direttiva Rinnovabili con l'obiettivo aggiornato dell'UE per il 2030 pari ad almeno il 40 % di quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo dell'Unione di energia entro il 2030.

⁸⁷ A p. 1 della proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., la Commissione afferma che «il Green Deal europeo stabilisce l'obiettivo di conseguire la neutralità climatica entro il 2050 [...] per raggiungere tale traguardo occorre ridurre le emissioni di gas a effetto serra del 55 % entro il 2030 [...]. Ciò richiede a sua volta quote significativamente più elevate di fonti di energia rinnovabili in un sistema energetico integrato. L'obiettivo attuale dell'UE di una quota di energia rinnovabile pari ad almeno il 32 % entro il 2030, fissato nella direttiva Rinnovabili (RED II), non è sufficiente e deve essere aumentato al 38-40%, conformemente al piano per l'obiettivo climatico».

⁸⁸ All'art 1, par. 1, della proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., si propone di modificare la definizione di carburanti rinnovabili di origine non biologica e di valore standard e di introdurre nuove definizioni di legname tondo di qualità, combustibili rinnovabili, zona di offerta, sistema di misurazione intelligente, punto di ricarica, partecipante al mercato, mercato dell'energia elettrica, batteria per uso domestico, batteria per veicoli elettrici, batteria industriale, stato di salute, stato di carica, *setpoint* di potenza, ricarica intelligente, autorità di regolamentazione, ricarica bidirezionale, punto di ricarica di potenza normale, industria, fini non energetici, piantagione forestale e foresta piantata.

(ii) aggiornamento del metodo di calcolo della quota di energie rinnovabili da parte degli Stati membri⁸⁹; (iii) interventi nel settore dell'edilizia, e in particolare relativi ai sistemi di riscaldamento e raffrescamento degli edifici alla diffusione di contratti di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili a lungo termine; si segnala l'obiettivo della quota del 49% di energie rinnovabili impiegate in tali sistemi entro il 2030⁹⁰; (iv) misure volte a garantire la qualificazione degli installatori di impianti di teleriscaldamento e teleraffreddamento di edifici⁹¹; (v) misure volte a migliorare l'integrazione dei sistemi energetici e favorire una maggiore consapevolezza da parte dei consumatori di energia;⁹² (vi) misure volte ad innalzare la quota di energie rinnovabili impiegate nel settore dei trasporti, in particolare tramite la diffusione di carburanti di origine non biologica⁹³.

Per la maggior parte, si tratta dunque di aggiornamenti e lievi adeguamenti della direttiva Red II, ma resta nella sostanza confermato il modello imperniato sulla creazione di un mercato all'interno del quale le scelte degli operatori economici e degli investitori sono fortemente condizionate e guidate dall'esercizio di poteri pubblici, con strumenti talvolta più marcatamente autoritativi, talvolta viceversa più orientati a una logica incentivante, senza tuttavia mai arrivare a soluzioni estreme (come la nazionalizzazione o la pianificazione autoritativa delle attività produttive).

Con riguardo al comparto dell'efficientamento energetico, invece, la disciplina vigente è contenuta nella direttiva 2012/27, il cui impianto – sia pure oggetto di diversi interventi di aggiornamento nel corso del tempo – è più risalen-

⁸⁹ Art. 1, par. 3, della proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., che modifica l'articolo 7 della direttiva Rinnovabili. In particolare, la proposta prevederebbe i) che l'energia da combustibili rinnovabili di origine non biologica debba essere contabilizzata nel settore in cui viene consumata (energia elettrica, riscaldamento e raffrescamento o trasporti); e ii) che l'energia elettrica da fonti rinnovabili utilizzata per produrre combustibili rinnovabili di origine non biologica sia esclusa dal calcolo del consumo finale lordo di energia elettrica da fonti rinnovabili nello Stato membro.

⁹⁰ Il riferimento è all'art. 1, par. 5 e 6 della proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., che contempla alcune modifiche rilevanti per quanto concerne l'impiego di energia rinnovabile nel settore dell'edilizia. Oltre a quelle segnalate nel testo, merita di essere richiamata anche la proposta relativa al ruolo "esemplare" che gli Stati membri dovrebbero garantire agli edifici pubblici nazionali, regionali e locali quanto alla quota di energie rinnovabili impiegata.

⁹¹ Art. 1, paragrafo 7, della proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., che modifica l'articolo 18, par. 3, della direttiva Rinnovabili, adattando i paragrafi sugli obblighi di qualificazione e certificazione degli installatori per affrontare la carenza di installatori di sistemi di riscaldamento e il par. 4, obbligando gli Stati membri a mettere in atto misure per sostenere la partecipazione a programmi di formazione. Merita di essere segnalato che la pubblicazione dell'elenco degli installatori viene prevista come obbligo, e non più come facoltà per gli Stati membri.

⁹² Art. 1, par. 10 della proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., che prevede l'inserimento di un nuovo art. 20-bis, con l'introduzione, tra l'altro, dell'obbligo per i gestori del sistema di trasmissione e i gestori dei sistemi di distribuzione di rendere disponibili le informazioni sulla quota di fonti di energia rinnovabili e sul contenuto di gas a effetto serra dell'energia elettrica che forniscono, al fine di aumentare la trasparenza e dare maggiori informazioni agli operatori del mercato dell'energia elettrica, agli aggregatori, ai consumatori e agli utenti finali.

⁹³ Art. 1, par. 14, della proposta di direttiva che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, cit., che propone la modifica dell'art. 25, par. 1, della direttiva Rinnovabili aumentando il livello di ambizione delle energie rinnovabili nei trasporti fissando un obiettivo di riduzione dell'intensità dei gas a effetto serra del 13 %, e i par. 15 ss., che contemplano, tra l'altro, una serie di misure volte a perfezionare il metodo di calcolo per il risparmio di emissioni conseguito nel settore dei trasporti mediante l'impiego di combustibili rinnovabili di origine non biologica.

te e, ad avviso della Commissione, richiederebbe una modifica sostanziale. Per questa ragione, la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'efficienza energetica (rifusione)⁹⁴ prevede, appunto, una rifusione della direttiva del 2012, per semplificare la disciplina sull'efficientamento energetico adottando un unico testo legislativo.

La prima parte della Proposta stabilisce un obiettivo vincolante per l'Unione più ambizioso in materia di efficienza energetica per il consumo di energia finale e di energia primaria, sul presupposto che, allo stato, «*la somma dei contributi nazionali comunicati dagli Stati membri nei piani nazionali per l'energia e il clima è inferiore al livello di ambizione dell'Unione del 32,5 % da conseguire entro il 2030*». Precisamente, l'Unione dovrà incrementare ulteriormente la propria ambizione in materia di efficienza energetica almeno del 9 % entro il 2030 rispetto al livello degli sforzi previsti nello scenario di riferimento 2020⁹⁵.

I contributi nazionali relativi all'efficienza energetica restano, tuttavia, indicativi e anche in questo caso è stato confermato il metodo c.d. "aperto" di coordinamento, delineato nel Regolamento *Governance* n. 2018/1999. Tra le misure puntuali proposte dalla Commissione, merita innanzitutto di essere richiamato l'art. 3, che introduce una nuova disposizione sul principio di «*efficienza energetica al primo posto*». Questo principio deve orientare le decisioni strategiche, di pianificazione e d'investimento degli Stati membri nei settori relativi ai sistemi energetici e ai comparti non energetici ove le decisioni incidano sul consumo di energia e sull'efficienza energetica (come è, ad esempio, il settore dell'edilizia). L'applicazione del principio di «*efficienza energetica al primo posto*» deve essere verificata, oltre che dalla Commissione nelle relazioni intermedie trasmesse rese dagli Stati membri in applicazione del Regolamento *Governance*, anche a livello nazionale, da parte di «*soggetti competenti*».

Vi è, poi, un blocco di disposizioni – gli artt. 5, 6 e 7 – che prevede interventi puntuali in tre settori pubblici strategici, vale a dire, rispettivamente, servizi e impianti pubblici, edilizia e appalti pubblici, ponendo obblighi puntuali a carico degli Stati membri. Nel complesso, l'insieme di tali disposizioni rafforza il ruolo guida del settore pubblico verso l'efficientamento energetico. Un secondo blocco di norme riguarda l'innalzamento degli obblighi di risparmio energetico che gli Stati membri devono realizzare cumulativamente nell'uso finale di energia, con i relativi metodi di calcolo⁹⁶. Un terzo blocco di disposizioni contempla, infine, una serie di misure volte a incrementare i livelli di tutela dei consumatori finali, introducendo diritti contrattuali di base per il teleriscaldamento, il teleraffrescamento e l'acqua calda per uso domestico e volte a responsabilizzare e informare gli utenti circa il consumo di energia, coinvolgendoli pienamente nel processo di transizione⁹⁷.

⁹⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'efficienza energetica (rifusione), del 14 luglio 2021, COM(2021) 558 final.

⁹⁵ Art. 4 della proposta di direttiva sull'efficienza energetica (rifusione), cit.

⁹⁶ Art. 8 della proposta di direttiva sull'efficienza energetica (rifusione), cit. Per il periodo compreso tra l'1 gennaio 2021 e il 31 dicembre 2023 la riduzione nei consumi dovrà corrispondere almeno allo 0,8% del consumo annuo medio di energia finale (rispetto al valore registrato nel triennio precedente all'1 gennaio 2019), e verrà poi innalzata all'1,5% (rispetto al triennio precedente all'1 gennaio 2020) per il periodo compreso tra l'1 gennaio 2024 e il 31 dicembre 2030.

⁹⁷ Artt. 20 ss. della proposta di direttiva sull'efficienza energetica (rifusione), cit.

Come si può leggere nel comunicato stampa del 2 febbraio 2022⁹⁸, dopo la presentazione del pacchetto «Fit for 55» la Commissione europea ha presentato «un atto delegato complementare “Clima” della tassonomia», con cui ha ulteriormente ribadito la centralità degli investimenti privati ai fini del conseguimento della neutralità climatica entro il 2050. La classificazione delle attività non determina se una data tecnologia rientrerà o meno nel mix energetico degli Stati membri, ma ha lo scopo di presentare tutte le soluzioni possibili per accelerare la transizione per realizzare gli obiettivi climatici.

Tenuto conto dei pareri scientifici e dello stato attuale della tecnologia, la Commissione ritiene che gli investimenti privati nel settore del gas e del nucleare possano svolgere un ruolo nella transizione: in particolare, ad avviso della Commissione, le attività selezionate in questi due settori sono in linea con gli obiettivi climatici e ambientali dell'UE perché consentiranno di abbandonare più rapidamente attività più inquinanti, come la produzione di carbone, a favore delle fonti rinnovabili di energia, che saranno la base principale di un futuro a impatto climatico zero. Le attività in questione non sono evidentemente neutre dal punto di vista climatico ma potrebbero, a condizioni rigorose e per un periodo di tempo limitato, consentire la transizione verso un sistema energetico sostenibile. Secondo la Commissione, «esse non dovrebbero ostacolare lo sviluppo delle fonti rinnovabili»⁹⁹.

La crisi russo-ucraina ha poi impresso un'ulteriore accelerazione alle politiche europee in materia energetica¹⁰⁰. Dapprima, nella comunicazione «Re-power EU» dell'8 marzo 2022, la Commissione, oltre a trattare alla questione relativa alla gestione nel brevissimo e breve termine dell'aumento dei prezzi dell'energia, ha anche insistito sull'importanza di attuare più rapidamente possibile le misure già prefigurate negli strumenti vigenti – considerando già le proposte contenute nel pacchetto «Fit for 55» – e in particolare, ai fini che qui interessano: (i) l'efficienza energetica, assolutamente indispensabile per abbassare i livelli della domanda e dunque accelerare il processo di affrancamento dalla dipendenza dal gas russo; (ii) la diffusione dell'idrogeno come fonte rinnovabile; (iii) la diffusione delle energie rinnovabili ad uso sia domestico sia industriale. A tale ultimo proposito, la Commissione ha sottolineato in particolare la necessità di imprimere una netta accelerazione alle procedure autorizzative per la realizzazione degli impianti, allo scopo di aumentare la potenza installata¹⁰¹.

Con successiva comunicazione Piano «RePower EU» del 18 maggio 2022¹⁰², la Commissione ha poi proposto di innalzare ulteriormente il livello di ambizione degli obiettivi al 2030, e in particolare, tra l'altro: (i) aumentare al 13% l'obiettivo vincolante della direttiva sull'efficienza energetica; (ii) aumentare al 45% l'obiettivo al 2030 per la diffusione di energie da fonti rinnovabili; (iii) introdurre le c.d. “zone di riferimento”, cioè aree ritenute particolarmente adat-

⁹⁸ https://ec.europa.eu/info/publications/220202-sustainable-finance-taxonomy-complementary-climate-delegated-act_en.

⁹⁹ Atto delegato, cit., p. 2.

¹⁰⁰ In particolare, la Commissione afferma che «gli sviluppi osservati negli ultimi mesi sui mercati dell'energia, in particolare il cambiamento drastico verificatosi nelle ultime settimane sul versante della sicurezza, impongono un'accelerazione netta della transizione verso l'energia pulita così da aumentare l'indipendenza energetica dell'Europa».

¹⁰¹ Punto 2.2.3 della Comunicazione.

¹⁰² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_22_3131.

te all'installazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, all'interno delle quali le procedure autorizzative dovrebbero essere particolarmente snelle ¹⁰³.

2.4. Considerazioni circa l'idoneità degli strumenti ipotizzati dalla Commissione Europea a conseguire gli obiettivi nei tempi ipotizzati

Così sinteticamente delineate le principali misure contenute nelle due Proposte formulate dalla Commissione Europea e nelle Comunicazioni del 2 febbraio, dell'8 marzo e del 18 maggio 2022, è ora possibile formulare al riguardo alcune considerazioni di fondo, che attengono in particolare: a) all'individuazione delle soglie relative alle rinnovabili e all'efficientamento energetico; b) ai profili inerenti alla Governance; c) al tasso di installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili; d) alla relazione tra le proposte della Commissione, le politiche fiscali europee e il ruolo della BEI; e) alla questione relativa alla tassonomia.

2.4.1. Individuazione delle soglie relative alle rinnovabili e all'efficientamento energetico

Si osservi innanzitutto che, almeno sul piano astratto, gli obiettivi delineati dalla Commissione con riferimento ai settori dell'energia rinnovabile e dell'efficientamento energetico sono decisamente ambiziosi e almeno astrattamente coerenti con lo sforzo di conseguire la neutralità climatica entro il 2050 sancito dal Regolamento n. 1119/2021. Del resto, come emerge nelle premesse di entrambe le proposte, la Commissione è partita dagli obiettivi e, in particolare, dalla soglia del 55% di riduzione delle emissioni entro il 2030, per poi individuare puntualmente i livelli di energia da fonte rinnovabile e di efficientamento energetico necessari ai fini del conseguimento degli stessi, considerando anche possibili alternative a quelle in concreto prescelte; e ciò, avvalendosi anche dei dati emersi dalla prima tornata di verifica dei PNIEC elaborati dagli Stati membri per delineare la traiettoria verso il 2050 e, soprattutto, verso l'obiettivo intermedio del 2030, in modo consapevole.

2.4.2. Profili inerenti alla Governance

È invece palesemente non coerente con tali ambiziosi obiettivi la scelta della Commissione di insistere con la soluzione compromissoria del metodo c.d. "aperto" di coordinamento ¹⁰⁴ accolta nel Regolamento n. 2018/1999 e sostanzialmente confermata nelle due Proposte. È noto che il metodo "aperto" di coordinamento prevede il riconoscimento alla Commissione di poteri fondamentalmente di *soft law*, che si traducono nella formulazione di "raccomandazioni" – a cui, peraltro, gli Stati possono sottrarsi, con l'onere di motivare puntualmente la scelta – e non sono supportati da alcuna specifica potestà coercitiva ¹⁰⁵.

¹⁰³ È opportuno tenere presente che, in Italia, un meccanismo simile è già stato introdotto, in recepimento della direttiva RED II, con le c.d. "aree idonee" di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199.

¹⁰⁴ Sul metodo aperto di coordinamento si veda quanto riferito *supra* parr. 1.4.3.1.

¹⁰⁵ Sul metodo aperto di coordinamento e sui suoi limiti, in dottrina, senza pretesa di esau-

Già prima della pubblicazione delle Proposte, riguardo all'applicazione del metodo "aperto" di coordinamento per l'attuazione del Green Deal sono state sollevate diverse perplessità, che trovano ora dunque piena conferma¹⁰⁶ anche con specifico riguardo al settore energetico. In particolare, anche laddove il rapporto tra Commissione e Stati membri sia imperniato su tecniche di *soft regulation*, la Commissione potrebbe ricorrere ai suoi strumenti ordinari di reazione, tra cui, innanzitutto, le procedure d'infrazione, se ravvisasse una o più violazioni dei principi e delle regole delineati nella disciplina attuativa del Green Deal da parte di uno Stato membro¹⁰⁷. Tuttavia, come è stato osservato, i tempi e la stessa incertezza sugli esiti di tali possibili procedure di infrazione non sembrano oggettivamente compatibili con l'urgenza degli interventi da realizzare¹⁰⁸.

D'altro canto, la circostanza che la decisa accelerazione impressa dalla Commissione Europea alle politiche di decarbonizzazione non sia in concreto supportata da una altrettanto netta presa di posizione da parte degli Stati membri trova piena conferma anche negli esiti delle consultazioni che hanno preceduto la pubblicazione delle due proposte: in modo più indiretto, per quanto riguarda le rinnovabili¹⁰⁹, in modo viceversa più esplicito, sul versante dell'efficientamento energetico¹¹⁰, è senza dubbio emersa la ritrosia degli Stati

stività, K. ARMSTRONG-C. KILPATRICK, *Law Governance, or New Governance? The Changing Open Method of Coordination*, in *Columbia Journal of European Law*, 13, 2006, pp. 649 ss.; D. ASHIAGBOR, *Soft Harmonisation: The "Open Method of Coordination"*, in *European Employment Strategy*, in *European Public Law*, 10, 2004, pp. 305 ss.; L. THOLONIAT, *The career of the Open Method of Coordination: lessons from a «Soft «EU Instruments*, in *West European Policies*, 2010, pp. 93 ss.; M. DAWSON, *New Governance and the Transformation of European Law. Coordinating EU Social Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011. Si veda anche C. DE LA PORTE, *Is the Open Methode of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?*, in *European Law Journal*, 2002, p. 38 ss.; S. CAFARO *La Méthode Ouverte de Coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil Européen*, in G. VANDERSANDEN-A. DE WALSCHE (a cura di), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, p. 203 ss.; F. AMTENBRIK-J. DE HAAN, *Economic Governance: fiscal policy discipline versus flexibility*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 1075 ss.; M. ORLANDI, *Le competenze europee in materia di coordinamento delle politiche occupazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 141 ss.

¹⁰⁶ E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, cit., p. 430 ss.; L. LIONELLO, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, cit., p. 127 ss.; A. GIORGI, *Substantiating or Formalizing the Green Deal Process? The Proposal for a European Climate Law*, cit., p. 24 ss.

¹⁰⁷ In questo senso sembrerebbe doversi leggere, ad esempio, il riferimento all'esercizio, da parte della Commissione, della «sua competenza a livello dell'Unione», contenuto nella norma di cui all'art. 4, par. 3, della proposta di rifusione della direttiva efficienza energetica. In questa disposizione è previsto che lo Stato membro che si collochi al di sopra della sua traiettoria indicativa deve includere nella relazione intermedia nazionale integrata sull'energia e il clima una spiegazione delle modalità con cui colmerà il divario, al fine di garantire l'apporto dei suoi contributi nazionali di efficienza energetica; la Commissione valuta, quindi, se le misure nazionali configure nella relazione intermedia siano o meno sufficienti a conseguire gli obiettivi di efficienza energetica dell'Unione e, in caso negativo, «propone misure e ove opportuno, oltre a formulare raccomandazioni, esercita la sua competenza a livello dell'Unione per garantire nello specifico il conseguimento degli obiettivi di efficienza energetica dell'Unione per il 2030».

¹⁰⁸ E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione*, cit., p. 430.

¹⁰⁹ Con un sibillino riferimento a «questioni di sussidiarietà» che avrebbe comportato l'introduzione di obiettivi nazionali vincolanti contenuti a p. 5 della relativa proposta.

¹¹⁰ A p. 23 della proposta di rifusione della Direttiva sull'efficienza energetica si legge che «i contributi nazionali rimangono indicativi data la forte opposizione della maggior parte degli Stati membri a fissare obiettivi nazionali vincolanti espressa nella consultazione pubblica e in altri consessi. Tuttavia sono proposti parametri di riferimento e nuovi meccanismi in caso di pro-

membri a tradurre gli obiettivi sanciti globalmente a livello europeo in impegni cogenti per ciascun singolo Stato.

Nel contesto politico descritto, è perciò obiettivamente irrealistico immaginare che al Parlamento possano essere sottoposte – con qualche concreta possibilità di successo – proposte d'intervento che presuppongano il passaggio da un sistema di coordinamento "aperto" a uno "chiuso", fondato sull'attribuzione alla Commissione di poteri di *enforcement* nei confronti degli Stati membri.

2.4.3. Tasso di installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili

2.4.3.1. Un punto dell'intero impianto di misure ipotizzato dalla Commissione che appare critico attiene al tasso di installazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili: è bene tenere presente che questo aspetto non riguarda solo il perseguimento della quota del 40%-45% di energie *green* nel mix energetico, ma condiziona anche fortemente il conseguimento degli obiettivi relativi all'efficientamento, specialmente per quanto attiene al teleriscaldamento e teleraffrescamento. L'intervento prefigurato dalla Commissione per quanto attiene alla diffusione delle energie rinnovabili, come si è detto, non re-introduce obiettivi nazionali giuridicamente vincolanti, il che appare un limite rilevante dell'intervento prefigurato nella Proposta: è infatti evidente che la previsione di obiettivi nazionali vincolanti garantirebbe maggiore certezza agli investitori, responsabilizzerebbe ulteriormente i governi, consentirebbe alla Commissione di disporre di poteri di *endorsement* più penetranti e, nel complesso, rafforzerebbe la credibilità politica del progetto «Fit for 55».

La fissazione di standard elevati per la quota di energie rinnovabili appare comunque condivisibile per stimolare il superamento delle barriere che limitano la diffusione degli impianti per la produzione di energia *green* e fornire il necessario supporto finanziario e normativo¹¹¹, cercando anche di introdurre meccanismi di superamento delle tensioni tra obiettivi europei e nazionali, da un lato, e regionali e locali, dall'altro (il riferimento è al noto problema della sindrome nimby, *not in my backyard*¹¹²). Va però segnalato che, secondo diverse fonti autorevoli¹¹³, la traiettoria di crescita della capacità rinnovabile nel periodo 2021-2026 indica che l'incremento dell'energia rinnovabile nell'Unione europea nel suo insieme è destinata a superare ciò che gli attuali piani nazionali per l'energia e il clima (PNEC) prevedono per il 2030, ma questa tendenza è largamente insufficiente rispetto agli obiettivi in fase di definizione nell'ambito del programma «Fit for 55». La figura sottostante riporta lo share

gressi insufficienti verso la realizzazione degli obiettivi, che integrano quelli proposti nel regolamento Governance».

¹¹¹ J. KNEEBONE, *Fit for 55: EU rolls out largest ever legislative package in pursuit of climate goals*, 2021, in <https://fsr.eu.europa.eu/fit-for-55-eu-rolls-out-largest-ever-legislative-package-in-pursuit-of-climate-goals/>.

¹¹² M. LOMBARDINI, «Fit for 55»: il nuovo pacchetto climatico dell'UE e le sfide per l'Italia, 2021, in <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/fit-55-il-nuovo-pacchetto-climatico-dellue-e-le-sfide-litalia-31197>.

¹¹³ ELEMENS, *Nuovi scenari di decarbonizzazione per l'Italia – Il “EU Green Deal” e gli effetti sulle rinnovabili elettriche al 2030*, disponibile al link: <https://www.anev.org/download/studio-anev-elemens-eu-green-deal-2021/>, gennaio 2021; ENERGY & STRATEGY GROUP-SCHOOL OF MANAGEMENT-POLITECNICO DI MILANO, *Renewable energy report. Il Green Deal europeo: un laboratorio di idee per lo sviluppo delle rinnovabili in Italia*, 2021.

delle rinnovabili nei consumi energetici in Europa al 2020 (European Environmental Agency, EEA, 2022)¹¹⁴⁻¹¹⁵. Con una quota del 21,3% di energia consumata da fonti rinnovabili nel 2020, l'UE ha raggiunto il suo obiettivo principale (20%) per il 2020. Questo successo si basa su anni di lavoro costante da parte di tutti gli Stati membri, anche se i progressi nazionali non sono uniformi. Le circostanze eccezionali del 2020, segnate da interruzioni in tutti i settori economici dovute alla pandemia, hanno facilitato il raggiungimento dell'obiettivo delle energie rinnovabili riducendo il consumo totale di energia. Sarà ancora necessaria una trasformazione senza precedenti del sistema energetico per raggiungere l'obiettivo del 32% di energie rinnovabili fissato per il 2030, ma la pendenza della curva dovrebbe ulteriormente crescere per raggiungere il 32%, ora spostato al 40% (45%) dal pacchetto «Fit For 55»¹¹⁶.

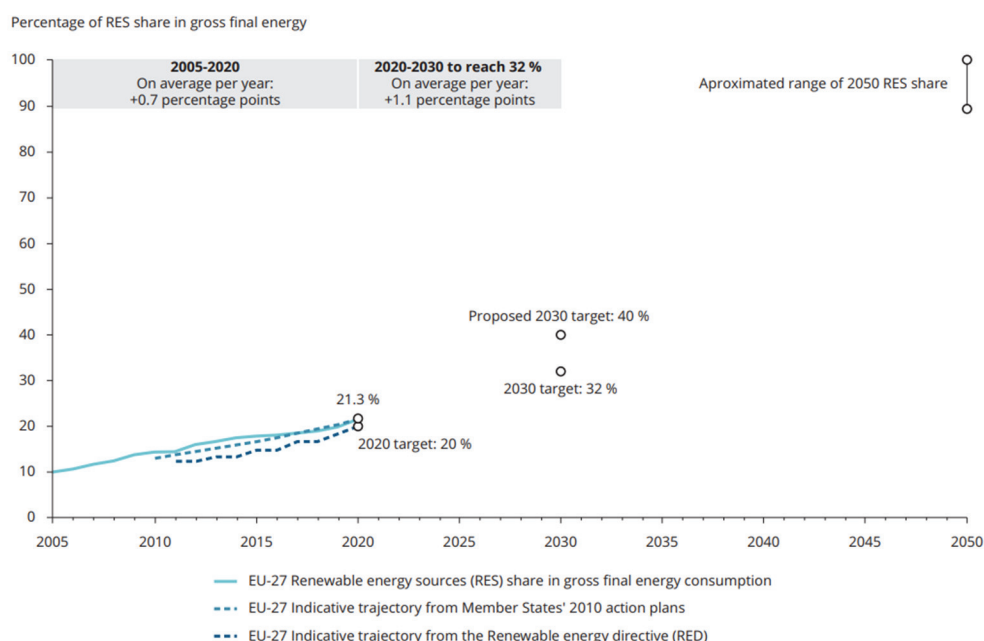


Figura 1. *Trend storico e previsioni per la quota di energia rinnovabile in Europa. Fonte: EEA Report No 13/2021, Trends and projections in Europe 2021. Copenhagen: 2021.*

Sotto un diverso profilo, è comunque opportuno tenere presente che il conseguimento di livelli ottimali di produzione di energia elettrica dipende esclusivamente dagli interventi che verranno implementati: differenti analisi svolte sul potenziale di fonti rinnovabili in Italia dimostrano, infatti, che sul territorio na-

¹¹⁴ EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Share of energy consumption from renewable sources in Europe*, 2022, in <https://www.eea.europa.eu/ims/share-of-energy-consumption-from>.

¹¹⁵ EEA Report No 13/2021, *Trends and projections in Europe 2021*, Copenhagen, 2021.

¹¹⁶ Per dare un'idea, l'Italia è tra i primi 5 paesi in Europa per capacità rinnovabile installata ma, tra questi, è quella con il tasso di crescita annuo più basso (3% per fotovoltaico e 4% per eolico). Con i trend attuali di crescita, l'Italia raggiungerebbe il target sullo share di rinnovabili con 24 anni di ritardo (al 2054). Anche in questo caso sarebbe necessario un aumento così rilevante del trend annuale di crescita al fine di raggiungere, in meno di 8 anni da oggi, il target del 40% fissato dal pacchetto, da apparire obiettivamente molto difficile da realizzare (THE EUROPEAN HOUSE-AMBROSETTI, *European Governance of the Energy Transition*, 2021, in <https://www.ambrosetti.eu/en/news/european-governance-of-the-energy-transition/>).

zionale è attualmente disponibile un potenziale tecnico di rinnovabili nettamente superiore rispetto all'obiettivo 2030^{117, 118, 119}. Pertanto, tra le misure necessarie per garantire il conseguimento della quota del 40% di rinnovabili nei tempi previsti è senza dubbio prioritario un intervento incisivo sulle procedure autorizzative¹²⁰.

2.4.3.2. Al riguardo, è bene tenere presente che la questione non richiederebbe, o comunque richiederebbe solo in parte¹²¹, interventi di modifica strutturale del quadro normativo e regolamentare vigente: l'ordinamento nazionale, dietro forte spinta europea, ormai da tempo contempla procedure improntate alla semplificazione e alla concentrazione – tra cui, innanzitutto, l'autorizzazione unica disciplinata dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 – e tempistiche (astrattamente) certe per la relativa conclusione¹²².

Gli ostacoli che si frappongono al rilascio delle autorizzazioni attengono, piuttosto, all'effettiva applicazione di tali disposizioni, che nella prassi amministrativa vengono sistematicamente disattese, specialmente per quanto riguarda le tempistiche di conclusione dei procedimenti¹²³. In questa prospettiva, i problemi di fondo attengono non tanto e non solo alle misure in sé considerate, ma anche e soprattutto al rapporto tra i tempi necessari per la concreta implementazione di tali misure e il target intermedio del 2030. Si pensi, ad esempio, alle tensioni che emergono tra Stato centrale e amministrazioni regionali e locali¹²⁴: solo per il primo, infatti, la transizione energetica sembra-

¹¹⁷ S. TESKE-T. MORRIS-K. NAGRATH, *100% Renewable Energy: An Energy [R]evolution for ITALY. Report prepared by ISF for Greenpeace Italy*, June 2020.

¹¹⁸ M. MAZZER-D. MOSER, *How solar energy could power Italy without using more land*, 2021, in doi.org/10.1038/d43978-021-00048-z.

¹¹⁹ Il Sole 24 Ore (2022) Anev: L'Italia ha il potenziale eolico per centrare i target e abbassare i prezzi. Ma la burocrazia è freno, in <https://www.ilsole24ore.com/art/anev-l-italia-ha-potenziale-eolico-centrare-target-e-abbassare-prezzi-ma-burocrazia-e-freno-AEpv0SHB>.

¹²⁰ Le considerazioni che seguono riguardano nello specifico il caso italiano, ma sono suscettibili di essere estese, con gli opportuni adattamenti, anche a diversi altri Stati membri.

¹²¹ Con ciò non s'intendono sottovalutare i rilevanti margini di miglioramento del quadro normativo vigente, specialmente per quanto attiene al coordinamento tra le diverse autorità coinvolte nel procedimento e ai meccanismi per il superamento delle rilevanti tensioni tra i diversi interessi in gioco. Per una disamina di tali rilevanti problematiche, da ultimo, C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, in questa *Rivista*, 2020, 1, p. 113 ss.

¹²² In Italia, da ultimo, sono state introdotte ulteriori misure di semplificazione e accelerazione dei procedimenti autorizzativi con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, di recepimento della Direttiva Red II, e con i 1 marzo 2022, n. 17 e 21 marzo 2022, n. 21. Tra le diverse misure introdotte si consideri, in particolare, l'individuazione di aree idonee alla realizzazione degli impianti (art. 20 del d.lgs. n. 199/2021), all'interno delle quali si applica un procedimento ancora più snello (art. 22 del medesimo decreto, come modificato dall'art. 12, comma 1, del d.l. n. 17/2022): ebbene, a tal fine è prevista l'adozione, entro 180 giorni dall'entrata in vigore del Decreto Legislativo, di uno o più decreti interministeriali che stabiliscano parametri e criteri omogenei per l'individuazione delle aree idonee, e che le Regioni entro i successivi centottanta giorni forniscano la puntuale indicazione delle stesse. Ciò significa che, nella migliore delle ipotesi, questa (potenzialmente interessante) disciplina inizierebbe a produrre risultati concreti tra non meno di un anno, cioè ormai a 2023 inoltrato, a poco più di sei anni dal traguardo del 2030.

¹²³ Un'indagine condotta di recente da Elettricità Futura mostra che, in media, i tempi per il rilascio delle autorizzazioni sono intorno ai 7 anni, il che comporta l'abbandono del 46% dei progetti presentati. La disciplina nazionale prevede che l'Autorizzazione Unica debba essere rilasciata entro 90 giorni, al netto dei tempi per il procedimento di VIA.

¹²⁴ Tensioni che hanno costantemente caratterizzato il rapporto tra Stato e Regioni in mate-

rebbe inserita (seppure con tutti i limiti precedentemente evidenziati) tra le priorità dell'agenda politico-amministrativa, mentre molto spesso gli uffici – specialmente regionali – competenti a gestire i procedimenti autorizzativi sono palesemente sotto-dimensionati ¹²⁵.

Anche ipotizzando lo scenario ottimale – che presuppone il perfezionamento entro breve termine della Proposta e il rapido recepimento da parte degli Stati, con l'introduzione di misure fin da subito giudicate adeguate da parte della Commissione – la concreta implementazione delle stesse (che richiederebbe, tra l'altro, la formazione di personale specializzato, l'espletamento di concorsi pubblici per le assunzioni, lo sviluppo di sistemi informatici all'avanguardia per l'ulteriore digitalizzazione delle procedure) genererebbe risultati apprezzabili, nella migliore delle ipotesi, nel 2025-2026, cioè molto a ridosso della scadenza del 2030, rendendo di fatto ancora meno verosimile il conseguimento dell'obiettivo del 40% (e, a maggior ragione, del 45%) di energie rinnovabili entro tale data ¹²⁶.

È però anche vero che gli interventi ipotizzati dalla Commissione, nel complesso, dovrebbero comportare un ulteriore deciso impulso alla diffusione delle energie rinnovabili, anche sul piano della qualità delle decisioni finali nei procedimenti autorizzativi. In questo senso, ad esempio, i contrasti emersi tra il Ministero della Transizione Ecologica e il Ministero della Cultura con particolare riguardo a procedure autorizzative per la realizzazione di parchi eolici sono stati risolti, in alcune recenti decisioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a favore del primo. Non solo nell'esito finale, ma anche nel percorso motivazionale seguito, in tali decisioni sembrerebbe emergere la priorità assegnata al *Green deal* rispetto a interessi fino ad oggi giudicati sostanzialmente equipollenti, come quello alla tutela del paesaggio. L'orientamento espresso dalla Presidenza del Consiglio potrebbe verosimilmente comportare il superamento – forse più imposto che convinto – delle posizioni preconcepite assun-

ria energetica, come dimostra l'elevatissimo tasso di contenzioso costituzionale in materia: basti pensare, da ultimo, alle circostanze che la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha introdotto quattro giudizi di legittimità costituzionale in via principale in relazione ad alcune leggi regionali che avevano provveduto all'individuazione delle aree idonee, o delegato la possibilità di individuare le aree inidonee ai Comuni o ancora, disposto sospensioni e moratorie dei procedimenti autorizzativi nelle more dell'individuazione di tali aree (legge regionale Friuli Venezia Giulia, n. 16/2021, leggi regionali Lazio, nn. 14 e 20 del 2021, leggi regionali Abruzzo nn. 8/2021, 1/2022 e 5/2022).

¹²⁵ Di questa questione la Commissione sembrerebbe, del resto, consapevole: il considerando n. 5 della proposta di modifica della direttiva Red II conclude rilevando che «*gli Stati membri dovrebbero istituire un quadro che comprenda meccanismi compatibili con il mercato per affrontare gli ostacoli che ancora si frappongono alla creazione di sistemi elettrici sicuri e adeguati, adatti a livelli elevati di energia rinnovabile, nonché di impianti di stoccaggio pienamente integrati nel sistema elettrico. Il quadro affronta in particolare gli ostacoli rimanenti, compresi quelli di ordine non finanziario, quali l'insufficienza delle risorse digitali e umane di cui dispongono le autorità per trattare un numero crescente di domande di autorizzazione*». Considerazioni poi concretizzate nell'art. 2, punto c), della proposta, che prevede l'inserimento dell'art. 4-bis, secondo cui «*il quadro affronta in particolare gli ostacoli, in particolare quelli relativi alle procedure di autorizzazione, che ancora si frappongono al raggiungimento un livello elevato di fornitura di energia elettrica da fonti rinnovabili. Nell'elaborare tale quadro, gli Stati membri tengono conto dell'energia elettrica da fonti rinnovabili supplementare necessaria per soddisfare la domanda nei settori dei trasporti, dell'industria, dell'edilizia, del riscaldamento e del raffrescamento e per la produzione di combustibili rinnovabili di origine non biologica*». Il problema qui esaminato è così lampante che ormai gli uffici regionali competenti lo dichiarano esplicitamente nell'ambito di giudizi sul silenzio, come nel caso delle recenti sentenze del TAR Basilicata 1 maggio 2022, n. 325 e 3 maggio 2022, n. 327.

¹²⁶ <https://caneurope.org/can-europes-rapid-assessment-fit-for-55-main-files-climate-energy/>.

te, non di rado, dal Ministero della Cultura e dalle sue articolazioni territoriali riguardo agli impianti alimentati da fonti rinnovabili ¹²⁷.

2.4.3.3. Un ulteriore fattore di facilitazione della convergenza tra agenda politica europea, da un lato, e nazionale e locale, dall'altro, potrebbe essere costituito da quelle misure volte alla specializzazione del mercato del lavoro relativo alle rinnovabili. Una delle principali preoccupazioni della politica nazionale e locale attiene alla potenziale perdita di posti di lavoro che ci si attende con la transizione energetica, specialmente in alcune regioni. Tuttavia, studi recenti mostrano che i progetti di energia rinnovabile possono compensare le perdite di posti di lavoro dovute, ad esempio, al declino delle industrie estrattive e possono a loro volta creare un guadagno netto di occupazione ¹²⁸. In particolare, diverse analisi dimostrano come l'energia rinnovabile potrebbe avere un effetto positivo in termini di creazione di posti di lavoro ¹²⁹.

Dalle stime dell'Agenzia Internazionale per l'Energia ¹³⁰ il totale dei posti di lavoro nel settore energetico potrebbe raggiungere quasi 100 milioni entro il 2050 nello scenario di transizione energetica, con 42 milioni di questi posti di lavoro nelle rinnovabili ¹³¹.

Sono, quindi, prevedibili spostamenti occupazionali che non riguardano solamente la creazione di nuovi posti di lavoro o la sostituzione di quelli già esistenti, ma anche la ridefinizione di molti posti di lavoro esistenti in termini di competenze, metodi e profili coerenti con i nuovi settori ¹³². In questo contesto è, pertanto, chiara l'importanza degli interventi di formazione/riqualificazione dei lavoratori interessati. La partecipazione dei lavoratori può sostenere i processi di conversione, andando a scongiurare il rischio che i lavoratori vedano in questi processi di trasformazione uno strumento utilizzato da parte del management aziendale per la razionalizzazione dei profitti a scapito dei diritti dei lavoratori ¹³³, con conseguenti riflessi positivi sull'agenda politica locale, diminuendo le barriere alla realizzazione degli impianti. Allo stesso modo, le misu-

¹²⁷ Si tratta delle decisioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 9 dicembre 2021 nelle procedure di VIA relative a sei parchi eolici.

¹²⁸ OIL, *World Employment Social Outlook 2018: Greening with jobs*, Ginevra, 2018.

¹²⁹ I. MEYER-W. SOMMER, *Employment Effects of Renewable Energy Supply A Meta Analysis, WWWforEurope*, Policy Paper No. 12, Wien, 2014.

¹³⁰ RENEWABLE ENERGY AGENCY, *Measuring the Socio-economics of Transition: Focus on Jobs*, IRENA, Abu Dhabi, 2020.

¹³¹ L'effetto positivo di creazione di posti di lavoro dell'energia rinnovabile è il risultato di catene del valore più lunghe e diversificate, una maggiore intensità di lavoro e maggiori margini di profitto netti. I posti di lavoro nell'energia rinnovabile possono essere creati direttamente e indirettamente lungo l'intera catena del valore, compresa la produzione e la distribuzione di attrezzature; la produzione di input come i prodotti chimici; o anche nei servizi come la gestione del progetto, l'installazione, il funzionamento e la manutenzione. Peraltro, con l'aumento del numero di installazioni, aumenta anche la quota di attività legate al funzionamento e alla manutenzione e la domanda di set di competenze rilevanti per questo segmento: al riguardo, A. JÄGER-WALDAU, *European Photovoltaic Market contracts in a rapid expanding global market*, in *European Energy Innovation*, 2014, p. 52 ss.

¹³² V. CZAKO, *Employment in the Energy Sector*, JRC Science for Policy Report, Lussemburgo, 2020.

¹³³ J.A. ALVAREZ-R. MCGEE-R. YORK, *Is labor green? A Cross-National Panel Analysis of Unionization and Carbon Dioxide Emissions*, in *Nature and Culture*, 14(1), 2019, p. 17 ss.; M. PICHLER-N. KRENMAYR-E. SCHNEIDER-U. BRAND, *EU industrial policy: between modernization and transformation of the automotive industry*, in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 38(1), 2021, pp. 140 ss.

re volte allo sviluppo e alla diffusione delle comunità energetiche, con il coinvolgimento dei cittadini e degli enti locali, dovrebbero spingere verso una maggiore apertura all'installazione degli impianti, condizionando positivamente le relative procedure ¹³⁴.

Va però tenuto presente che processi culturali del genere appena descritto richiedono tempistiche difficilmente compatibili con l'orizzonte temporale del 2030. Inoltre, anche se una risposta coordinata alle competenze viene avviata dal livello nazionale, le caratteristiche regionali potrebbero comunque ostacolare la transizione energetica. La maggior parte delle regioni dell'UE con un'alta percentuale di occupazione nelle industrie ad alta intensità energetica ha un livello di istruzione terziaria inferiore alla media UE e bassi tassi di partecipazione alla formazione degli adulti ¹³⁵. La potenziale bassa partecipazione correlata alle attività di up- e reskilling, di conseguenza, può influenzare la capacità e la velocità di transizione energetica di queste regioni. Questo problema è affrontato solo superficialmente e non appare sufficientemente approfondito nelle proposte della Commissione.

2.4.4. Relazione tra proposte della Commissione, politiche fiscali europee e ruolo della BEI

Un altro punto critico consiste nel fatto che il Green Deal sembra non avere alcuna relazione con la politica fiscale complessiva dell'Unione Europea ¹³⁶. Al momento, gli Stati membri difficilmente possono espandere i loro disavanzi di bilancio per finanziare la spesa in investimenti verdi; un primo passo in questa direzione potrebbe essere l'introduzione di una golden rule che escluda gli investimenti ambientali pubblici dai vincoli fiscali europei ¹³⁷. Inoltre, la stessa Commissione riconosce la necessità di un'ampia strategia industriale europea, ma le attuali misure di politica industriale restano di portata troppo ristretta e si basano sulla consueta dipendenza dai presunti vantaggi del mercato unico europeo. Non è chiaro, ad esempio, se le misure sulla transizione ecologica verranno esentate dalle attuali norme europee in materia di concorrenza e aiuti di Stato ¹³⁸; anzi, nella proposta sull'efficienza energetica la sottoposizione delle eventuali politiche alternative implementate dagli Stati membri a tale normativa trova alcune esplicite conferme ¹³⁹. Il Green Deal europeo prevede inoltre che la Banca Europea per gli Investimenti (BEI) non debba più finanziare progetti relativi alla produzione di energia da combustibili fossili, accelerando gli investimenti nell'energia pulita, nell'efficientamento energetico e nelle energie rinnovabili; tuttavia, a questo cambiamento non corrisponde ancora

¹³⁴ Su cui, tra molti, T. FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2022, f. 4; ID., *Transizione energetica e amministrazione decentrata*, in *Giustamm.it*, 2020.

¹³⁵ Commissione Europea, *Sustainable growth for all: choices for the future of Social Europe, Employment and Social Developments in Europe*, Bruxelles, 2019.

¹³⁶ M. Pianta-M. Lucchese-L. Nascia, *The space for a novel industrial policy in Europe*, in *Industrial and Corporate Change*, 2020, <https://academic.oup.com/icc/advance-article-abstract/doi/10.1093/icc/dtz075/5709123>.

¹³⁷ M. Pianta-M. Lucchese, *Rethinking the European Green Deal: An Industrial Policy for a Just Transition in Europe*, in *Review of Radical Political Economics*, 2020, p. 633 ss.

¹³⁸ Cfr. *ivi*, nota 7.

¹³⁹ Art. 10, comma 9, della proposta.

una visione del ruolo che la BEI potrebbe svolgere nel sostenere il profondo cambiamento strutturale delle economie europee.

2.4.5. La questione relativa alla tassonomia

Infine, per quanto attiene alla tassonomia, la questione riguarda essenzialmente l'opportunità di inserire il gas naturale e l'energia nucleare tra le risorse utili ai fini del conseguimento degli obiettivi climatici. È noto che su questo tema si sono registrate notevoli tensioni tra gli Stati membri, divisi tra chi considera indispensabile prevedere un periodo di adattamento e chi, viceversa, ritiene che soluzioni diverse da una drastica sterzata verso le rinnovabili non farebbe che rallentare il processo di transizione. Queste tensioni sono state oggetto di una soluzione fortemente compromissoria, secondo cui gas naturale ed energia nucleare sono considerate risorse utili ai fini della transizione, ma con la fissazione di standard ambientali molto elevati e condizioni rigorose.

Un punto certamente critico attiene al rapporto con le rinnovabili: al riguardo, è la stessa Commissione a sembrare poco convinta, laddove afferma che il ricorso al gas naturale e al nucleare «*non dovrebbe*» ostacolare lo sviluppo delle fonti rinnovabili¹⁴⁰. Ma vi è anche un secondo elemento di criticità, che attiene all'incongruenza tra l'atto delegato e la successiva comunicazione dell'8 marzo 2022. È ovvio che tra i due atti, distanti solo un mese l'uno dall'altro, è intervenuto un profondo cambiamento del quadro geopolitico, ma non è chiaro se e in quale misura la forte spinta verso il superamento della dipendenza dal gas russo condizionerà anche la questione relativa alla tassonomia.

Sezione III – Suolo ed ecosistemi¹⁴¹

Premessa: il livello “micro” e il livello “macro” dell'indagine

L'analisi del tema oggetto della presente sezione si presta ad essere condotta secondo una duplice prospettiva. La prima è una prospettiva dichiaratamente circoscritta e settoriale, incentrata sul contributo offerto dal settore suolo, quale pozzo naturale di immagazzinamento del carbonio, nel quadro della complessiva strategia di decarbonizzazione dell'economia prevista dalla Comunicazione sul *Green Deal* europeo¹⁴² e articolata dagli atti normativi che,

¹⁴⁰ Nella bozza di regolamento, a p. 3 si legge che «*la tassonomia, come delineato nel regolamento omonimo, copre non solo gli investimenti nelle tecnologie climaticamente neutre e nelle energie rinnovabili, ma anche attività economiche che chiaramente non sono a impatto climatico zero né rinnovabili ma che potrebbero, a condizioni rigorose e per un periodo di tempo limitato, consentire la transizione verso un sistema energetico sostenibile: le attività economiche nel settore del gas naturale e dell'energia nucleare sono tra queste. Esse non dovrebbero ostacolare lo sviluppo delle fonti rinnovabili*».

¹⁴¹ Pur essendo la presente sezione frutto della riflessione congiunta dei due autori, la redazione del testo è stata curata da Andrea Giorgi, cui sono imputabili le considerazioni svolte in premessa e nei §§ 3.1., 3.1.1., 3.1.2., 3.1.3., 3.1.4., 3.2, 3.2.1., 3.3., 3.3.1., 3.4., 3.4.1.; a Benedetta Celati è imputabile la redazione dei §§ 3.4.2., 3.4.3. Il § 3.5. è stato redatto congiuntamente dagli autori.

¹⁴² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, COM(2019)640 final, 11 dicembre 2019. Per approfondimenti si veda *supra* § 1.1.

da essa, discendono a cascata. La seconda assume, invece, un punto di vista più ampio e trasversale, allargando il perimetro dell'indagine alle numerose iniziative della Commissione, elaborate e formalizzate attraverso strumenti tanto di *soft* quanto di *hard law*, che mirano alla protezione dei suoli e degli ecosistemi.

Si tratta, a ben vedere, di due livelli di analisi distinti, ancorché connessi: un livello "micro", dedicato esclusivamente alla proposta di revisione del regime LULUCF («*Land Use, Land Use Change and Forestry*») ¹⁴³; un livello "macro", che colloca tale iniziativa nel quadro delle proposte e delle strategie europee volte alla protezione, al ripristino e alla valorizzazione degli ecosistemi e del capitale naturale. La scelta di tenere distinti i due piani di lettura consente di evidenziare le diverse logiche, finalità e problematiche che caratterizzano ciascuna disciplina, all'interno di un affresco che rimane tuttavia unitario.

3.1. Gli Obiettivi dichiarati dall'UE

a) L'obiettivo generale/trasversale

Con l'adozione della Comunicazione sul *Green Deal* europeo la Commissione riformula, su nuove e più ambiziose basi, l'impegno dell'Unione nel contrasto ai cambiamenti climatici, nella protezione dell'ambiente e nella tutela del capitale naturale europeo. Il macro-obiettivo, reso esplicito fin dalle prime battute, è il raggiungimento della neutralità climatica europea entro il 2050.

3.1.1. Il *Green Deal* europeo tra crisi climatica e crisi eco-sistemica

La Comunicazione prosegue nel solco già tracciato dalla precedente strategia «*Un pianeta pulito per tutti*» ¹⁴⁴ e, soprattutto, dagli orientamenti politici annunciati dall'agenda presentata dall'allora candidata alla presidenza della Commissione Ursula von der Leyen ¹⁴⁵. All'interno di quest'ultimo documento, emerge fin dalle prime battute lo stretto legame che intercorre tra crisi climatica, perdita della biodiversità, deforestazione e degrado del suolo. La conservazione e il ripristino degli ecosistemi vengono presentati come valori e obiettivi trasversali a tutti i settori economici, al cui conseguimento deve essere improntata l'intera attività di *policy-making* dell'Unione in materia climatica ¹⁴⁶.

¹⁴³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2018/841 per quanto riguarda l'ambito di applicazione, semplificando le norme di conformità, stabilendo gli obiettivi degli Stati membri per il 2030 e fissando l'impegno di conseguire collettivamente la neutralità climatica entro il 2035 nel settore dell'uso del suolo, della silvicoltura e dell'agricoltura, e il regolamento (UE) 2018/1999 per quanto riguarda il miglioramento del monitoraggio, della comunicazione, della rilevazione dei progressi e della revisione, COM(2021) 554 final, 14 luglio 2021.

¹⁴⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni e alla Banca europea per gli investimenti, *Un pianeta pulito per tutti – Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, COM(2018)773 final, 28 novembre 2018.

¹⁴⁵ Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024 della Candidata alla carica di presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, *Un'Unione più ambiziosa – Il mio programma per l'Europa*, consultabile su www.ec.europa.eu.

¹⁴⁶ Orientamenti politici per la prossima Commissione europea, *Un'Unione più ambiziosa*, cit., p. 7.

La decarbonizzazione dell'economia europea, descritta dalla Comunicazione sul *Green Deal* come una «sfida pressante» e non più rinviabile, diventa allora l'occasione propizia per elaborare «una nuova strategia di crescita» che miri, tra le altre cose, a «proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'UE e a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze»¹⁴⁷. Preservazione del capitale naturale europeo, conservazione e ripristino degli ecosistemi, costruzione di relazioni e interazioni più armoniche ed equilibrate tra esseri umani e natura¹⁴⁸ rappresentano quindi chiari obiettivi del *Green Deal* europeo fin dalle sue prime formulazioni. Gli stessi costituiscono inoltre (e inevitabilmente) altrettanti fondamentali parametri sui quali misurare, *ex post*, la riuscita del processo di transizione ecologica dell'Unione.

3.1.2. La Normativa europea sul clima e la strategia duplice dell'Unione per la decarbonizzazione

Nel quadro dell'ingente sforzo regolatorio profuso dall'Unione in materia di cambiamenti climatici si colloca la recente Normativa europea sul clima¹⁴⁹, con cui – come detto – il legislatore europeo fornisce per la prima volta una definizione tecnico-giuridica di neutralità climatica¹⁵⁰. Tale concetto presuppone «la riduzione irreversibile e graduale delle emissioni antropogeniche di gas a effetto serra dalle fonti e l'aumento degli assorbimenti dai pozzi regolamentati nel diritto dell'Unione», al fine di raggiungere «l'equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti di tutta l'Unione [...] al più tardi nel 2050», realizzando così l'azzeramento delle emissioni nette entro tale data¹⁵¹.

L'idea di fondo che emerge dalla lettura in combinato disposto dei due articoli è, sostanzialmente, la seguente: poiché oggi si emette più anidride carbonica di quanta se ne possa assorbire – e ciò contribuisce drammaticamente al riscaldamento globale –, occorre trovare un nuovo equilibrio per compensare le emissioni antropogeniche; da un lato, riducendo le emissioni e tenendole sotto controllo; dall'altro, promuovendone la rimozione e la cattura attraverso soluzioni tecnologiche o naturali. Se le prime rimandano allo sviluppo di tecnologie sempre più sofisticate e performanti di cattura e stoccaggio del carbonio (*carbon capture and storage*), le seconde implicano la protezione e valorizzazione dei pozzi naturali di assorbimento del carbonio (foreste, suoli, oceani) e l'impegno ad aumentarne resilienza e capacità di assorbimento. I pozzi naturali, oltre a fornire servizi ecosistemici fondamentali per la vita, la salute e il benessere dell'uomo, svolgono infatti un ruolo centrale nel processo di transizione ecologica dell'Unione. Come ricorda in apertura lo stesso regolamento, il ripristino degli ecosistemi contribuisce «a mantenere, gestire e migliorare i pozzi naturali e a promuoverne la biodiversità, contrastando nel contempo i

¹⁴⁷ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, cit., p. 2.

¹⁴⁸ E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, cit., pp. 19-48.

¹⁴⁹ Regolamento (UE) n. 2021/1119, cit.

¹⁵⁰ Si veda *supra* §§ 1.1 e 1.4.3.1. Per un'analisi delle tecniche regolatorie e del modello di governance caratterizzanti la proposta di regolamento europeo sul clima, si veda A. GIORGI, *Substantiating of Formalizing the Green Deal Process? The Proposal for a European Climate Law*, cit., p. 17 ss.

¹⁵¹ Si veda il combinato disposto degli artt. 1 par. 1 e 2 par. 1.

cambiamenti climatici»¹⁵². Protezione della biodiversità e contrasto ai cambiamenti climatici vanno quindi necessariamente di pari passo.

In definitiva, la strategia ideata dalla Commissione per conseguire la neutralità climatica è duplice e i due assi di intervento – riduzione e compensazione delle emissioni – sono funzionalmente integrati, ancorché concettualmente distinti. Sebbene possa essere criticata per il meccanismo di tipo contabilistico ideato e per il modello di sviluppo che sembra indirettamente propugnare, non del tutto allineato alla necessità di non inquinare¹⁵³, l'approccio della Commissione si connota per un deciso pragmatismo e per la consapevolezza che, seppur la riduzione alla fonte delle emissioni sia l'obiettivo prioritario, è necessario compensare attraverso gli assorbimenti le emissioni residue di quei settori (es. siderurgico, tessile) in cui l'opera di decarbonizzazione è più complessa.

3.1.3. Il pacchetto «Fit for 55» tra protezione degli ecosistemi e rafforzamento dei pozzi naturali di assorbimento del carbonio

Sarebbe errato, tuttavia, ritenere la Normativa europea sul clima una legislazione auto-sufficiente, capace da sola di condurre l'Europa e gli Stati al traguardo della neutralità climatica. Più correttamente, tale legge deve essere calata nel contesto del processo regolatorio dalla stessa innescato. È una legge che guarda al futuro in termini giuridici (non più solo politici) e che serve da base – da primo *step* – per un nuovo tipo di *policy-making* funzionalmente orientato alla transizione ecologica¹⁵⁴. Il suo impatto (e il suo successo) dipenderà quindi non solo dalla qualità, tempestività ed efficacia delle misure adottate dai pubblici poteri nazionali, chiamati a riorientare il sistema economico verso obiettivi ambientali ed ecologici¹⁵⁵; ma anche – e soprattutto – dalla sua capacità di dialogare con le numerose legislazioni settoriali che dovranno implementarla, a partire dal pacchetto «Fit for 55» presentato a luglio 2021 dalla Commissione¹⁵⁶, contenente una serie di proposte legislative per revisionare e modificare numerose discipline in settori chiave dell'economia, funzionali al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione.

Per quello che qui interessa, il pacchetto conferma, da un lato, i nessi indissolubili tra crisi climatica e crisi della biodiversità, evidenziando la necessità di una risposta unitaria ai due problemi; dall'altro, presenta il ripristino degli ecosistemi e della natura come operazione funzionalmente orientata non solo

¹⁵² Considerando n. 23, ove si legge inoltre che «il triplo ruolo delle foreste, in particolare in quanto pozzi di assorbimento, stoccaggio e sostituzione, contribuisce alla riduzione dei gas a effetto serra nell'atmosfera, assicurando al contempo che le foreste continuino a crescere e a fornire molti altri servizi».

¹⁵³ Si veda al riguardo V. RUBINO, *Sviluppo sostenibile ed effettività della governance multilivello*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020, pp. 234-235 e, in particolare, la nota 95.

¹⁵⁴ Si veda in prospettiva analoga S.D. BECHTEL, *The New EU Climate Law. Symbolic Law or New Governance Framework?*, in *Verfassungsblog*, 7 luglio 2021, ove si evidenzia la capacità della legge di servire «as a first operationalization of Art. 11 TFEU in the area of climate protection».

¹⁵⁵ In argomento, si veda A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, p. 32 ss.

¹⁵⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «Pronti per il 55 %»: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica, COM(2021) 550 final, 14 luglio 2021.

alla tutela della biodiversità, ma anche (e soprattutto) al raggiungimento della neutralità climatica, attraverso un maggior apporto degli assorbimenti naturali di carbonio.

Nelle parole della Commissione, il filo che lega la preservazione della natura alla compensazione delle emissioni è evidente: se infatti «contribuiamo alla ripresa di delicati ecosistemi terrestri e marini, questi possono assicurare la vita sul pianeta e svolgere il loro ruolo nella lotta contro i cambiamenti climatici. Il ripristino della natura e la ricostituzione della biodiversità sono essenziali per assorbire e immagazzinare più carbonio: dobbiamo aumentare la capacità di foreste, suoli, zone umide e torbiere, oceani e corpi idrici nell'UE di fungere da pozzi di assorbimento e riserve di carbonio»¹⁵⁷.

All'interno del pacchetto, varie normative settoriali concorrono, con logiche e strumenti differenti, a realizzare per il 2030 l'obiettivo della riduzione delle emissioni del 55% rispetto ai livelli del 1990, in linea con il traguardo intermedio previsto dalla Normativa europea sul clima. Tra queste, viene in rilievo la revisione del regolamento sull'uso del suolo, il cambiamento di uso del suolo e la silvicoltura (LULUCF)¹⁵⁸, con cui la Commissione punta a rafforzare le proprie ambizioni in materia di assorbimenti naturali di carbonio e a sfruttare appieno il potenziale di mitigazione del settore suolo, nel quadro della complessiva strategia di decarbonizzazione dell'economia europea.

b) *L'obiettivo specifico/settoriale*

3.1.4. La valorizzazione dell'apporto del settore del suolo quale pozzo naturale di immagazzinamento del carbonio

Nelle intenzioni della Commissione, la proposta di modifica del regolamento LULUCF mira ad invertire la tendenza "ribassista" di assorbimento del carbonio nel settore del suolo e ad incrementare il contributo di tale comparto al raggiungimento della neutralità climatica europea¹⁵⁹, in linea con i traguardi climatici fissati per l'Europa¹⁶⁰. La logica che ispira la proposta di revisione si coglie immediatamente: se l'Unione ha innalzato le proprie ambizioni in materia climatica, puntando a ridurre le proprie emissioni di almeno il 55 % entro il 2030 (rispetto ai livelli del 1990), è necessario che tutti i settori economici riparametrino i loro sforzi sul nuovo e più sfidante obiettivo, contribuendo in misura maggiore alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra.

Il settore del suolo, grazie alla sua naturale capacità di assorbimento del

¹⁵⁷ *Ivi*, pp. 12-13.

¹⁵⁸ Regolamento (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'inclusione delle emissioni e degli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento di uso del suolo e dalla silvicoltura nel quadro 2030 per il clima e l'energia, e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 e della decisione n. 529/2013/UE, 30 maggio 2018.

¹⁵⁹ Le cause della diminuzione degli assorbimenti di carbonio basati sulla natura sono evidenziate dalla stessa Commissione nella relazione che accompagna la proposta (p. 7): aumento dei tassi di utilizzazione del legno e della domanda di legname, invecchiamento delle foreste, emissioni continue da suoli organici, disastri naturali, assenza di politiche incentivanti e di incentivi economico-finanziari.

¹⁶⁰ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa – Investire in un futuro a impatto climatico zero nell'interesse dei cittadini*, COM(2020) 562 final, 17 settembre 2020.

carbonio, è chiamato a giocare un ruolo centrale nella compensazione delle emissioni, in linea con la strategia delineata nella Normativa europea sul clima per il raggiungimento della decarbonizzazione, fondata sulle due leve – distinte ma funzionalmente integrate – della riduzione e della compensazione delle emissioni. Il suo uso sostenibile, unito al ripristino di ecosistemi in salute in grado di assorbire carbonio e di impedirne la fuga nell'atmosfera, rappresenta la chiave per affrontare con successo le due crisi climatiche e della biodiversità: due emergenze fortemente connesse, in grado di alimentarsi e rinforzarsi a vicenda.

Se queste sono le premesse teoriche da cui muove la Commissione, occorre valutare, tuttavia, se il nuovo regolamento LULUCF introduca modifiche solamente quantitative al quadro normativo precedente (in termini di maggiori assorbimenti netti richiesti al settore del suolo) o se ad esse si accompagnino anche cambiamenti di tipo qualitativo. Per far ciò, è indispensabile raffrontare la proposta di modifica con l'attuale regolamento, evidenziando elementi di continuità e di discontinuità.

3.2. Gli strumenti già esistenti per realizzare gli obiettivi dell'UE

L'adozione del regolamento LULUCF, entrato in vigore nel 2018 ma applicabile solo a partire dal 2021, aveva segnato un deciso passo in avanti dell'*acquis* europeo sull'energia e il clima¹⁶¹ e certificato, al contempo, la *vis expansiva* della regolazione sovranazionale in materia di cambiamenti climatici, capace di abbracciare materie e settori ritenuti storicamente problematici da regolare (tanto da un punto di vista tecnico quanto politico)¹⁶², ma indispensabili per il raggiungimento degli obiettivi europei di riduzione delle emissioni.

In particolare, la presa d'atto della centralità del settore del suolo – quale fonte e pozzo naturale di assorbimento di carbonio – nel contrasto ai cambiamenti climatici aveva indotto la Commissione ad includerlo espressamente, nell'ambito del quadro europeo per le politiche dell'energia e del clima, tra i settori che partecipavano all'obiettivo europeo di riduzione delle emissioni per il 2030, al fine di sfruttarne appieno il potenziale di mitigazione¹⁶³. Scartata tanto l'ipotesi di includere il settore del suolo all'interno del sistema di scambio di quote di emissioni (*Emission Trading System*: ETS) quanto quella di assoggettarlo al regime del regolamento sulla «*Condivisione degli sforzi*» (*Effort*

¹⁶¹ A. SAVARESI-L. PERUGINI-M.V. CHIRIACÒ, *Making sense of the LULUCF Regulation: Much ado about nothing?*, 3 febbraio, 2020, consultabile online su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3530787>.

¹⁶² *Ivi*, pp. 1-3. Come evidenziato dalle Autrici, dal punto di vista tecnico-metodologico le principali difficoltà consistevano nel quantificare correttamente le emissioni e gli assorbimenti del settore del suolo, nonché nel monitorarne e misurarne incrementi e riduzioni, anche a causa degli effetti prodotti dalle attività dell'uomo su suoli e foreste. Sotto un profilo più propriamente politico, le maggiori problematicità derivavano dalla capacità della normativa in materia di suolo di penetrare – in maniera più o meno surrettizia – in altre aree e settori delicati (agricoltura, foreste, energia rinnovabile da biomassa) caratterizzati storicamente da competenze sovranazionali limitate, nonché da uno "statuto" e una gestione delle foreste differenti da Stato a Stato.

¹⁶³ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Quadro per le politiche dell'energia e del clima per il periodo dal 2020 al 2030*, COM(2014) 15 final, 22 gennaio 2014, par. 4.2, p. 17.

Sharing Regulation: ESR)¹⁶⁴, l'opzione prescelta è stata quella di creare un regime a sé stante per il settore del suolo, connesso tuttavia – per il tramite delle c.d. flessibilità – a quello sulla condivisione degli sforzi.

3.2.1. L'attuale regime LULUCF

La disciplina adottata dal legislatore europeo detta le regole generali e settoriali per contabilizzare le emissioni e gli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dal settore del suolo e della silvicoltura per il periodo 2021-2030 e stabilisce le norme per controllare il corretto adempimento degli impegni da parte degli Stati. Come tale, si dirige prioritariamente agli Stati membri, cui viene chiesto il rispetto di obiettivi minimi di mitigazione, senza imporre ai singoli gestori di terreni e foreste obblighi di monitoraggio, rendicontazione o *compliance*.

L'ambito di applicazione abbraccia una serie di categorie contabili del suolo¹⁶⁵, definite dal regolamento stesso, sulle quali si misura la performance e il rispetto degli impegni degli Stati. Il regime ruota essenzialmente attorno al rispetto del principio del «*no-debit*», secondo il quale gli Stati sono tenuti a garantire che le emissioni contabilizzate sul proprio territorio, relative a tutte le categorie contabili del suolo, siano interamente compensate dagli assorbimenti, in modo tale che il saldo tra le prime e i secondi sia (almeno) pari a zero¹⁶⁶. Se le rimozioni non sono sufficienti a pareggiare le emissioni, si genera un debito a carico dello Stato, che deve essere compensato da un aumento degli sforzi di mitigazione delle emissioni ai sensi della disciplina sulla condivisione degli sforzi¹⁶⁷; nel caso in cui gli assorbimenti superino invece le emissioni, parte del credito generato potrà essere utilizzato dallo Stato per conseguire gli obiettivi nazionali di riduzione delle emissioni, grazie alla previsione di un meccanismo di flessibilità tra settore LULUCF e regime *Effort Sharing*¹⁶⁸.

Sugli Stati grava inoltre il compito di presentare alla Commissione i propri Piani nazionali di contabilizzazione forestale, contenenti i «livelli di riferimento»¹⁶⁹ proposti per le foreste. Tali piani sono oggetto di una valutazione tecnica da parte della Commissione (coadiuvata dagli esperti nominati dagli Stati membri) quanto al rispetto dei principi e degli obblighi stabiliti dal regolamento per la determinazione dei livelli di riferimento per le foreste. La stessa Commissione, se necessario (in caso di incongruenze), può formulare delle raccomandazioni tecniche agli Stati, che questi ultimi devono tenere in considera-

¹⁶⁴ Per l'analisi della *ratio* e del funzionamento di entrambi gli strumenti (ETS ed ESR) si veda *supra*, sez. I, *in specie* § 1.2.

¹⁶⁵ Nello specifico: terreni imboschiti, terreni disboscati, terre coltivate gestite, pascoli gestiti, zone umide gestite.

¹⁶⁶ La regola del «*no-debit*» si evince dall'art. 4 del regolamento, rubricato «Impegni» degli Stati.

¹⁶⁷ A meno che lo Stato che ha generato il debito non acquisti un credito equivalente da un altro Stato membro, ricorrendo alla flessibilità interstatale.

¹⁶⁸ Per un approfondimento sul tema delle flessibilità si rinvia alla sez. I, §§ 1.2.1 e 1.3.1.

¹⁶⁹ Per «*livello di riferimento per le foreste*» si intende, ai sensi dell'art. 3, par. 1, n. 6) del regolamento, «*la stima, espressa in tonnellate di CO₂ equivalente l'anno, delle emissioni o degli assorbimenti annuali netti medi risultanti dai terreni forestali gestiti nel territorio di uno Stato membro nei periodi dal 2021 al 2025 e dal 2026 al 2030, in base ai criteri definiti*» dal regolamento stesso.

zione nella rimodulazione dei livelli di riferimento proposti per le foreste, nell'ottica di facilitare il successivo riesame ad opera della Commissione.

3.3. Gli strumenti ulteriori previsti dal pacchetto «Fit for 55»

Su questo quadro regolatorio si innesta la proposta di modifica del regolamento LULUCF, contenuta nel pacchetto «Fit for 55», con cui la Commissione intende affrontare alcune problematiche emerse nella regolamentazione del settore: il declino delle rimozioni di carbonio basate sulla natura, una scarsa integrazione del suolo nelle politiche climatiche dell'Unione e nelle strategie degli Stati membri in materia di energia e clima, alcune difficoltà legate all'implementazione amministrativa delle regole e delle procedure di contabilizzazione, rendicontazione e monitoraggio del settore, caratterizzate da costi regolatori e lacune informative¹⁷⁰.

3.3.1. Il “nuovo” regime LULUCF

Il nuovo regolamento apporta una serie di modifiche al precedente, sia di ordine quantitativo che qualitativo, con l'obiettivo unionale di conseguire la neutralità climatica del settore suolo entro il 2035¹⁷¹. Tale obiettivo passa per la fissazione di target nazionali più ambiziosi nel settore LULUCF, l'ottimizzazione dei processi di pianificazione delle azioni di mitigazione incentrate sul suolo e l'aggiornamento degli obblighi di monitoraggio e comunicazione delle emissioni e degli assorbimenti, con conseguente miglioramento della qualità dei dati necessari ad adempiere tali obblighi. Più nel dettaglio, la strategia europea per il raggiungimento della neutralità climatica del settore del suolo entro il 2035 si fonda sui seguenti assi:

i) il rafforzamento del contributo del settore LULUCF alla decarbonizzazione, attraverso la fissazione di un obiettivo più ambizioso di assorbimenti netti di gas a effetto serra (si passa dai 225 ai 310 milioni di tonnellate di anidride carbonica nel 2030);

ii) il rafforzamento dell'obbligo per gli Stati di predisporre e presentare piani di mitigazione integrati per il settore del suolo, al fine di favorire sinergie tra le varie azioni di mitigazione;

iii) la previsione di obiettivi nazionali vincolanti di assorbimenti delle emissioni per il settore del suolo da conseguire nel 2030;

iv) il conferimento di un ruolo proattivo alla Commissione nel determinare, attraverso la formulazione di proposte, i contributi nazionali al target previsto per il 2035, ossia la neutralità climatica europea nel settore del suolo.

Occorre distinguere, però, tra i diversi periodi di conformità previsti dalla nuova disciplina. Mentre per il primo periodo di conformità (2021-2025) non si

¹⁷⁰ Tali problematiche, richiamate brevemente dalla relazione che precede la proposta, sono evidenziate e discusse approfonditamente nella valutazione di impatto che accompagna il nuovo regolamento. Si veda Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Report*, SWD(2021) 609 final, 14 luglio 2021, p. 8 ss.

¹⁷¹ Nelle intenzioni della Commissione, il nuovo settore regolamentato del suolo dovrebbe combinare al suo interno il settore LULUCF e quello agricolo, quest'ultimo relativamente alle emissioni generate diverse dall'anidride carbonica. I due settori sono oggi regolati da legislazioni differenti e, pur collegati da alcune (limitate) norme di flessibilità, sono sprovvisti di un obiettivo climatico integrato.

registrano cambiamenti o modifiche sostanziali del quadro regolatorio dettato dal vigente regolamento¹⁷², basato sulla regola aurea del “non debito”, il secondo periodo (2026-2030) si caratterizza per una decisa discontinuità con il regime precedente. Tale discontinuità può essere apprezzata sotto vari aspetti. Innanzitutto, in un’ottica di semplificazione, le regole e le categorie di contabilizzazione del suolo stabilite nel regolamento precedente e mutate dal regime di Kyoto cessano di essere applicate, in quanto rivelatesi di difficile attuazione amministrativa e di scarsa accuratezza nel misurare e monitorare le performance climatiche del settore. In secondo luogo, i meccanismi di flessibilità tra settore LULUCF e settori rientranti nell’*Effort Sharing* vengono riparametrati sugli obiettivi previsti dalla Normativa europea sul clima, al fine di evitare che le “flessibilità LULUCF” (la disponibilità di assorbimenti netti in eccesso nel settore del suolo), facilmente generabili dagli Stati, possano essere utilizzate sistematicamente da questi ultimi per garantire la conformità alle obbligazioni derivanti dal regolamento *Effort Sharing*, riducendo in questa maniera gli sforzi di mitigazione dei governi nazionali¹⁷³.

In terzo luogo, il target maggiorato di assorbimenti netti dell’Unione nel settore del suolo viene distribuito tra gli Stati sotto forma di obiettivi nazionali annuali vincolanti, in base alle emissioni e agli assorbimenti comunicati negli inventari dei gas a effetto serra ai sensi del regolamento “Governance”¹⁷⁴. La Commissione viene investita del compito di determinare, attraverso l’esercizio del suo potere normativo secondario (adottando, nella specie, atti di esecuzione ai sensi dell’art. 291 TFUE), gli obiettivi annuali vincolanti basati sulle emissioni e gli assorbimenti recenti di ciascuno Stato membro, delineando la traiettoria verso il conseguimento dei target nazionali di assorbimenti netti per il 2030.

Cambiano, quindi, gli assetti di governance: il conferimento di un ruolo maggiormente proattivo e incisivo alla Commissione va di pari passo con la previsione di un diverso sistema per monitorare e valutare la conformità delle misure nazionali rispetto agli obiettivi e, più in generale, la *compliance* degli Stati membri. Nello specifico, la verifica del rispetto da parte degli Stati degli obiettivi vincolanti viene effettuata in base alle norme e ai principi stabiliti dal regolamento sulla condivisione degli sforzi¹⁷⁵, che vengono applicati, *mutatis mutandis*, al settore LULUCF, con la previsione, in caso di inadempienza, di una sanzione di carattere non pecuniario per non conformità agli obiettivi assegnati, che dovrebbe costringere lo Stato ad uno sforzo supplementare per rispettare gli obiettivi di riduzione netta delle emissioni¹⁷⁶.

¹⁷² La spiegazione deve probabilmente rinvenirsi nella scelta, compiuta al momento dell’approvazione dell’attuale regolamento LULUCF, di rinviare al 2021 l’effettiva applicazione. Il nuovo regolamento ha voluto quindi tutelare l’affidamento riposto dagli Stati nel quadro regolatorio precedente, in un’ottica di continuità con la previgente disciplina, prevedendo un primo periodo di conformità ricalcato sostanzialmente sul vecchio regime.

¹⁷³ Si veda l’art. 7 della proposta di modifica del regolamento *effort sharing*, relativo all’uso supplementare degli assorbimenti netti risultanti dal settore LULUCF, nonché i considerando n. 16 e 18 del medesimo regolamento, dai quali emerge come la logica di fondo della disciplina sia quella di limitare l’utilizzo delle flessibilità LULUCF ai fini della conformità al regolamento *effort sharing*, imponendo un limite quantitativo all’utilizzo degli assorbimenti in eccesso nel settore del suolo.

¹⁷⁴ Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla governance dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima, 11 dicembre 2018.

¹⁷⁵ Per un’analisi dei quali si veda *supra* § 1.2.1.

¹⁷⁶ Si vedano il considerando n. 13 e l’art. 13 *quater* della proposta di revisione del regolamento LULUCF. Si tratta, nello specifico, di un’ammenda per non conformità dell’8 % sul divario

Il terzo periodo di conformità (2031-2035), che oltrepassa l'orizzonte temporale del pacchetto «*Fit for 55*», punta infine a conseguire a livello unionale la neutralità climatica del settore suolo entro il 2035. Tale settore dovrebbe combinare al suo interno il settore LULUCF e quello agricolo, per quanto concerne le emissioni diverse dalla CO₂ ad esso imputabili. La strategia per l'azzeramento delle emissioni nel nuovo comparto regolamentato del suolo si fonda essenzialmente sulle pianificazioni degli Stati in materia climatica ed energetica¹⁷⁷, da sottoporre al giudizio della Commissione, sulla base delle quali la stessa propone obiettivi individuali per gli Stati e misure a livello europeo per il periodo successivo al 2030.

3.4. La prospettiva “macro”: un quadro di sintesi delle principali iniziative europee in materia di protezione dei suoli e degli ecosistemi, tra *soft* e *hard law*

Benché la proposta di modifica del regolamento LULUCF sia l'unica iniziativa, all'interno del variegato pacchetto «*Fit for 55*», ad occuparsi espressamente di rafforzamento della capacità del suolo e degli ecosistemi di assorbire le emissioni di carbonio, la stessa non può essere analizzata in maniera atomistica. Esistono, infatti, numerose strategie e iniziative della Commissione che mirano alla protezione e al ripristino degli ecosistemi, al rafforzamento degli assorbimenti di carbonio basati sulla natura, alla valorizzazione delle foreste e al miglioramento della loro resilienza ai cambiamenti climatici, alla tutela dei suoli e al ripristino dei terreni degradati¹⁷⁸. Tali iniziative, elaborate e formalizzate attraverso strumenti tanto di *soft* quanto di *hard law*, operano in stretta sinergia con la disciplina LULUCF, cui sono direttamente o indirettamente connesse.

Nel prosieguo si darà brevemente conto, attraverso un quadro di sintesi, degli interventi e delle iniziative che appaiono più strettamente connessi con il regime LULUCF, evidenziando al contempo alcuni profili problematici sollevati da tali discipline.

3.4.1. La strategia dell'UE per la protezione dei suoli tra *weak* e *strong (ecological) sustainability*

Nel complesso di interventi preordinati al conseguimento degli obiettivi in materia di clima e biodiversità stabiliti dal *Green Deal* europeo, alcuni appaiono degni di precipua attenzione. Tra di essi risulta certamente annoverabile la

tra l'obiettivo di assorbimenti netti dello Stato per il 2030 e la riduzione netta delle emissioni effettivamente conseguita. Qualora uno Stato non riuscisse a rispettare, alla fine del secondo periodo di conformità, il target di assorbimenti netti previsto per il 2030, il divario di conformità (tra obiettivo assegnato e riduzione delle emissioni effettivamente conseguita), maggiorato della sanzione, verrebbe aggiunto al suo obiettivo previsto per il 2031.

¹⁷⁷ L'attività di pianificazione degli Stati si concretizza sostanzialmente nell'esplicitare, all'interno dei Piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNIEC), tempi e modalità del loro contributo al raggiungimento dell'obiettivo collettivo, fissato a livello unionale, della neutralità climatica del settore suolo.

¹⁷⁸ Le interconnessioni esistenti tra la proposta di revisione del regolamento LULUCF e le altre normative e azioni dell'Unione in materia climatica sono segnalate dalla stessa relazione di accompagnamento al nuovo regolamento (pp. 3-4), al fine di evidenziare la coerenza complessiva dell'intervento normativo europeo.

strategia dell'UE per il suolo per il 2030¹⁷⁹, ancorata alla strategia sulla biodiversità¹⁸⁰ e alla strategia di adattamento ai cambiamenti climatici¹⁸¹.

L'iniziativa, imperniata sulla combinazione di azioni volontarie e legislative finalizzate a garantire per il suolo lo stesso livello di protezione stabilito per l'acqua, l'ecosistema marino e l'aria, si fonda sulla previsione di alcuni obiettivi a medio termine entro il 2030, tra i quali figura l'assorbimento netto dei gas a effetto serra pari a 310 milioni di tonnellate di CO₂ equivalente nel settore LULUCF, che costituisce, dunque, una delle componenti essenziali di tale strategia¹⁸². Tra gli ambiziosi obiettivi a lungo termine, da conseguire entro il 2050, spiccano invece il consumo netto di suolo pari a zero, la riduzione dell'inquinamento a livelli non nocivi per la salute umana e gli ecosistemi naturali e, comunque, il suo confinamento entro soglie di sostenibilità per il pianeta – secondo i dettami della nota teoria scientifica dei «*Planetary Boundaries*»¹⁸³ – nonché il raggiungimento, a livello unionale, della neutralità climatica del settore suolo entro il 2035.

La Commissione si propone, in particolare, di presentare, entro il 2023, una proposta legislativa volta a garantire un buono stato di salute dei suoli in tutta l'Unione nel 2050, ossia ad assicurare che i medesimi siano in grado di fornire in modo continuativo il maggior numero possibile di una serie di servizi ecosistemici ritenuti essenziali per la salute e la vita dell'uomo¹⁸⁴.

La strategia conferma quindi la logica duplice alla base della protezione e preservazione dei suoli, quali naturali depositi di carbonio del pianeta, funzionali al conseguimento della neutralità climatica e, al contempo, preziosi patrimoni di biodiversità nonché fonti di fondamentali servizi ecosistemici.

Emerge, inoltre, lo stretto legame sussistente tra il suolo e l'economia circolare, radicato in termini generali nel pensiero ecologico e nella concettualizzazione che lo stesso offre della natura, quale sistema dinamico e circolare in grado di auto-perpetuarsi¹⁸⁵ e di rigenerare costantemente le proprie componenti secondo processi di autopoiesi¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Comunicazione *Strategia dell'Ue per il suolo 2030. Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima*, COM(2021) 699 final, 17 novembre 2021.

¹⁸⁰ Comunicazione *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita*, COM(2020)380, 20 maggio 2020.

¹⁸¹ Comunicazione *Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici. La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici*, COM(2021)82 final, 24 febbraio 2021.

¹⁸² Tra gli altri obiettivi, si segnalano il ripristino di terre, suoli ed ecosistemi degradati ricchi di carbonio, la lotta alla desertificazione e l'avanzamento delle operazioni di bonifica di suoli contaminati.

¹⁸³ Su cui si veda J. ROCKSTRÖM *et al.*, *Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity*, in *Ecology and Society*, vol. 14, n. 2, 2009. In estrema sintesi, la teoria scientifica dei limiti planetari identifica delle soglie-limite di tipo biofisico, relative a processi di larga scala in grado di impattare su fondamentali sistemi ecologici, il cui superamento condurrebbe al collasso degli ecosistemi e a cambiamenti ambientali globali catastrofici per la specie umana.

¹⁸⁴ Si tratta in particolare di: produrre alimenti e biomassa, anche in agricoltura e silvicoltura; assorbire, conservare e filtrare l'acqua e trasformare i nutrienti e le sostanze, in modo da proteggere i corpi idrici sotterranei; porre le basi per la vita e la biodiversità, compresi gli habitat, le specie e i geni; di fungere da serbatoio di carbonio; fornire una piattaforma fisica e servizi culturali per le persone e le loro attività; fungere da fonte di materie prime; costituire un archivio del patrimonio geologico, geomorfologico e archeologico.

¹⁸⁵ B. COMMONER, *The Closing Circle: Nature, Man, and Technology*, Random House Inc, New York, 1971.

¹⁸⁶ F. CAPRA-P.L. LUISI, *The Systems View of Life. A Unifying Vision*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Posto che il suolo rappresenta «la macchina per il riciclo più grande del pianeta», il suo utilizzo sostenibile e circolare diventa la chiave non solo per ridurre impermeabilizzazione e consumo (attraverso l'adozione di una gerarchia nella pianificazione territoriale)¹⁸⁷, ma anche – e in termini più generali – per assicurarne la sostenibilità in senso ecologico: la sostenibilità di un delicato e vulnerabile ecosistema all'interno del quale gli esseri umani conducono la propria vita individuale, sociale ed economica, la cui salute e integrità deve essere preservata e ripristinata in via prioritaria¹⁸⁸.

3.4.2. La protezione degli ecosistemi forestali tra politiche climatiche e strategie di mercato

Contestualmente alla strategia sul suolo, la Commissione ha adottato nuove strategie a protezione degli ecosistemi forestali¹⁸⁹ e ha proposto nuove norme per frenare la deforestazione e il degrado forestale¹⁹⁰, finalizzate a innalzare gli standard ambientali nell'Unione europea e nel mondo, secondo quel ruolo di *rule-maker* che porta l'Europa a esercitare il proprio “potere normativo”¹⁹¹, attraverso l'elaborazione di modelli di protezione ambientale in grado di influenzare e quindi, *de facto*, regolare i mercati globali¹⁹². In specie, la proposta di regolamento volta a frenare il disboscamento e il degrado forestale imputabili all'UE intende assicurare che i prodotti acquistati, usati e consumati nel mercato interno non contribuiscano al disboscamento e al degrado delle foreste nel mondo, obbligando le imprese che intendono commercializzare questi prodotti a esercitare la dovuta diligenza. Al contempo, la proposta prevede un sistema di “*benchmarking*” dei paesi finalizzato a valutarne il rispettivo livello di rischio di commercializzazione di prodotti e materie prime associati a pratiche di deforestazione e degrado forestale, sulla cui base modulare le obbligazioni degli operatori economici, dei *traders* e delle autorità degli Stati membri.

Si tratta perciò di una politica climatica che costituisce, a ben vedere, uno strumento di politica commerciale, con il quale l'Europa intende “ingiungere” agli Stati extra-UE di allinearsi agli standard e ai target europei in materia di riduzione delle emissioni e di tutela della biodiversità. È possibile ravvisare, in questo senso, un interessante parallelismo con il meccanismo di aggiustamento del carbonio alle frontiere (*Carbon Border Adjustment Mechanism*:

¹⁸⁷ Comunicazione *Strategia dell'Ue per il suolo 2030*, cit., pp. 8-11.

¹⁸⁸ Si veda al riguardo E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, cit. Nell'analizzare la strategia sulla biodiversità, che presenta numerosi punti di contatto con quella per il suolo, l'Autore evidenzia il carattere problematico del nuovo obiettivo della sostenibilità degli ecosistemi, in grado di entrare in conflitto con il principio dello sviluppo sostenibile e, più in generale, con la logica della costituzione sostanziale europea, in quanto obiettivo e limite esterno al mercato.

¹⁸⁹ Comunicazione *Nuova strategia dell'UE per le foreste per il 2030*, COM(2021) 572 final, 16 luglio 2021.

¹⁹⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla messa a disposizione sul mercato dell'Unione e all'esportazione dall'Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale e che abroga il regolamento (UE) n. 995/2010, COM(2021) 706 final.

¹⁹¹ R. FALKNER, *The European Union as a 'Green Normative Power'? EU Leadership in International Biotechnology Regulation*, in *Center for European Studies Working Paper Series*, 140, 2006, pp. 1-19.

¹⁹² A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, cit.

CBAM)¹⁹³ previsto nel pacchetto “Fit for 55” per prevenire il rischio di dispersione del carbonio (*carbon leakage*)¹⁹⁴, con cui l’Unione mira al contempo a difendere la competitività delle industrie europee.

Quanto alla nuova strategia forestale europea¹⁹⁵, la stessa conferma il ruolo doppiamente cruciale svolto dalle foreste quali pozzi naturali di assorbimento del carbonio – in un’ottica strumentale al raggiungimento della neutralità climatica – e quali ecosistemi preziosi depositari di una fetta consistente della biodiversità europea. La strategia è allineata con gli obiettivi di neutralità carbonica della Normativa europea sul clima ed è basata, tra l’altro, sulla previsione di incentivi finanziari, destinati in particolare ai proprietari e ai gestori privati di foreste, per la fornitura dei servizi ecosistemici. Viene in rilievo, a questo riguardo, il grande affidamento riposto dall’Unione europea nei confronti dei meccanismi di mercato. L’istituzione di sistemi di pagamento per la remunerazione di tali servizi ecosistemici, in quanto misura finalizzata alla salvaguardia della biodiversità, sembra, infatti, testimoniare una crescente fiducia nei meccanismi di carattere negoziale e nell’abbinamento tra diritti sulle risorse naturali e strumenti contrattuali¹⁹⁶. Emerge quindi una visione ancora tendenzialmente mercato-centrica, ispirata alla necessità di rendere monetizzabile il valore ambientale, secondo logiche di “*commodification*” della natura distanti concettualmente dall’approccio teorico dei beni comuni, che postulerebbe viceversa la sottrazione delle foreste al mercato e alle sue dinamiche.

3.4.3. Le sfide dei *global commons* e dell’approccio ecocentrico

Le foreste, se analizzate in un’ottica di salvaguardia della biodiversità, ossia di conservazione e ripristino delle essenziali funzioni ecosistemiche dalle stesse svolte, si prestano, tuttavia, ad essere inquadrare anche secondo logiche meno mercato-centriche, ovvero basate sull’emersione della categoria dei “*global commons*”¹⁹⁷, all’interno della quale è possibile distinguere tra due differenti approcci interpretativi. Il patrimonio forestale, infatti, può essere considerato nel prisma dei “*global public goods*” oppure valutato secondo una lettura che ne esalti, invece, la natura di “bene comune”.

A fronte di obiettivi comuni di lotta contro la deforestazione, il degrado e il

¹⁹³ Per una sintetica analisi del suo funzionamento, anche in relazione al tema dell’assegnazione gratuita delle quote di emissione, si veda *supra*, § 1.3.2.2.

¹⁹⁴ Tale espressione viene utilizzata per identificare il rischio di una rilocalizzazione delle produzioni europee ad alta intensità di carbonio in paesi extra-UE con politiche climatiche meno stringenti e standard ambientali più lassi.

¹⁹⁵ Comunicazione *Nuova strategia dell’UE per le foreste per il 2030*, cit.

¹⁹⁶ M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2019, pp. 155-178; sui sistemi di pagamento dei servizi ecosistemici, si veda J. FARLEY-R. COSTANZA, *Payments for ecosystem services: From local to global*, in *Ecological Economics*, 2010, 69, pp. 2060-2068; nonché A. LALLI, *I servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico-istituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 195-196, 2017, p. 39-82.

¹⁹⁷ Si può sostenere che alcuni beni naturali globali, come il sistema climatico, l’aria, l’acqua, i semi, i venti e la luce del sole, ma anche le foreste, possano essere inquadrati come beni comuni globali in vista delle funzioni ecologiche vitali che svolgono per la Terra e la sua popolazione. Questa interpretazione emerge anche nella Risoluzione del Parlamento europeo del 22 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti un quadro giuridico UE per fermare e invertire la deforestazione globale imputabile all’UE, nella quale viene evidenziata la necessità di considerare e proteggere le foreste antiche e primarie come beni comuni globali, riconoscendo ai loro ecosistemi uno status giuridico.

disboscamento illegale, l'elemento che fa da discriminare tra queste due impostazioni è costituito dalla modalità con cui vengono assunte le decisioni di *governance*¹⁹⁸: se la prima fa leva sul ricorso agli strumenti della cooperazione internazionale, la seconda, invece, valorizza il ruolo delle comunità locali nel governo delle risorse comuni, esaltando la gestione cooperativa e la capacità di auto-organizzazione dei c.d. *commoners*, come messo in luce dagli studi del premio Nobel Elinor Ostrom¹⁹⁹.

L'inquadramento delle foreste come *commons* non risulta funzionale unicamente a prospettare modelli gestori alternativi rispetto ai più tradizionali meccanismi di mercato, ma appare coerente anche con la possibilità di concettualizzare un differente approccio di custodia e tutela efficiente ed ecologicamente sostenibile delle risorse naturali incardinato sul paradigma sistemico-relazionale tipico del pensiero ecologico. Le foreste, in quanto beni che esprimono utilità ulteriori rispetto a quelle suscettibili di appropriazione individuale, sono, infatti, considerate parte del patrimonio di una comunità – locale o globale – che se ne prende cura avendo riguardo non solo al proprio interesse, ma soprattutto a quello delle generazioni future, essendo intrinseca nella nozione di *commons* anche la dimensione del dovere²⁰⁰. Viene in rilievo, in questo senso, un aspetto cruciale della visione ecosistemica, ossia la necessità di riconoscere la presenza di limiti allo sfruttamento dei beni ambientali da parte dell'uomo, in un'ottica di responsabilità finalizzata a garantire l'equilibrio dei sistemi ecologici. Siffatta impostazione si riflette sempre di più anche nel pensiero giuridico, ovvero nel rapporto tra diritto ed ecologia, con la progressiva affermazione di quelli che vengono definiti "principi ecogiuridici", tra i quali figura il principio di non regressione²⁰¹, che imporrebbe di non diminuire mai la soglia giuridica di protezione dei sistemi ecologici già garantita, richiedendo all'ordinamento giuridico di tendere verso un continuo miglioramento o, al limite, verso il consolidamento di un livello comunque adeguato di tutela. Tali principi ecogiuridici, postulando la preminenza dei limiti ecologici globali sui regimi sociali e di mercato, legittimerebbero una rilettura in chiave ecocentrica

¹⁹⁸ N. BRANDO-C. BOONEN-S. COGOLATI-R. HAGEN-N. VANSTAPPEN-J. WOUTERS, *Governing as commons or as global public goods: Two tales of power*, in *International Journal of the Commons*, 13(1), 2019, pp. 553-577.

¹⁹⁹ E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990. Il concetto di foreste come *commons* rinvia agli studi di quest'ultima che, nel suo lavoro seminale del 1990, ha definito otto principi di progettazione per governare lo sfruttamento sostenibile delle c.d. *common pool resources*. Fondamentali per la teoria elaborata dalla Ostrom sono state le analisi empiriche condotte su una serie di risorse su scala locale, che hanno mostrato l'esistenza e la validità di una pluralità di forme auto-organizzate di azione collettiva, basate su accordi istituzionali, variamente disegnati dagli stessi attori implicati nella gestione della risorsa, denominati *commoners*. I beni comuni sono arrivati, in questo modo, a rappresentare un «modello alternativo di organizzazione sociale» che va oltre la dicotomia Stato-mercato, nella misura in cui viene superata la prospettiva della mera alternativa tra la regolazione *market-based*, ancorata alla definizione di precisi diritti di proprietà che proteggono l'uso esclusivo delle risorse da parte di chi le acquista (modello seguito nell'EU ETS), e l'intervento dello Stato, operato mediante l'emanazione di leggi che ne limitano le possibilità di utilizzazione individuale e collettiva.

²⁰⁰ Si veda al riguardo M. MONTEDURO-S. TOMMASI, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale SISDiC (Napoli, 8-9-10 maggio 2014), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 161 ss.

²⁰¹ M. PRIEUR-G. SOZZO (a cura di), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012; M. PRIEUR-G. GARVER, *Non-regression in environmental protection: a new tool for implementing the Rio principles*, in *Future Perfect, Rio+20*, giugno 2012, Tudor Rose/UN, p. 30 ss.

del concetto di *rule of law*, da intendersi più propriamente come «*rule of ecological law*»²⁰², e spingerebbero verso l'instaurazione di un nuovo paradigma giuridico fondato su un «*ecological legal order*»²⁰³.

3.5. Valutazioni conclusive circa l'idoneità degli strumenti a realizzare gli obiettivi previsti e osservazioni critiche

Alla luce della disamina fin qui condotta, è possibile formulare alcune osservazioni conclusive, tenendo conto della duplice prospettiva (“micro” e “macro”) attraverso la quale è stata condotta l'indagine.

Come sottolineato, il nuovo regolamento LULUCF proposto dalla Commissione apporta una serie di modifiche al precedente regime del 2018, sia di ordine quantitativo che qualitativo. Le seconde, segnatamente, corrispondono al rafforzamento delle misure, ascrivibili alla strumentazione di comando e controllo, che impongono agli Stati membri il raggiungimento di obiettivi vincolanti di assorbimenti delle emissioni per il settore del suolo da conseguire nel 2030. Evidente appare il parallelismo con il regolamento *Effort Sharing*, sulla cui falsariga sembra essere stata predisposta la disciplina concernente il settore del suolo, sia in termini di target di assorbimenti netti dell'Unione distribuito tra gli Stati sotto forma di obiettivi nazionali annuali vincolanti, sia avendo riguardo ai meccanismi di *governance* saldamente ancorati alle mani della Commissione. Se chiara risulta l'intenzione di rendere maggiormente incisivo il ruolo proattivo di quest'ultima, alcuni dubbi emergono, tuttavia, sulla sua capacità di *enforcement* relativamente al rispetto degli obiettivi climatici, apparendo debole e scarsamente deterrente la sanzione prevista dal regolamento in caso di inadempienza degli Stati.

Si registra, inoltre, una certa tendenza al “gradualismo”²⁰⁴, espressione della volontà delle istituzioni europee di procedere per passaggi progressivi. Tale approccio gradualista è rinvenibile nella previsione di due diversi periodi di conformità previsti dalla disciplina – dei quali il primo mantiene immutata la regolamentazione dettata dal precedente regolamento, basata sulla “*no-debit rule*”, e il secondo, dal 2026 al 2030, prevede, invece, l'entrata in vigore effettiva delle nuove previsioni – nonché nel mantenimento di meccanismi di flessibilità intersettoriale volti ad affrontare e mitigare il rischio di non *compliance* da parte degli Stati membri.

Infine, l'analisi fin qui condotta consente di evidenziare una tensione imminente allo stesso progetto regolatorio del *Green Deal* europeo, nella misura in cui viene in rilievo una discrasia tra la visione programmatica espressa dai documenti di *policy* e dalle strategie, tendente a accordare una primazia assiologica all'interesse ecologico e alla sostenibilità degli ecosistemi²⁰⁵, e l'artico-

²⁰² G. GARVER, *The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics*, in *Sustainability*, 5, 2013, pp. 316-337.

²⁰³ F. CAPRA-U. MATTEI, *The Ecology of Law. Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berret-Koehler Publishers, 2015.

²⁰⁴ Sul gradualismo come metodo scientifico nella complessità amministrativa, si veda G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 3, 2018, p. 110 ss.

²⁰⁵ E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, cit., ove si evidenzia come, nel formulare e articolare un obiettivo politico di protezione e ripristino della salute e dell'integrità degli ecosistemi, il *Green Deal* europeo «de-

lazione legislativa degli obiettivi di tali atti non vincolanti, ispirata ad una ben più tradizionale logica di composizione e bilanciamento degli interessi in gioco. Tale iato sembra emergere con particolare riferimento al principio del “non nuocere” all’ambiente²⁰⁶, espresso inizialmente dalla Commissione in termini deontologici più che consequenzialisti, e successivamente mitigato, secondo un processo di “normalizzazione”, al momento della sua formalizzazione e traduzione legislativa.

Sezione IV – Misure a carattere sociale²⁰⁷

4.1. Gli obiettivi sul fronte sociale del pacchetto «Fit for 55»

Nell’ambito del pacchetto «Fit for 55», la Commissione ha affermato la necessità di accompagnare la transizione ecologica con misure di carattere sociale, capaci di distribuire in modo equo costi e vantaggi delle stesse e anche di ridurre le disuguaglianze oggi esistenti²⁰⁸.

A tale scopo, il pacchetto ha proposto l’istituzione di un nuovo Fondo sociale per il clima (FSC)²⁰⁹ e il rafforzamento del Fondo per la modernizzazione (FM)²¹⁰, strumenti che andranno ad aggiungersi al Fondo europeo per la transizione giusta (EJTF)²¹¹.

In via preliminare, per inquadrare le misure sociali del pacchetto *Fit for 55*, si rende necessario illustrare gli obiettivi del FSC e del FM, giustapponendoli a quelli dell’EJTF.

Per quanto riguarda il FSC, l’obiettivo specifico è orientato al sostegno di soggetti vulnerabili (famiglie, microimprese e utenti), nella prospettiva di assicurare loro forme di *sostegno diretto temporaneo al reddito, nonché misure e investimenti nell’ambito di settori specifici, ossia edilizia e trasporti*²¹². *In sostanza, si tratta di fronteggiare le conseguenze dell’estensione dell’ETS, evi-*

parts from the ‘ecological modernization’ movement (...) and endorses the genuinely different concept of ‘ecological primacy’.

²⁰⁶ Il principio, che dovrebbe guidare le politiche e le azioni dell’Unione orientate alla transizione ecologica, è contenuto nella Comunicazione sul *Green Deal europeo* (p. 19), dove assume le fattezze di un “giuramento verde” («*green oath*») e di un impegno a non arrecare alcun danno all’ambiente.

²⁰⁷ Pur essendo la presente sezione frutto di una riflessione comune dei due autori, la redazione del testo è stata curata da Simone Franca, cui sono imputabili le considerazioni svolte nei §§ 4.1., 4.2., 4.3., 4.4., 4.4.1., 4.4.3., 4.4.4., 4.4.4.2.; a Gianluca Scarano sono imputabili le considerazioni svolte nei §§ 4.4.2 e 4.4.4.1.

²⁰⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione, «*Pronti per il 55 %*», cit., p. 5 ss. Sulla riconducibilità del pacchetto ad una logica redistributiva, a complemento e supporto della regolazione economica cfr. E. CHITI, *Managing the ecological transition*, cit., p. 32.

²⁰⁹ Oggetto della proposta di regolamento che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.

²¹⁰ Riforma proposta nell’ambito della proposta di direttiva (UE) che modifica la direttiva 2003/87/CE, cit.

²¹¹ Introdotto con regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta. La disciplina del Fondo è completata nel Regolamento UE 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l’acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

²¹² V. art. 1, par. 4 della proposta di regolamento che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.

tando che conducano ad un incremento della povertà energetica²¹³.

Con riferimento al FM, la sua revisione si colloca nella più ampia riforma del sistema di scambio di quote²¹⁴ contenuta nella proposta di direttiva COM(2021)551. Entro questo processo di riforma, l'obiettivo del FM consiste nel fronteggiare gli effetti distributivi e sociali della transizione, finanziando unicamente gli Stati membri con un PIL *pro capite* a prezzi di mercato inferiore ad una data soglia percentuale rispetto alla media dell'Unione²¹⁵.

Per quanto riguarda, infine, lo EJTF, esso si distingue per una maggiore ampiezza, ponendosi l'obiettivo di consentire alle regioni e alle persone di affrontare gli effetti sociali, occupazionali, economici e ambientali della transizione verso gli obiettivi 2030 dell'Unione²¹⁶.

4.2. Lo status quo: il finanziamento delle misure a carattere sociale tra Fondo per la transizione giusta e Fondo per la modernizzazione

Come anticipato, tramite il FM e lo EJTF il legislatore eurounitario era già intervenuto a prevedere la possibilità di finanziare misure a carattere sociale.

Al fine di poter apprezzare la portata dei due fondi è opportuno passarne in rassegna alcune caratteristiche, in particolare: dotazione finanziaria; destinatari; tipologie di misure previste; *governance* dei fondi.

Per quanto riguarda lo EJTF, esso ha una dotazione finanziaria di circa 17,5 miliardi²¹⁷. Le risorse sono stanziare a tutti gli Stati membri, per essere impiegate a favore di tutti i cittadini, pur se un particolare risalto è dato ai soggetti vulnerabili²¹⁸.

La dotazione è destinata al finanziamento di misure sociali, fra cui figurano misure per il miglioramento delle competenze e riqualificazione professionale dei lavoratori, per l'assistenza nella ricerca di lavoro e per l'inclusione attiva delle persone in cerca di lavoro, nonché misure relative ad «altre attività nei settori dell'istruzione e dell'inclusione sociale»²¹⁹, secondo quanto previsto dal regolamento istitutivo²²⁰. Le risorse complessive, tuttavia, sono destinate a finanziare anche misure di tipo differente, come iniziative imprenditoriali e attività nell'ambito di ricerca e innovazione tecnologica, nel quadro dei piani per la transizione giusta²²¹. La *governance* dell'EJTF è strutturata in modo da eroga-

²¹³ Sul punto, cfr. E. BULBÜL, *Fit for 55: is the social climate fund fit from an energy justice perspective?*, in *L'Europe en Formation*, 2021, p. 108. Occorre considerare, infatti, che il *carbon pricing* come strumento di *policy* può avere un effetto regressivo, impattando maggiormente sulle classi più povere nei Paesi industrializzati, laddove non accompagnato dalle opportune misure di *revenue recycling*. Sul punto, per tutti, cfr. D. KLENERT-L. MATTAUCH, *Carbon Pricing for Inclusive Prosperity: The Role of Public Support*, in *econfip.org*, 2019, p. 4.

²¹⁴ Sulla portata di tale riforma si veda *supra* sez. I.

²¹⁵ Cfr. *infra* §§ 4.2-4.3.

²¹⁶ Si v. art. 2 del regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.

²¹⁷ Questo ammontare è disponibile per il periodo 2021-2027. 7,5 miliardi sono finanziati nel quadro finanziario pluriennale (art. 3 regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.) e altri 10 miliardi nell'ambito di NextGenerationEU (art. 4 regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.).

²¹⁸ Cfr. Considerando 13 e 15 del regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.

²¹⁹ Queste ultime includono anche, se giustificato, investimenti in infrastrutture per centri di formazione, strutture per la cura dell'infanzia e l'assistenza agli anziani (art. 8, par. 2, lett. o) regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.).

²²⁰ Cfr. Art. 8, par. 2, lett. k)-o) regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.

²²¹ Cfr., art. 8, par. 2, lett. a)-j) regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.

re le risorse del Fondo – individuate in base alla previa determinazione della dotazione attribuita a ciascuno Stato membro²²² – a condizione²²³ che lo Stato richiedente abbia elaborato uno o più piani per la transizione giusta²²⁴. Tali piani devono essere approvati poi dalla Commissione²²⁵ e sottoposti a monitoraggio secondo le regole dei fondi attuati in gestione concorrente²²⁶.

Con riferimento al FM esso ha una dotazione di circa 14 miliardi²²⁷, somma destinata, attualmente, agli Stati membri con un PIL pro capite, a prezzi di mercato, inferiore al 60 % della media dell'Unione nel 2013 (Bulgaria, Croazia, Estonia, Lituania, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia e Ungheria).

Le risorse del FM sono utilizzate per finanziare, per il 70%, investimenti prioritari, ossia investimenti a favore dell'efficienza energetica nei settori dei trasporti, dell'edilizia, dei rifiuti e dell'agricoltura, nonché misure sociali di sostegno a famiglie a basso reddito per far fronte alla povertà energetica e di finanziamento per il reimpiego, la riqualificazione e lo sviluppo delle competenze dei lavoratori²²⁸; la quota restante può essere impiegata in settori non indicati all'art 10-*quinquies*, purché non rivolti ai combustibili fossili, benché sia prevista la possibilità di finanziare il teleriscaldamento alimentato a combustibili fossili.

La *governance* del Fondo è molto semplificata: nel caso di investimenti prioritari, le proposte sono valutate dalla BEI che ne dà informazione al Comitato per gli investimenti (Cpl)²²⁹; nel caso di investimento non prioritario, si ha una procedura aggravata, in cui la valutazione è duplice da parte del Cpl e della BEI²³⁰.

²²² L'allegato I al regolamento (UE) n. 2021/1056, cit. prevede la dotazione per ciascuno Stato membro, mentre la ripartizione annuale per ciascuno Stato membro è determinata sulla base di una decisione della Commissione, adottata in base all'art. 3, par. 4 del regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.

²²³ Il tema delle condizionalità cui subordinare l'erogazione delle risorse è stato molto dibattuto prima di addivenire alla soluzione attuale. Su tale dibattito cfr. A. KYRIAZI-J. MIRÓ, *Towards a socially fair green transition in the EU? An analysis of the Just Transition Fund using the Multiple Streams Framework*, in *Comparative European Politics*, 2022, p. 14 ss., ove, all'esito dei triloghi del 9 dicembre 2020, si individua il risultato come ispirato a una *conditionality-based governance*.

²²⁴ Cfr. art. 11 regolamento (UE) n. 2021/1056, cit. che prevede il coinvolgimento di attori pubblici, da leggere in combinato disposto con gli artt. 10 ss. regolamento (UE) n. 2021/1060, cit., che invece disciplinano la sottoscrizione di accordi di partenariato con altri soggetti portatori di interessi (oggetto di valutazione ai sensi dell'art. 23 regolamento (UE) n. 2021/1060, cit.). Si segnala che, laddove lo Stato non si sia impegnato a *conseguire l'obiettivo di neutralità climatica dell'Unione entro il 2050, l'ammontare di risorse a sua disposizione viene diminuito del 50%* (cfr. art. 7, par. 1 regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.).

²²⁵ Cfr. art. 10, par. 1 regolamento (UE) n. 2021/1056, cit., ai sensi del quale la Commissione approva ciascun programma qualora l'individuazione dei territori maggiormente danneggiati dal processo di transizione, indicata nel piano per una transizione giusta, sia debitamente giustificata e se tale piano sia coerente con il piano nazionale per l'energia e il clima dello Stato membro interessato.

²²⁶ Cfr. regolamento (UE) n. 1060/2021, cit.

²²⁷ Il Fondo ammonta a circa 14 miliardi (2% dell'ETS cap). Il dato è rinvenuto in: https://ec.europa.eu/clima/eu-action/funding-climate-action/modernisation-fund_en 15 gennaio 2022 e può variare in base al prezzo del carbonio.

²²⁸ Cfr. art. 10-*quinquies*, par. 2, della direttiva 2003/87/CE, cit.

²²⁹ Il Comitato per gli Investimenti, a mente dell'art. 10-*quinquies* della direttiva 2003/87/CE, cit., è composto da un rappresentante per ciascuno Stato membro beneficiario, tre rappresentanti degli Stati membri non beneficiari, un rappresentante della BEI e un rappresentante della Commissione.

²³⁰ Cfr. art. 7, par. 1 del regolamento (UE) n. 2020/1001 della Commissione, del 9 luglio 2020, recante modalità di applicazione della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del

Per quanto riguarda il monitoraggio, esso prevede la compartecipazione di Stati Membri, Cpl, BEI e Commissione ²³¹.

4.3. I nuovi strumenti dedotti nel pacchetto «Fit for 55»: la riforma del Fondo per la Modernizzazione e l'introduzione del Fondo sociale per il clima

Tramite il pacchetto «Fit for 55», come anticipato, la Commissione propone la modifica del FM e la creazione del FSC.

Rispetto al FM, le modifiche operate possono essere sintetizzate in almeno quattro punti.

In primo luogo, si ha un ampliamento della dotazione finanziaria di circa 8,75 miliardi, corrispondente al 2,5% delle quote messe all'asta tra la data di entrata in vigore della proposta e il 2030 ²³².

In secondo luogo, la nuova quota del 2,5 % ha una platea più ampia di beneficiari. Se per l'ammontare equivalente al 2% dell'ETS cap i beneficiari erano (e restano) quelli individuati *supra*, per l'ammontare aggiuntivo equivalente al 2,5% dell'ETS cap, sono beneficiari anche gli Stati membri con un PIL pro capite a prezzi di mercato inferiore al 65 % della media dell'Unione nel corso del periodo dal 2016 al 2018, ossia anche Grecia e Portogallo ²³³.

In terzo luogo, la quota di risorse del fondo riservate a investimenti prioritari passa da 70% a 80%, sicché si riduce la quota di risorse che può essere destinata a finanziare investimenti non prioritari.

In quarto luogo, viene esclusa la possibilità di usare il FM per finanziare il teleriscaldamento con combustibili fossili ²³⁴: in questo modo, il fondo si indirizza con maggiore rigore al finanziamento della transizione ecologica.

Con riferimento all'introduzione del FSC può invece rilevarsi quanto segue.

Come già specificato ²³⁵, il fondo permette il finanziamento di misure sociali nei settori dei trasporti e dell'edilizia e la sua dotazione finanziaria ammonta a circa 72,5 miliardi ²³⁶ e, benché sia rivolto a tutti gli SM, i destinatari sono prevalentemente specifici soggetti ossia famiglie, microimprese e utenti vulnerabili ²³⁷.

Tramite il FSC è possibile finanziare misure riguardanti l'efficienza energetica e i trasporti a zero emissioni, oltre a misure a carattere sociale come: ga-

Consiglio per quanto riguarda il funzionamento del Fondo per la modernizzazione che sostiene gli investimenti finalizzati a modernizzare i sistemi energetici e migliorare l'efficienza energetica di determinati Stati membri.

²³¹ Cfr. artt. 13 ss. regolamento (UE) n. 2020/1001, cit.

²³² Cfr. art. 3-*nonies*, par. 11 (a) della proposta di direttiva (UE) che modifica la direttiva 2003/87/CE, cit.

²³³ Si v. art. 3-*nonies*, par. 11 (a) della proposta di direttiva (UE) che modifica la direttiva 2003/87/CE, cit.

²³⁴ La rimozione dell'eccezione è evidenziata nella proposta di direttiva (UE) che modifica la direttiva 2003/87/CE, cit., p. 12.

²³⁵ Cfr. *supra* § 4.2.

²³⁶ Nella specie, la dotazione finanziaria del Fondo ammonta a 23,7 miliardi di euro per il periodo 2025-2027 e a 48,5 miliardi di euro per il periodo 2028-2032 (articolo 9), cioè a circa il 25 % dei proventi attesi dalla vendita all'asta di quote nell'ambito dell'ETS. Gli investimenti finanziabili sulla base dei piani sociali per il clima (su cui vedi *infra*) saranno finanziati per metà con risorse del Fondo e per metà da parte dello Stato membro destinatario delle risorse (cfr. proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, p. 11).

²³⁷ Sulla nozione di soggetti vulnerabili, cfr. art. 2, par. 11, 12 e 13 della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.

rantire l'accessibilità economica del riscaldamento, del raffrescamento e della mobilità; forme di sostegno diretto temporaneo al reddito per ridurre l'impatto dell'aumento del prezzo dei combustibili fossili derivante dall'inclusione dell'edilizia e del trasporto su strada nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/87/CE²³⁸.

La *governance* si segnala per essere particolarmente strutturata, basata sulla pianificazione degli interventi entro piani sociali per il clima²³⁹, approvati dalla Commissione²⁴⁰, mentre il monitoraggio è operato in sinergia da Stati Membri e Commissione²⁴¹.

4.4. Valutazione critica delle misure a carattere sociale dedotte nel pacchetto «Fit for 55»

Rispetto al quadro sinora sintetizzato possono essere avanzate alcune valutazioni critiche tanto in relazione agli obiettivi, quanto agli strumenti descritti, con particolare riferimento alla struttura dei fondi e ad alcune delle misure finanziabili sulla base di essi.

4.4.1. L'idoneità degli obiettivi: profili generali

Per quanto riguarda gli obiettivi, va considerato che, se appare importante garantire la massima ampiezza dell'impatto sociale da prendere in considerazione rispetto alla transizione ecologica²⁴², appare opportuno che gli obiettivi siano sufficientemente circostanziati.

In questo senso, una possibile criticità si rinviene rispetto all'individuazione dei soggetti vulnerabili, categoria richiamata rispetto all'EJTF e al FSC. Una definizione di tali soggetti è presente solo nella proposta relativa al FSC, ma presenta tratti di vaghezza, nella misura in cui i soggetti vulnerabili coincidono con coloro che risentono «*in modo significativo dell'impatto sui prezzi dell'inclusione dei settori di trasporti ed edilizia nell'ambito applicativo della direttiva 2003/87/CE*»²⁴³. È evidente che la corretta individuazione dei soggetti vulnerabili non può che essere rimessa agli Stati membri – e, in particolare, ai soggetti pubblici e agli attori della società civile che in essi operano – in quanto questi ultimi si trovano nella migliore posizione per poter individuare, nei rispettivi territori, tale tipologia di soggetti²⁴⁴. Senza peraltro trascurare la difficoltà nell'individuare i soggetti vul-

²³⁸ Cfr. in part. Considerando 13 della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.

²³⁹ Cfr. artt. 3-4 della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit. Inoltre, si precisa che l'erogazione delle risorse è subordinata al raggiungimento degli obiettivi e traguardi intermedi indicati nei piani (art. 5 della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.).

²⁴⁰ Cfr. art. 15 della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.

²⁴¹ Cfr. artt. 21 ss. della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.

²⁴² Si veda la nozione di impatto sociale chiarita in F. VANCLAY-A.M. ESTEVES-I. AUCAMP-E. RESEARCH-D.M. FRANKS, *Social Impact Assessment: Guidance for Assessing and managing the social impact of projects*, International Association for Impact Assessment 2015, p. 3.

²⁴³ Cfr. art. 2, par. 11, 12 e 13 della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.

²⁴⁴ Tale circostanza conferma l'importanza di una *governance* maggiormente partecipata nella gestione dei fondi. Su tale profilo si tornerà *infra* al § 4.3.

nerabili, una nozione generica di vulnerabilità appare foriera di incertezze, considerando che la vaghezza di un elemento centrale nella definizione dell'obiettivo delle misure può portare più facilmente allo sviluppo di dinamiche corruttive che sono frequenti nella fase di gestione dei fondi ²⁴⁵.

4.4.2. L'idoneità degli obiettivi nel prisma delle politiche del lavoro

A ciò occorre aggiungere, più in generale, la necessità che gli obiettivi si colleghino più strettamente alla previsione dei fabbisogni di competenze e risultati occupazionali attesi. Questi diventano prerequisiti fondamentali, affinché si possa raggiungere un intervento efficace sul mercato del lavoro, tanto sul fronte di politiche "passive", quanto su quello di politiche "attive" ²⁴⁶. Nel primo ambito, per i lavoratori interessati dalla transizione ecologica, la stabilità del reddito è essenziale. L'assicurazione contro la disoccupazione e altri programmi che offrono sostegno al reddito a chi viene licenziato sono pertanto imprescindibili. Questo riguarda soprattutto i lavoratori vulnerabili e le loro comunità, al fine di scongiurare il rischio che ricadano su di loro gli oneri più gravosi della transizione ecologica. I posti di lavoro creati potrebbero essere inferiori o superiori in termini di soddisfazione dei dipendenti e di retribuzione, per esempio, e questo dovrebbe essere preso in considerazione quando si progettano i programmi di riqualificazione. Ci si riferisce all'offerta di adeguati servizi per l'occupazione, per cui è essenziale ²⁴⁷: far corrispondere i posti di lavoro con i candidati qualificati; promuovere il benessere dei dipendenti; facilitare la formazione sul posto di lavoro e fuori dal posto di lavoro; garantire reti di sicurezza per l'occupazione, insieme a misure per facilitare la mobilità del lavoro, come le sovvenzioni per il trasferimento.

4.4.3. L'idoneità degli strumenti: la dotazione finanziaria e la governance dei fondi

Concentrandosi sulle criticità che riguardano i regimi dei Fondi, e prescindendo dai problemi concernenti il reperimento delle risorse per finanziarli ²⁴⁸, giova osservare, anzitutto, uno squilibrio che riguarda la dotazione finanziaria di questi: l'EJTF, infatti, nonostante abbia gli obiettivi più ambiziosi e l'ambito applicativo più ampio (non essendo né settoriale come il FSC né destinato solo ad alcuni Stati membri come il FM), si caratterizza, paradossalmente, per essere anche il fondo meno finanziato (17,5 miliardi, a fronte dei 72,5 del FSC e dei 20 del FM) ²⁴⁹.

²⁴⁵ Su questi problemi cfr. OECD, *Fraud and corruption in European structural and investment funds a spotlight on common schemes and preventive actions*, in *Oecd.org*, 2019. Si consideri che tra il 2013 e il 2017 la Commissione e gli SM hanno riscontrato più di 4000 irregolarità potenzialmente fraudolente nella gestione di fondi europei (dati tratti da https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/reports/2019/tackling-fraud-in-eu-cohesion-spending-managing-authorities-need-to-strengthen-detection-response-and-coordination, aggiornato al 15 gennaio 2022).

²⁴⁶ V.K. BOHNENBERGER, *Greening work: labor market policies for the environment*, in *Empirica*, 2022.

²⁴⁷ Cfr. V. CZAKO, *Employment in the Energy Sector*, JRC Science for Policy Report, Lussemburgo, 2020.

²⁴⁸ In tema cfr. L. LIONELLO, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, cit., p. 133 ss., nonché *supra* § 2.4.4.

²⁴⁹ Si segnala, peraltro, che è stata rilevata l'inidoneità dello stanziamento a favore del FSC,

Ulteriori considerazioni possono essere svolte con riferimento alla governance dei fondi.

Per quanto attiene alla fase di progettazione degli interventi, nell'ambito dei diversi fondi, un primo profilo critico consiste nell'assegnare la regia ai singoli Stati Membri. Pur se i contenuti delle proposte sono dettagliati dalle norme che li disciplinano, si segnala che le istituzioni eurounitarie hanno uno scarso margine di intervento rispetto al *drafting*, laddove la programmazione degli interventi sia poco ambiziosa²⁵⁰, tenendo conto altresì della differente capacità pianificatoria degli Stati²⁵¹.

Un altro profilo critico, sempre in questa fase, attiene al tasso di partecipazione degli *stakeholders*. Nella fase propositiva, in effetti, le proposte mostrano generalmente²⁵² indifferenza rispetto al coinvolgimento di altri attori istituzionali, degli operatori del mercato e della società civile. Invece, la previsione della partecipazione di questi soggetti potrebbe garantire un rafforzamento della legittimazione delle proposte senza con ciò pregiudicare l'autonomia procedurale degli SM²⁵³.

Sarebbe, inoltre, auspicabile allineare i sistemi di monitoraggio tra i diversi fondi, in modo anche da favorire un maggiore raccordo tra di essi, cosicché eventuali irregolarità rispetto all'impiego di uno di essi possa attivare il controllo anche rispetto a finanziamenti riconducibili agli altri²⁵⁴. In particolare, la previsione, di requisiti più stringenti sui sistemi di monitoraggio nazionali, sul mo-

dato che esso deve essere funzionale a proteggere i soggetti vulnerabili e, al tempo stesso, finanziare investimenti *green*. In tema cfr. E. BÜLBÜL, *Fit for 55*, cit., p. 120; C. DEFARD, *A social climate fund for a fair energy transition*, in *Institutdelors.eu*, 2021, p. 5.

²⁵⁰ Con espresso riferimento al FSC, cfr. C. DEFARD, *A social climate*, cit., p. 5. Il punto è critico se si tiene conto che la gestione decentrata dei fondi deve comunque far sì che siano contemperati l'interesse dell'Unione e l'interesse dello SM beneficiario (cfr., con riferimento ai fondi strutturali, sul punto, B. MARCHETTI, *Fondi strutturali e tutela giurisdizionale: variazione degli schemi regolatori e conseguenze sull'architettura giudiziaria dell'UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2012, p. 1111).

²⁵¹ Sempre con riguardo al FSC, cfr. B. GALGÓCZI, *Is Europe socially fit for the 'Fit for 55' package?*, in *Socialeurope.eu*, 2021, ove si ritiene che la differente capacità amministrativa degli SM renda difficile ipotizzare uno stesso grado di abilità nella pianificazione. Con riguardo al FM, tale circostanza appare critica, giacché l'assenza di tale capacità in capo agli Stati beneficiari delle risorse del FM (specie quelli di recente entrata nell'UE) può riverberarsi sulla gestione dei fondi. Su tale questione, cfr. N.-C. SURUBARU, *Administrative and political embeddedness. How to improve the institutional environments dealing with the management and implementation of EU Structural and Investment Funds? The experience of new member States*, in J. BACHTLER et al. (ed.) *EU Cohesion policy: reassessing performance and direction*, Routledge, 2017, p. 172 ss. Si noti, infine, che la difficoltà nell'impiego dei fondi è incrementata anche dalla necessità di tenere conto della disciplina in tema di aiuti di Stato, necessità che trova fondamento anche nelle proposte (v. Considerando 29 della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit. e Considerando 16 regolamento (UE) n. 2021/1056, cit.): sull'incerto raccordo col regime relativo agli aiuti di Stato, si rinvia anche a *supra* § 2.4.4.).

²⁵² Fa eccezione lo ETJF, ove si prevede la possibilità di sottoscrivere accordi di partenariato (cfr. artt. 10 ss. regolamento (UE) n. 2021/1060, cit.).

²⁵³ Rispetto alla valorizzazione di una *governance* partecipata nell'ottica della transizione ecologica, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione*, cit., pp. 432-440. Criticità rispetto allo scarso rilievo della partecipazione degli *stakeholders* sono state avanzate rispetto allo EJTF (cfr. A. KYRIAZI-J. MIRÓ, *Towards a socially fair green transition*, cit., p. 18), ma anche con riguardo al FSC (E. BÜLBÜL, *Fit for 55*, cit., p. 123 ss.).

²⁵⁴ In questo senso si potrebbe impiegare il modello delle regole relative al sistema informativo e di monitoraggio nel solco dell'interoperabilità stabilito per il FSC (v. art. 20, par. 40 della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.), posto che anche al Considerando 72 del regolamento (UE) n. 2021/1060, cit., con riferimento all'EJTF, si fa riferimento a questo tema.

dello dello EJTF, appare particolarmente utile per guidare gli SM, allineandoli così ad uno *standard* comune, senza considerare che essendo un regime già consolidato, non è ad essi sconosciuto²⁵⁵.

4.4.4. L'idoneità delle misure finanziabili

Un ultimo gruppo di riflessioni va svolta rispetto al tenore delle misure a carattere sociale finanziabili attraverso i fondi, in particolare misure di riqualificazione professionale e di sostegno al reddito.

4.4.4.1. Le misure di riqualificazione professionale

Anzitutto, l'ampia discrezionalità degli SM – pur sotto il controllo delle autorità competenti afferenti all'ordinamento eurounitario – potrebbe tradursi nell'adozione di misure poco strutturate e troppo generiche, pensate in una logica compensativa, col rischio di non inserirsi entro un quadro sufficiente di interventi di politica attiva.

Si consideri, ad esempio, la possibilità di finanziare misure di riqualificazione professionale. La riqualificazione professionale deve essere riconfigurata in maniera tale da creare processi di mobilità lavorativa da settori meno sostenibili ed evitare il rientro in questi ultimi. Questo obiettivo per essere raggiunto richiede un cambio di paradigma negli approcci di *policy* esistenti. Interventi di riqualificazione professionale vengono, infatti, solitamente erogati quando i settori affrontano licenziamenti di massa. Ciononostante, in questi casi i programmi di riqualificazione – certamente necessari – hanno poco impulso trasformativo, dal momento che intervengono laddove potenziali processi di ristrutturazione aziendale sono stati già vanificati. Sarebbe, al contrario, più efficace indirizzare la riqualificazione ai lavoratori dei settori (ancora) redditizi, ma meno sostenibili. Questo approccio non è sempre facile, perché molte professioni in settori non sostenibili sono ben remunerate. Allo stesso modo, non è da escludere il rischio che i lavoratori abusino della riqualificazione per rilanciare le loro carriere negli stessi settori non sostenibili. In questi casi, i programmi di riqualificazione potrebbero andare a costituire un incentivo economico per industrie non sostenibili, rendendo il settore più competitivo e ritardando la sua graduale eliminazione²⁵⁶.

4.4.4.2. Le misure di sostegno temporaneo al reddito

Per quanto attiene più specificamente alle misure di sostegno temporaneo al reddito, merita attenzione la disciplina relativa al FSC. Secondo la proposta, le misure di sostegno al reddito finanziate tramite il FSC devono recare una scadenza e la loro previsione nei piani sociali per il clima deve essere motivata tanto in base ad una stima quantitativa, quanto ad una spiegazione qualitativa (in ordine alla capacità della misura di ridurre la povertà energetica e dei trasporti, nonché la vulnerabilità di famiglie, microimprese e utenti in ragione

²⁵⁵ Si consideri, ad esempio, che il comitato di sorveglianza previsto dal regolamento (UE) n. 2021/1060, cit. consente di fare entrare nella *governance* del monitoraggio anche i soggetti componenti degli enti intermedi, arricchendo dunque la legittimazione della *governance*. Più in generale, è stata anche rilevata la necessità di chiarire maggiormente il raccordo tra la transizione giusta (che ispira l'EJTF) e la struttura del FSC. In tema, cfr. E. BÜLBÜL, *Fit for 55*, cit., p. 123.

²⁵⁶ Tra i contributi più recenti si veda K. BOHNENBERGER, *Greening work*, cit.

dell'aumento dei prezzi di carburanti per il trasporto e il riscaldamento²⁵⁷.

Anche se si è rilevato che le misure previste nel FSC paiono incentrate sull'efficienza energetica degli edifici e sull'incentivazione all'acquisto di veicoli a basse emissioni²⁵⁸, va rilevato che misure a carattere temporaneo di questo tipo possono avere effetti benefici nel breve termine²⁵⁹ e sono, in certa misura, imprescindibili, ma, oltre ad avere effetti non assicurati nel lungo termine, possono rivelarsi non egualmente efficaci in ogni contesto socio-economico²⁶⁰.

²⁵⁷ Art. 4, comma 1, lett. d) della proposta di regolamento (UE) che istituisce il Fondo sociale per il clima, cit.

²⁵⁸ Cfr. EDITORIAL COMMENTS, *The European Climate Law: Making the social market economy Fit for 55?*, in *Common Market Law Review*, 58, 2021, p. 1338.

²⁵⁹ Cfr. *ibidem*, dove si afferma che tali misure sono necessarie nel breve termine, dove si verificano gli effetti più dirompenti della transizione.

²⁶⁰ Su questi due profili cfr., ad esempio, lo studio relativo all'effetto delle misure temporanee per il Covid-19 contenuto in J. FAJARDO-GONZALEZ-G. GRAY MOLINA-M. MONTOYA-AGUIRRE-E. ORTIZ-JUAREZ, *Global Estimates of the Impact of Income Support during the Pandemic*, in *Development futures series working papers. United Nations development programme*, 2021.

