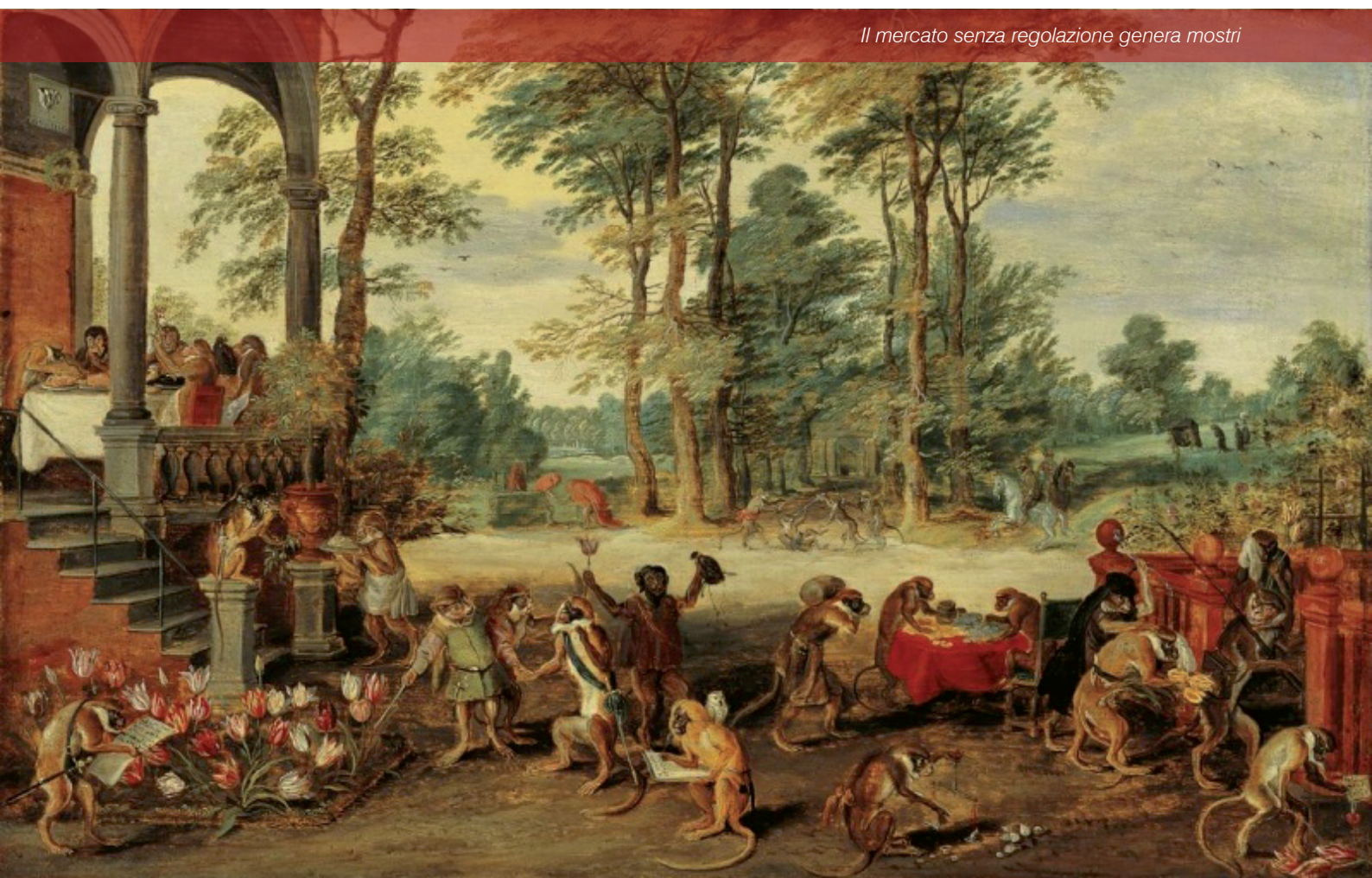


Fascicolo **2** | 2016

RIVISTA DELLA

Regolazione dei **mercati**

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 2 | 2016

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

Direttori

Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile

Comitato direttivo

L. Ammannati, (N. Bassi †),
M. Clarich, D. de Pretis, U. Filotto,
F. Ghezzi, M. Giovannini,
P. Giudici, B. Marchetti, A. Pericu, M.
Ramajoli, C. Scarpa,
F. Scarpelli, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno,
C. Barbati, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella,
S. Cassese, R. Cavallo Perin,
G. Della Cananea, G. De Nova,
E. Ferrari, G. F. Ferrari, N. Irti,
M. Libertini, M. Maresca, G. Morbidelli,
M. Orlandi, G. Pericu, A. Police,
G. M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Sclafani,
M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

A. Candido, V. Gioffré, S. Lucattini,
A. Marra

Progetto grafico e impaginazione

mv comunicazione architetti associati

Editoriale

Degli effetti giuridici della soft law

di Giuseppe Morbidelli

1

SAGGI

Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)

di Aldo Travi

6

Soft law e normatività: un'analisi comparata

di Barbara Boschetti

32

Self Regulation, Soft Regulation e Hard Regulation nei mercati finanziari

di Margherita Ramajoli

53

La regolazione del mercato dei contratti pubblici

di Luisa Torchia

72

Contractual Justice and Market Efficiency in the Supply Relationships within the agro-food chain

di Antonio Albanese

80

COMMENTI

Il finanziamento delle autorità di regolazione tra contributo di scopo degli operatori e tagli alla spesa pubblica. Il caso AgCom. Commento a Corte Giustizia UE 28 luglio 2016 in causa C-240/2015

di Gloria Maria Barsi

91

L'agenda europea per la c.d. economia collaborativa

di Antonio Dell'Atti

107

Note minime sulla protezione dei depositanti bancari dopo il recepimento della direttiva 2014/49/UE. Commento al D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 30

di Gian Luca Greco

125

La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le Autorità di regolazione? Nota a Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 febbraio 2016, n. 3

di Angelo Maria Rovati

141

Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia

di Alessandro Squazzoni

160

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
di Francesco Sanchini

182

DIBATTITI

Il regolamento europeo sull'integrità e la trasparenza dei mercati dell'energia (REMIT) alla prova dei fatti
di Eugenio Bruti Liberati, Francesco Sclafani,
Luigi Arturo Bianchi e Ilaria Cera, Alfredo Marra,
Federico. Luiso

206

In ricordo di Nicola

(30 ottobre 1971-5 agosto 2016)

Nicola Bassi è stato uno dei fondatori di questa Rivista, uno dei primi a partecipare alle riunioni dirette a definirne ragion d'essere, impostazione e obiettivi. Ed è stato poi un componente attivo ed autorevole del Comitato di Direzione, in cui ha portato non solo la sua competenza teorica e pratica ma anche il suo rigore metodologico, la sua curiosità per i fenomeni nuovi ed originali e la sua passione per la storia e la politica.

La sua produzione scientifica è vasta e articolata, straordinariamente ricca dato che copre un arco temporale di soli vent'anni, con tre monografie, due brevi manuali di diritto amministrativo sostanziale e di giustizia amministrativa e un numero molto cospicuo di saggi e di note a sentenza. All'interno di questa produzione, i temi della regolazione hanno occupato un posto significativo, con due lavori pubblicati sulla Rivista, diversi altri saggi e commenti e una monografia su "Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti", che ha analizzato in profondità e con particolare tempestività una questione poi divenuta cruciale nel delicato equilibrio che regge i rapporti tra regolazione indipendente e istituzioni rappresentative.

Le sue doti come studioso sono innegabili: l'ampiezza enciclopedica delle conoscenze, di diritto sostanziale e processuale, l'attenzione per il contesto e per la genesi delle discipline, la non comune linearità del ragionamento e la concretezza delle sue analisi, figlia anche della sua esperienza e del suo straordinario talento come avvocato.

Gli abbiamo voluto e gli vogliamo molto bene. Era una persona buona, generosa, di una disponibilità rara verso gli altri, ovviamente molto intelligente e molto efficiente ed energica. Aveva una personalità complessa, più di quanto amasse far trasparire, e aveva in ogni cosa l'urgenza talora febbrile di fare.

Ha fatto in effetti molto, in un tempo purtroppo molto breve, e noi lo ricorderemo sempre, con affetto e ammirazione.



EDITORIALE

Editoriale

Degli effetti giuridici della *soft law*

di Giuseppe Morbidelli¹

Il fenomeno della *soft law* è noto e studiato da tempo. Come si sa il termine nasce nel diritto internazionale per indicare una panoplia di atti non tipizzati e non riconducibili entro le tradizionali fonti del diritto (denominati, ad es., dichiarazioni di principi, raccomandazioni, risoluzioni, carte, codici di condotta, linee guida, programmi d'azione, ecc.), ed ha avuto una serrata consolidazione ed anzi un florilegio di manifestazioni nel diritto europeo, tanto che se ne sono dovute individuare tre *subcategorie*: la *pre law* (strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti quali Libri bianchi, Libri verdi, piani di azione); la *post law* (strumenti di interpretazione di atti vincolanti, come linee guida, codici di condotta, comunicazioni interpretative, direttive); la *para law* (strumenti alternativi ad atti vincolanti quali dichiarazioni, raccomandazioni, pareri). Le forme di *soft law* si stanno altresì diffondendo a livello nazionale e regionale, sia in via diretta sia in via indiretta, ovvero attraverso il rinvio che la stessa normativa interna fa a strumenti europei di *soft law*.

Gli atti di *soft law* nascono da una serie di ragioni, talvolta compresenti: perché non si ritiene di vincolarsi del tutto, ma nel contempo si ritiene opportuno sperimentare talune linee di condotta; perché si vuol dar corso in via graduata ad un processo di armonizzazione e di coordinamento; perché non si hanno i poteri per porre regole vincolanti; perché si intende dar luogo ad una soluzione di compromesso tra i fautori dell'*hard law* e fautori della conservazione dello *status quo* (questo vale specialmente a livello di organismi internazionali, ma può essere anche il risultato di una valutazione da parte di qualunque autorità titolare di potestà normativa). Talvolta invece la *soft law* viene preferita perché segue procedure più rapide e più praticabili, e di rimando è più agevolmente modificabile. Ed altre ragioni ancora, tra cui quella di dare orientamenti ed indirizzi senza ricorrere agli strumenti tipici rappresentati dalle fonti del diritto, anche perché appunto si preferisce dare suggerimenti o indicazioni, e non porre regole tassative, in considerazione del fatto che in determinate materie o con riguardo a specifici comportamenti da tenere è opportuno procedere con indicazioni di massima o di solo metodo.

Fatto sta che l'“erompere” della *soft law* al di fuori dei rapporti tra Stati, cioè al di fuori dei rapporti politici, ha dato il là ad una *querelle* in ordine agli effetti e dunque agli obblighi che tali atti producono. Vi sono comunque dei punti fermi: a) la *soft law* consiste in regole di condotta prive di coercibilità in senso tradizionale; b) non è ascrivibile tra le fonti del diritto; c) tali regole possono tuttavia produrre effetti pratici. Effetti che si traducono anzitutto in una “in-

¹ Professore ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università “La Sapienza” di Roma.

fluenza” verso i destinatari, tanto che in un rapporto di studi del *Conseil d’État* del 2013 dedicato a *Le droit souple* leggiamo: “*il y a identité de fonction entre le droit dur et le droit souple. Tous deux ont pour objet d’influencer le comportement de leur destinataire*”.

Ma l’effetto pratico è anche giuridicamente rilevante? Vi sono cioè anche effetti giuridici? La prima cosa da osservare è che la risposta non può essere univoca, tante e tanto variegate sono le manifestazioni della *soft law*, ad ognuna delle quali corrispondono effetti diversi: in fondo la *soft law* non è una categoria, e anzi proprio la *reductio ad unitatem* attraverso cui di solito viene presentata è la causa di incertezze e divergenze, specie con riguardo agli effetti degli atti riconducibili a tale (ipotizzata) categoria. Si impone pertanto una delimitazione del campo di indagine, onde circoscriverlo a quella *subcategoria* (o più propriamente categoria autonoma), in genere ascritta entro le etichette “*post law*” o anche “*para law*” o meglio, tralasciando le etichette, a quegli atti, variamente denominati (circolari, orientamenti, indicazioni, direttive, raccomandazioni, linee guida, ecc., ovvero le c.d. ***tertiary rules***) che hanno la funzione di dare indicazioni operative, sia in punto di interpretazione della *hard law*, sia in punto di specificazione ed esemplificazione di concetti indeterminati, sia in punto di contenuti specifici di azione (si pensi ad es. alle linee guida del Ministero della salute per la preparazione delle conserve alimentari per evitare il botulismo; o a quelle del Ministero del lavoro per la protezione dei lavoratori nel comparto trasporto su strada). Del resto è soprattutto con riguardo a tale categoria di atti che si pone il problema degli effetti. Ancora una volta, però, è indispensabile procedere a distinzioni, basate sul rapporto tra le istituzioni che emanano atti di *soft law* e i destinatari.

Una prima ipotesi è quella delle circolari. Esse hanno il noto effetto di autovincolo per l’amministrazione che le emana e per tutto l’apparato organizzativo da essa dipendente, sicché l’eventuale inosservanza si traduce in un vizio di eccesso di potere. In realtà questo è il portato del principio di autolimitazione, talché non è nemmeno necessario evocare la *soft law* (ed infatti tale conseguenza era stata ben individuata ben prima che emergesse quest’ultima nozione: basti pensare alla nota di F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, p. 107). Esse comunque non hanno come destinatari i privati, nei confronti dei quali pertanto non determinano effetti giuridici diretti, ma solo riflessi, attesa la illegittimità dei provvedimenti non coerenti con le circolari.

Una seconda ipotesi è quella degli orientamenti, raccomandazioni, linee guida, dichiarazioni di principio, ma anche risposte a quesiti, ecc. dettati da una amministrazione per tutti i consociati interessati alla materia rientrante tra i compiti dell’amministrazione stessa. Le conseguenze prodotte sono che la loro inosservanza costituisce a carico dell’amministrazione una violazione della autolimitazione (così come per le circolari), ma anche un *vulnus* al principio di tutela dell’affidamento (come già aveva rilevato tanti anni fa F. MERUSI a proposito delle “informazioni” amministrative); mentre gli amministrati, per quanto non vincolati giuridicamente, hanno l’effetto positivo di conoscere i criteri e gli indirizzi interpretativi od operativi dell’amministrazione onde regolarsi di conseguenza. Laddove invece le linee guida (ad es. quelle già ricordate per la protezione dei lavoratori nel comparto trasporto su strada, o quelle per la gestione della sicurezza delle infrastrutture stradali) dettino regole di comportamento (non dunque criteri interpretativi di norme o regolamenti), esse costituiscono canoni oggettivi da seguire da parte degli operatori del settore, la cui inosservanza costituisce di per se elemento rivelatore di negligenza, mentre la

perfetta osservanza, di contro, costituisce dato dirimente dell'assenza di colpa. Sicché, mentre gli orientamenti che si limitano a dettare criteri interpretativi della *hard law* hanno effetti giuridici diretti solo nei confronti dell'amministrazione emanante e indirettamente per i privati interessati, quelli che prescrivono comportamenti hanno effetti giuridici diretti anche per i privati, contribuendo a determinare o ad elidere la responsabilità.

La terza ipotesi è invece quella di atti di *soft law* come linee guida, istruzioni, direttive, ecc., che si inseriscono all'interno di un settore soggetto a regolazione. Si tratta anzi di un campo di elezione della *soft law*: Banca d'Italia, CONSOB, IVASS, Garante protezione dati personali, ANAC (e prima AVCP), AGcom, AEEGSI, si avvalgono di continuo di comunicazioni interpretative, chiarimenti applicativi, risposte a quesiti, istruzioni, dichiarazioni, linee guida. La presenza di autorità di regolazione, infatti, determina di per sé un rapporto organizzativo che del resto ha plurime declinazioni ove si pensi a tutti i poteri di vigilanza, di controllo, di mediazione e conciliazione, di autorizzazione, di consulenza, di segnalazione, ecc., di cui tali Autorità dispongono. Dalla presenza del rapporto organizzativo non possono non derivare effetti giuridici diretti nei confronti dei soggetti inseriti in tale rapporto. Da tenere presente che gli atti in questione delle autorità di regolazione hanno per lo più lo scopo di dare un contenuto determinato, o meglio quanto più determinato possibile, ai concetti indeterminati che costellano (e incombono su) l'attività dei regolati: si pensi solo alla decifrazione in concreto del concetto di sana e prudente gestione (di cui all'art. 5 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia" e all'art. 3 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, "Codice delle assicurazioni private"), o a quelle di efficienza e di competitività del sistema finanziario (v. ancora art. 5 del d.lgs. n. 385/1993). Qui sta forse il tratto maggiormente tipico della categoria. Si consideri infatti che a livello di *hard law* non è possibile enucleare tutte le varie fattispecie in cui si inverte (o si contraddice) la sana e prudente gestione, non solo per le tante sfaccettature che essa può assumere, ma anche perché v'è l'esigenza di far sì che vi sia un continuo adeguamento alle evoluzioni tecnologiche, sociali, economiche in perenne divenire, adeguamenti che verrebbero per di più compromessi alla presenza di regole rigide: si pensi alle tematiche delle *information technology* nel settore bancario, la cui dinamica pone ogni giorno nuovi problemi di sicurezza e di *privacy*, o a quelli suscitati dai prodotti bancari "complessi" che vengono immessi sul mercato con struttura via via rinnovata, e potremmo andare avanti a lungo con esempi in tutti i vari settori sensibili soggetti a regolazione. In fondo, è la stessa ragione che sta alla base dei poteri regolamentari "indefiniti" (o comunque non determinati *ex ante* dalla legge nei loro contorni e limiti) delle autorità indipendenti, cioè quella per cui la dinamicità stessa della materia impedisce di dettare una tavola di raffrontabilità valida per ogni contingenza. Questo fa sì che orientamenti, linee guida, istruzioni, etc., siano molto diversificati anche per struttura sintattica, a seconda cioè del livello di decifrazione che si ritiene di raggiungere. Occorre cioè sempre vedere come tali atti sono formulati, o meglio, come sono formulate le singole puntualizzazioni. Se esse si limitano a suggerimenti o inviti, come avviene quando siano caratterizzate da formule "quando è opportuno", "è preferibile", ecc., non v'è dubbio che possono non essere osservate, sovrapponendo diversi (e ragionevoli) motivi di opportunità, tanto più percorribili quanto più siano mirate ad obiettivi (es. contenimenti di spesa, apertura alla concorrenza) che a specifici atti o a procedure da seguire o requisiti o presupposti da possedere. Qualora invece tali atti siano puntuali e categorici nel dettare "regole dell'arte" espunte

dalle migliori pratiche, non lasciando alcun margine valutativo, allora la piena osservanza si impone di per sé non in virtù di forza normativa, ma per il principio di soggezione al regolatore (così come avviene per l'ordine all'interno del rapporto gerarchico) competente a indicare le regole tecniche, salvo ancora che non si dimostri che tali indicazioni tecniche sono *contra legem*, o che siano inidonee e dunque non adattabili al caso concreto poiché la norma tecnica, portata a confrontarsi con le specifiche circostanze di fatto, non è detto che non perda le originarie connotazioni di validità generale o di probabilità statistica, proprie della razionalità scientifica. Se invece le istruzioni o linee guida, ecc. costituiscono esplicazioni interpretative della legge, o nella parte in cui hanno tale configurazione, allora hanno l'efficacia persuasiva delle circolari interpretative. Opera cioè il principio già messo in luce da tempo con riguardo alla circolari del CSM: quando non si limitino alla mera riproduzione di atti già dotati di una loro propria efficacia normativa, esercitano l'efficacia che è propria dei precedenti, cioè un'efficacia persuasiva che può essere sempre messa in discussione sulla base dei ragionamenti che l'hanno giustificata.

Sicché, fermo restando che l'atto di *soft law* non può per definizione determinare effetti giuridici analoghi a quelli prodotti da una fonte normativa in quanto privo di coercibilità intesa in senso tradizionale, le conseguenze sul piano di quelli che vengono definiti effetti pratici sono variegate, dipendendo dal rapporto che lega i destinatari alla istituzione emanante l'atto, nonché dalla struttura e formulazione dell'atto stesso. In ogni caso sono effetti pratici che poi sono anche giuridici: del resto è tale anche l'obbligo di motivazione per discostarsene, effetto messo in luce dal Consiglio di Stato nel lumeggiare l'effetto delle linee guida ANAC non vincolanti (v. Comm. spec. 13 settembre 2016, n. 1903, laddove leggiamo: "in relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti (...) se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa"). Non dissimile è in fondo la tesi di M. RAMAJOLI, *La soft regulation nei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, laddove rileva che la *soft regulation* è definibile come "*cripto-hard*", in quanto detta vincoli molti stringenti nei confronti dei soggetti regolati. Va da sé comunque che sono effetti giuridici non di ultima istanza, perché sono sempre sottoposti ad una valutazione di coerenza con l'ordinamento, nel senso che sono sempre scrutinabili e revisionabili da un giudice (al punto che si è detto che il regolatore ultimo è il giudice: Y. GAUDEMET, *La régulation économique: la dilution des normes*, in Atti del Convegno su *Le désordre normatif* – Académie des sciences morales et politiques, 13 giugno 2016), mentre gli effetti della legge sono quelli stabiliti dalla legge stessa, e il giudice può sì interpretarla e dunque determinarne gli effetti, ma non mai mettere in discussione la legge (salvi i vizi di costituzionalità), sicché lo *status* degli atti di *soft law* sotto questo profilo è semmai accostabile alle norme secondarie soggette al controllo diffuso dei giudici, con la fondamentale differenza però che sono direttamente disapplicabili da parte dei destinatari, liberi sotto la loro responsabilità di valutarne la coerenza con l'ordinamento o di ravvisare la loro non adattabilità al caso concreto, secondo il criterio della "obbligatorietà condizionata".

Vi è però un altro effetto della *soft law*, effetto paradigmatico soprattutto con riguardo alle linee guida "non vincolanti" del Codice dei contratti pubblici (ma analoghe considerazioni possono essere svolte anche per altri settori). Si sa che i contratti pubblici sono investiti da un pesantissimo contenzioso che inevitabilmente determina rallentamenti quando non lunghissime soste forza-

te, o addirittura desistenze nella realizzazione delle infrastrutture, o nell'apprestamento dei servizi, o comunque continue situazioni di incertezza (al punto che da taluni si è detto che una delle cause di freno dello sviluppo economico sarebbe dovuto al giudice amministrativo). Aggiungasi che il rischio del contenzioso opera anche *ex ante*, nel senso che frena la fase programmatoria dei contratti pubblici. Inoltre i pubblici amministratori sono sotto l'incombenza di iniziative penali o della Corte dei Conti stante l'alto tasso di variabili interpretative che pervade la materia, come confermato per fatto concludente dai numerosi interventi della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, tra l'altro a loro volta non sempre omogenei, basti pensare alla questione dei costi di sicurezza. È evidente allora che la osservanza delle linee guida costituisce uno scudo di protezione verso la responsabilità di ordine personale. Sicché le linee guida sortiscono gli stessi effetti, da un lato, di autorevolissima guida, e dall'altro di "garanzia amministrativa" dei "tempi nostri".

Per queste ragioni è ragionevole parlare di effetti "esistenziali" e nel contempo definire gli atti di *soft law* "indirizzi esistenziali", riprendendo la terminologia introdotta da Lavagna e Guarino per determinare a proposito dell'indirizzo politico la sua primaria rilevanza in termini di risultati. Cosicché si può dire che la *soft law*, nella sua formulazione *post law* e anche *para law*, soprattutto se elaborata attraverso la tecnica del *notice and comment*, e dunque passata attraverso un vaglio critico e una istruttoria con i principali *stakeholders*, costituisce una tecnica per contribuire a dare certezza agli operatori.

La conclusione da trarre è allora la seguente: a fronte del disvalore rappresentato dalla incertezza del diritto cui non può porre rimedio che in casi rarissimi la interpretazione autentica, mentre la giurisprudenza, quando non concorre anch'essa all'incertezza, è comunque una risposta non tempestiva, la *soft law*, ove provenga da soggetti dotati di autorevolezza, a mo' di ossimoro, è un non diritto che concorre alla certezza del diritto.



SAGGI

Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche) *

di Aldo Travi

ABSTRACT

The Author critically observes how the protection of legitimate expectations held by private undertakings towards public institutions is often translated, by national case law, into the need of an accurate consideration and balancing between all the interests involved. Actually, the acknowledgment of legitimate expectation as a general principle in public law seems to have resulted in a general extension of the paradigm set out by case law for the "ex officio" annulment of administrative acts. However, such a solution appears to be inadequate whenever the changes introduced to the applicable framework are able to produce substantial effects on the economic conditions of the enterprise and on irreversible business decisions made on the basis of the previous framework. The paradigm based on the balancing of interests sacrifices the fundamental content of freedom of enterprise, leaving it substantially unprotected, even when the existence of a legitimate expectation has been formally acknowledged.

Therefore, this paradigm needs to be completed with the introduction of a compensation mechanism, aimed at assuring a full guarantee for freedom of enterprise when a legitimate expectation is detectable. Actually, compensation rights should already be recognised, on the basis of the general principles expressed by national legislation: in fact, they represent a necessary condition in order to ensure the full compatibility of the current framework with constitutional principles.

SOMMARIO: 1. L'affidamento nella giurisprudenza amministrativa tra discernimento e cautele di fondo. – 2. L'assunzione dell'affidamento come principio nelle relazioni con l'amministrazione. – 3. I profili problematici: il confronto con la certezza del diritto. – 4. (segue:) la tecnica del bilanciamento e la retroattività 'propria'. – 5. (segue:) la tecnica del bilanciamento e le modifiche ad incentivazioni economiche. – 6. L'esigenza di una tutela differenziata e più rigorosa dell'affidamento. – 7. L'esame delle obiezioni e le ragioni del modello indennitario. – 8. Una postilla sull'obiezione di ordine 'economico'.

1. L'affidamento nella giurisprudenza amministrativa tra discernimento e cautele di fondo

La tutela dell'affidamento¹ rappresenta uno dei 'principi' di ordine sostanziale coi quali si confronta con maggior frequenza la giurisprudenza amministrativa odierna. La dottrina negli ultimi decenni, a partire da Merusi, ha evidenziato l'importanza del principio di affidamento nelle relazioni con l'amministrazione pubblica: l'affidamento connota con ampiezza anche le vicende dell'esercizio del potere amministrativo². Nello stesso tempo è ormai usuale che, quando un atto amministrativo incide sfavorevolmente su una posizione giuridica preesistente, venga invocata la garanzia dell'affidamento come elemento che avrebbe limitato le possibilità di intervento dell'amministrazione. La giurisprudenza amministrativa, confrontandosi con queste posizioni, innanzi tutto ha accolto le proposte della dottrina di riconoscere nella tutela dell'affidamento un 'principio'³, superando perciò qualsiasi collocazione episodica o

* Relazione tenuta al Primo Atelier dell'Associazione AIDEN (Associazione italiana del diritto dell'energia) dedicato a "Modifica delle leggi incentivo e tutela dell'affidamento", tenutosi a Milano, nell'Università Cattolica, l'8 aprile 2016. Il testo della Relazione è stato integrato con le note.

¹ Nel testo il termine 'affidamento' sarà utilizzato in una prospettiva giuridica, e non economica. 'Tutela (o garanzia) dell'affidamento' e 'affidamento', pertanto, identificano un identico perimetro, perché in una prospettiva giuridica l'affidamento è solo quello che l'ordinamento riconosce meritevole di tutela. L'affidamento 'non legittimo' si risolve in una contraddizione in termini e comunque non ha cittadinanza giuridica.

² F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; successivamente il volume è stato ristampato, con una Introduzione dell'autore, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni 'trenta' all'alternanza*, Milano, 2001. L'attenzione della dottrina successiva è testimoniata, fra l'altro, dai contributi di F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016.

A proposito della dottrina italiana precedente al volume di Merusi, meritano di essere segnalate le considerazioni di CORLETTI, svolte nella relazione *Il principio di affidamento nell'ordinamento multilivello*, al Convegno *Trasformazioni del diritto amministrativo tra ventesimo e ventunesimo secolo*, Verona, 30 settembre 2016, che ha proposto una rilettura della nota recensione di GUICCIARDI, a Schmitt K.H., *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p. 556 ss. Secondo Corletto la critica di Guicciardi all'utilizzo del principio di affidamento nel diritto amministrativo (con la conclusione drastica secondo cui la garanzia dell'interesse pubblico, a fondamento del diritto amministrativo, non sarebbe compatibile con la tutela dell'affidamento) sarebbe in realtà da riferire all'utilizzo improprio di tale principio ("Treu und Glauben") nella dottrina pubblicistica della Germania dell'epoca come strumento per scardinare la portata del principio di legalità.

³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609; Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 154; Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 210 (che modella sul principio di affidamento gli effetti della legge nel tempo); Cons. Stato, sez. VI, 17 giugno 2010, n. 3851 (che dal principio di affidamento ricava l'irrelevanza del vincolo paesaggistico imposto dopo il rilascio del permesso di costruire); Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2010, n. 1689 (che invoca il principio di affidamento come limite all'operatività delle leggi di interpretazione autentica); Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2008, n. 3536; Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 578; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 6664; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3458 (che giustifica, alla luce della tutela dell'affidamento, la soluzione secondo cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge determina l'annullabilità, e non la nullità, del provvedimento emanato in applicazione di quella legge); Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 1998, n. 1815 (che fonda sul principio di affidamento il dovere di soccorso istruttorio del responsabile del procedimento); Cons. giust. amm. sic., 2 maggio 1991, n. 200 (che assume il principio di affidamento come criterio generale per l'interpretazione dell'atto amministrativo).

marginale come valeva invece in precedenza, ed ha assunto questo principio a pieno titolo fra i criteri generali ai quali devono conformarsi le stesse regole di validità dei provvedimenti. A queste conclusioni è però giunta attraverso soluzioni articolate, che rispecchiano l'esigenza di un discernimento delle diverse situazioni, oltre che una cautela di fondo.

L'esigenza di discernimento è rappresentata nella selezione, perseguita con cura dalla giurisprudenza amministrativa, delle vicende rispetto alle quali sia realmente verificabile un affidamento: la tutela presuppone l'identificazione di una 'soglia' oltrepassata la quale opera il principio di affidamento⁴. La 'soglia' non è mai definita in termini 'quantitativi', ma è caratterizzata sempre in termini 'qualitativi': la tutela non è riconosciuta per l'entità del valore economico conservato o perduto, ma è associata alle modalità specifiche di attribuzione di tale valore⁵. Di conseguenza lo svantaggio arrecato dall'intervento dell'amministrazione rispetto alla posizione precedente del cittadino non rappresenta di per sé il fattore discriminante. Ciò fra l'altro significa che la tutela dell'affidamento non può essere ricostruita correttamente come un corollario del diritto d'impresa o di iniziativa economica, né del diritto di proprietà: che normalmente l'affidamento possa maturare rispetto a un valore patrimoniale è fuori discussione, ma non è la garanzia di questo valore che lo identifica nei rapporti con l'amministrazione.

L'orientamento della giurisprudenza emerge con particolare chiarezza quando l'amministrazione esercita poteri c.d. di autotutela, soprattutto quando siano assunti provvedimenti di secondo grado⁶: in tutti questi casi l'affidamento è ricondotto a un atto precedente dell'amministrazione che aveva attri-

⁴ In termini generali cfr. Cons. Stato, sez. II, 5 giugno 2012, n. 5602/10, e Tar Umbria, 7 giugno 2002, n. 389, che distinguono fra situazioni in cui è configurabile un affidamento e "mere aspettative"; Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2001, n. 3334, che distingue fra un affidamento tutelato e un "affidamento recessivo". Per i casi pratici cfr.: Cons. Stato, sez. II, 9 aprile 1997, n. 1418/96, che identifica nell'utilizzo gratuito di un bene demaniale una situazione nella quale non sarebbe configurabile un affidamento; Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 1991, n. 995, che esclude la tutela dell'affidamento in presenza di un atto amministrativo che è soggetto però a ratifica.

Per un 'catalogo' delle condizioni che consentono di identificare un affidamento del cittadino, nei confronti con l'esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione, cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, I, 1191: le condizioni sono identificate nella pronuncia con tre elementi: uno oggettivo, rappresentato da un comportamento 'attivo' dell'amministrazione, uno soggettivo, rappresentato da una situazione di buona fede, e uno cronologico, rappresentato dal decorso del tempo. Per un'analisi di questi tre elementi, nei quali la giurisprudenza recente identificherebbe un criterio generale per riconoscere un affidamento (e per avviare una sua "tutela ponderativa"), cfr. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit., p. 165 ss.

Risultano invece del tutto sporadiche le pronunce che svalutano la rilevanza della buona fede soggettiva: cfr., fra esse, Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2000, n. 4213 (ma v., per l'affermazione inequivoca di tale rilevanza, Tar Lombardia, sez. II, 17 gennaio 2011, n. 89; Cons. Stato, sez. IV, 16 dicembre 1983, n. 942).

⁵ Cfr., sulla identificazione di tale 'soglia', Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2015, n. 3383, con riferimento a una procedura di projet financing; Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2013, n. 1495, con riferimento ad atti endoprocedimentali; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2012, n. 2007, con riferimento ad atti assoggettati fisiologicamente ad ulteriori verifiche (come l'aggiudicazione provvisoria di un appalto).

⁶ La centralità di questi procedimenti rispetto al tema della tutela dell'affidamento è colta da tutta la dottrina italiana, da Merusi in poi, richiamata nella nota n. 2. Analoghe considerazioni sono comuni anche rispetto ad altri ordinamenti: per i contributi di autori italiani, cfr. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007 (ivi particolarmente CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, p. 1 ss.) e FRANKAEL HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento: il caso tedesco*, Trento, 2008.

buito una posizione di vantaggio al cittadino. Il fenomeno, però, ha caratteristiche più complesse, testimoniate dalla insufficienza del mero riferimento ad un atto amministrativo precedente. Ciò da oltre un cinquantennio è rappresentato dalla giurisprudenza in materia urbanistica, che riconosce una tutela dell'affidamento non sulla base di una previsione di edificabilità contenuta nel piano regolatore⁷, ma in presenza di una disciplina dell'edificazione sancita in una convenzione urbanistica⁸. La convenzione assume rilievo, a questi fini, come fattore che trasforma l'interesse del proprietario all'edificazione, assegnandogli una maggiore 'resistenza' rispetto alle variazioni successive apportate dall'amministrazione all'assetto urbanistico. La convenzione introduce pertanto una componente ulteriore nell'interesse del cittadino e comporta il superamento della 'soglia' che è stata appena richiamata: non interessa qui affrontare il tema della qualificazione di questa componente sul piano delle situazioni soggettive, ma ai nostri fini è sufficiente rilevare che la convenzione determina anche una garanzia dell'affidamento.

La cautela di fondo, che, come si è accennato, si coglie nella giurisprudenza amministrativa, è testimoniata invece dall'orizzonte in cui la stessa giurisprudenza ambienta le sue soluzioni sulla tutela dell'affidamento. Ricorrendo alla sistematica tradizionale dei vizi dell'atto (che nonostante tutta la sua approssimazione conserva a questi fini una sua utilità) è agevole rilevare che le verifiche del giudice amministrativo sull'osservanza o meno del principio di affidamento sono svolte di norma nella logica dell'eccesso di potere, e non seguendo i canoni della violazione di legge. Anche le modifiche introdotte di recente alla disciplina dell'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi, prima dalla legge n. 164/2014, poi dalla legge n. 124/2015, si collocano in questo scenario: la stessa previsione di un termine tassativo per l'annullamento d'ufficio si ambienta in un contesto tipicamente discrezionale, rispetto al quale le innovazioni legislative sono dirette a circoscrivere i margini per l'intervento dell'amministrazione, senza però metterne in discussione le caratteristiche essenziali. Secondo la giurisprudenza la tutela dell'affidamento non si pone, almeno in astratto⁹, come un limite che preclude il conseguimento dell'obiettivo perseguito dall'amministrazione, ma si risolve piuttosto in un elemento che

⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2000, n. 5635; Tar Basilicata, 30 dicembre 1989, n. 543, in *Trib. amm. reg.*, 1990, I, 833.

⁸ La giurisprudenza sul punto è amplissima ed è costante da vari decenni (cfr. URBANI E CIVITARESE MATTEUCCI, *Il piano di lottizzazione convenzionato*, in AA.VV., *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995, pp. 33-34). Si segnalano in particolare Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1399; Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2012, n. 119; Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 352; Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 2418; Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2009, n. 5003; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1477; Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5478, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, I, 162; Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2007, n. 1784; Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2004, n. 8032; Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2827; Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2003, n. 2386. In dottrina, fra gli interventi più recenti, BOMBARDELLI, *Alcune note in tema di motivazione del P.R.G. e di nuovi strumenti urbanistici*, in *Giur. it.*, 2012, 2173.

⁹ La precisazione mi pare necessaria per prevenire equivoci. Una riflessione che si ambienta, come vale per l'affidamento, nel contesto della discrezionalità amministrativa deve evitare di confondere il livello generale, che è quello dei principi sul potere amministrativo definiti dalla norma, dalle vicende concrete dello stesso potere: come è noto, la discrezionalità amministrativa in linea di principio postula la possibilità di alternative ugualmente legittime, ma in concreto può risultare che alternative non siano possibili e perciò non siano ammesse. In casi del genere, anche se la norma configura il potere come discrezionale, l'amministrazione non può che produrre un unico risultato giuridicamente corretto, esattamente come si verifica in presenza di un potere vincolato.

l'amministrazione è tenuta a ponderare puntualmente e di cui deve dar conto secondo le regole generali, ossia sul piano formale nella motivazione dell'atto.

Il principio riceve perciò una ambientazione in primo luogo 'procedimentale', nel senso che la sua incidenza è ricondotta tipicamente sull'esercizio della funzione¹⁰ e perciò viene valutata innanzi tutto in questo contesto. Nell'esercizio della funzione il principio si traduce (almeno nei casi più comuni) non in un vincolo preciso, che renda incompatibile con l'ordinamento un certo risultato¹¹, ma in un elemento significativo da contemperare con altri elementi significativi, secondo canoni che in via di principio non sarebbero 'formalizzabili', e cioè traducibili in algoritmi o in standard fissi, ma che ripropongono invece la logica propria della discrezionalità. Tutto ciò comporta che il punto di equilibrio in molti casi può essere mutevole e opinabile, ma certamente richiede di essere ricercato dando spazio sempre anche all'affidamento.

Il principio di affidamento, nella rappresentazione accolta oggi in prevalenza dalla giurisprudenza amministrativa, ha perciò come esito soprattutto un 'bilanciamento'¹² riservato all'amministrazione¹³. In questo senso, almeno in una logica 'negativa', è rappresentabile forse anche nel diritto amministrativo come una "linea guida dell'argomentazione", destinata a 'combinarsi' con altre, piuttosto che come un precetto specifico e tassativo¹⁴, diretto cioè ad assicurare l'irreversibilità della situazione preesistente di vantaggio, e comunque insensibile nella sua efficacia rispetto al contesto in cui ricade.

2. L'assunzione dell'affidamento come principio nelle relazioni con l'amministrazione

Come si è già accennato, la tutela dell'affidamento, nei termini rappresentati dalla giurisprudenza amministrativa, ha assunto ormai una portata generale,

¹⁰ Come è evidente, utilizzo il termine 'funzione' nell'accezione, ben nota, elaborata da Benvenuti.

La dimensione 'procedimentale' rappresenta, a mio parere, un elemento importante anche perché distingue la prospettiva della giurisprudenza amministrativa da quella della giurisprudenza costituzionale. Anche se oggi gli approdi della giurisprudenza costituzionale in tema di affidamento sono spesso condivisi dalla giurisprudenza amministrativa, è ancora evidente come la dimensione 'procedimentale' rappresenti un profilo tipico dell'assetto amministrativo, mentre la giurisprudenza costituzionale, pur cercando di riproporlo nel sindacato sulle leggi, finisce spesso col ragionare su assunti astratti (si pensi, per esempio, alle pronunce del giudice delle leggi che danno rilievo decisivo alla ponderazione degli interessi effettuata dal legislatore).

¹¹ Come invece si ammette per altri principi che incidono sul potere discrezionale dell'amministrazione: si pensi al principio di uguaglianza e, in termini negativi, al vizio della disparità di trattamento.

¹² Cfr. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit., p. 165, che, da un esame della giurisprudenza, individua un "modello generale di tutela 'ponderativa'" che oggi caratterizzerebbe la tutela dell'affidamento nei confronti del potere amministrativo in termini complessivi, e perciò superando anche l'ambito dei poteri di autotutela.

¹³ Naturalmente quanto scritto nel testo va inteso nei termini in cui può ammettersi una 'riserva' all'amministrazione: infatti, a ben vedere, ogni regola di validità conduce a una sorta di 'condominio' fra giurisdizione e amministrazione, dato che alla giurisprudenza è demandato verificare la regola del caso concreto. Tutto ciò appare particolarmente sottolineato dalla formula secondo cui la violazione della tutela dell'affidamento può condurre al vizio di eccesso di potere.

¹⁴ Per considerazioni del genere, riferite al principio di affidamento nel diritto privato, MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 317 ss. (oggi in *Metodo e teoria giuridica*, vol. I, Milano, 2011, p. 239 ss., soprattutto p. 244 ss.)

come 'principio' che opera rispetto all'esercizio del potere amministrativo, ogni qual volta l'ordinamento o la stessa amministrazione abbiano determinato un affidamento. Pertanto la sua portata non può essere circoscritta a casi particolari o all'ambito di disposizioni puntuali. Risultano accolti così alcuni elementi di fondo della proposta, illustrata cinquant'anni orsono da Merusi nella sua monografia, di riconoscere alla garanzia dell'affidamento la valenza di principio generale e di ricondurre ad esso, in termini più appaganti per una ricostruzione della disciplina e dell'istituto, le varie espressioni isolate fino ad allora riconosciute nel diritto positivo o elaborate tradizionalmente.

In proposito, però, è opportuna un'ulteriore precisazione, che sconta anche la particolare problematicità che presenta il tema dei 'principi' nel diritto amministrativo e che attiene specificamente al rapporto fra essi e la legge.

Il principio di affidamento, nella giurisprudenza amministrativa, trova collocazione nel contesto del potere discrezionale: il riferimento a un'esigenza di ponderazione e la riconduzione delle patologie alla figura dell'eccesso di potere lo testimoniano in modo evidente. Tuttavia la sua rilevanza è tale che risulta difficile contenerlo nel perimetro proprio del potere discrezionale.

Sul punto è interessante quella giurisprudenza che ammette la tutela dell'affidamento anche nel caso di una tolleranza prolungata dell'amministrazione rispetto a situazioni abusive. In presenza di interventi abusivi l'amministrazione sarebbe tenuta ad esercitare i suoi poteri repressivi, che le norme configurano come vincolati: pertanto, proprio per la doverosità che li caratterizza, nessuno spazio dovrebbe ammettersi per l'affidamento, e d'altra parte l'origine illecita della situazione di fatto dovrebbe essere un argomento sufficiente per escludere un affidamento alla sua conservazione¹⁵. Una parte della giurisprudenza amministrativa, almeno in taluni di questi casi, ammette invece un affidamento in senso proprio¹⁶ e finisce col sacrificare a questa conclusione an-

¹⁵ Così Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13, in *Foro amm.*, 2015, 101; Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2014, n. 5792; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5943; Cons. Stato, sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 5088, *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2855; Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 2013, n. 3367; Tar Campania, sez. IV, 16 dicembre 2011, n. 5912, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, I, 180; Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5509; ecc.

È comunque significativo che, nell'ambito dell'indirizzo in esame, alcune pronunce abbiano ricercato fondamenti ulteriori (e talvolta molto deboli) per giustificare la conclusione circa la irrilevanza del decorso del tempo: cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2196, che invoca l'esclusione della prescrizione per il potere sanzionatorio amministrativo, Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1994, che invoca la tesi secondo cui l'abuso edilizio identificherebbe un 'illecito permanente' (nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4651); Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2013, n. 6197, che invoca il carattere di 'inesauribilità del potere amministrativo'; Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2013, n. 5368, che richiama la configurabilità di un interesse pubblico 'in re ipsa'. In generale, per questo indirizzo, cfr. RAGO, *L'illegittimità urbanistico-edilizia è rilevabile in ogni tempo*, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, 1216.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2512, in *Vita notar.*, 2015, 735; Cons. Stato, sez. I, 14 gennaio 2015, n. 45/15, in *Foro amm.*, 2015, 124; Cons. Stato, sez. I, 27 febbraio 2014, n. 3989/13, in *Foro amm.*, 2014, 513; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3847; Tar. Campania, sez. II, 16 aprile 2009, n. 1982; Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3270, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, 589. In queste pronunce l'indirizzo contrario (accolto invece dalla giurisprudenza richiamata nella nota precedente) è espressamente considerato: non viene confutato in quanto tale, ma ne viene precisata la portata, nel senso che esso non varrebbe a considerare la situazione nella quale, per il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso ed il protrarsi dell'inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato. In casi del genere l'esercizio del potere repressivo richiederebbe, per lo meno, una specifica motivazione con riferimento all'interesse pubblico e, quindi, viene introdotta una ponderazione degli interessi in gioco.

Su questa giurisprudenza cfr.: TARLI, *Abusi edilizi risalenti nel tempo: analisi e riflessioni*, in *Riv. amm.*, 2013, 619; MANDARANO, *Abusi edilizi e decorso del tempo: i limiti dell'intervento re-*

che il carattere vincolato del potere quale si ricava dalla norma: applica infatti modelli tipicamente discrezionali, tanto da rendere non certo (anzi, tendenzialmente improbabile) il provvedimento repressivo, anche quanto all'«an». La coppia «affidamento-discrezionalità» viene sì confermata, ma annettendo alla tutela dell'affidamento una capacità di (ri)modellare anche il potere amministrativo, così da renderlo necessariamente discrezionale. Il principio di garanzia dell'affidamento, a tale stregua, assume esso stesso un rilievo definitorio dei caratteri dell'azione amministrativa, perché si colloca «a monte», e non «a valle» anche della disposizione legislativa che definisce il potere¹⁷. La rilevanza riconosciuta oggi al principio di affidamento, ormai assunto a canone immanente rispetto all'esercizio del potere amministrativo, è testimoniata insomma dalla circostanza che supera anche l'ambito di una discrezionalità prestabilita.

Naturalmente questa collocazione «a monte» rispetto alla disposizione legislativa postula un riscontro del principio di affidamento anche nell'ordine costituzionale; d'altra parte tutta l'elaborazione recente della giurisprudenza amministrativa evidenzia importanti profili di continuità rispetto alla elaborazione della Corte costituzionale¹⁸. Il riconoscimento del valore generale del principio, la rappresentazione di «soglie» per la sua affermazione, l'adozione, per la sua tutela, della tecnica del bilanciamento sono tutti profili rappresentati con modalità e sensibilità diverse, ma comunque condivisi da entrambe le giurisprudenze. Gli elementi di continuità con la giurisprudenza costituzionale dimostrano che è stata accolta anche la concezione (anch'essa anticipata nella monografia di Merusi) che rispetto al principio in esame travalica l'ambito delle relazioni amministrative e conforma tutte le relazioni afferenti al diritto pubblico. La tutela dell'affidamento oggi rappresenta un termine di confronto rispetto ad ogni espressione di poteri «pubblici», indipendentemente dalla specifica collocazione di ordine costituzionale o di ordine amministrativo o di ordine giurisdizionale¹⁹, e naturalmente ciò alimenta e rende più stretta l'osmosi fra le rispettive giurisprudenze.

L'approdo di una riflessione cinquantennale sembra dunque rappresentato dal riconoscimento della tutela dell'affidamento come criterio distintivo di un modo evoluto di concepire l'ordinamento e, nell'ambito di esso, la posizione e le garanzie per il cittadino. È un approdo che viene percepito come in un certo senso irreversibile, perché risulta imposto anche dalla rappresentazione accol-

pressivo della p.a. (nota a Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 1998, n. 1514), in *Urbanistica e appalti*, 1999, 110.

¹⁷ Questa conclusione è confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa che ritiene che la garanzia dell'affidamento incida sulla legittimità della legge di interpretazione autentica che la prevarichi: la conclusione, nella giurisprudenza amministrativa, è rappresentata da una interpretazione forzatamente restrittiva degli effetti della legge di interpretazione autentica. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2010, n. 1689; Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5314; Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 2006, n. 1928.

¹⁸ Cfr. PAGANO, *Il principio del legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pubblico*, 2014, p. 583 ss.

¹⁹ Basti pensare, a quest'ultimo proposito, al tema del c.d. overruling. Fra i contributi più recenti in argomento, cfr. LANZAFAME, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento – L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative*, in *www.judicium.it*, 2015; TURATTO, *Overruling in materia processuale e principio del giusto processo*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, p. 1149 ss.; CONSOLO, *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato Internet-addicted e pure «veggente»*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3166 ss.

Più in generale, con riferimento alla giurisprudenza amministrativa, cfr. F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza nel diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 585 ss.

ta dal diritto comunitario: a prescindere da ogni considerazione sull'incidenza decisiva che ha avuto il diritto europeo rispetto alla affermazione del principio di affidamento nel nostro ordinamento pubblicistico, resta comunque il fatto che a tale principio nel diritto europeo è riconosciuto un rilievo istituzionale, come criterio che condiziona complessivamente l'azione pubblica nella sua concreta realizzazione. Lo stesso dialogo fra ordinamenti diversi, come è posto in luce dalle Corti europee, presuppone il riconoscimento, da parte di essi, della tutela dell'affidamento, e questa tutela viene ormai assunta, più ancora che un determinato portato del diritto comunitario, come l'elemento di una concezione condivisa e matura dello Stato di diritto.

Viene naturale chiedersi se una rappresentazione così pervasiva nell'ambito pubblicistico e nello stesso tempo l'indubbia matrice privatistica del principio di affidamento testimonino oggi una comunanza di valori che trascenderebbe la stessa distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, fino a qualificare la posizione del soggetto di fronte a qualsiasi vicenda contrassegnata dall'unilateralità di un potere giuridico. In definitiva l'affidamento assumerebbe rilievo, seppur in termini non omogenei (perché pur sempre modellati in modo specifico dal contesto di riferimento), in tutte le relazioni su cui possa incidere l'esercizio di un potere giuridico in senso stretto²⁰. Anche da questo punto di vista meriterebbero di essere apprezzate alcune concezioni dei sistemi sociali che rivendicano per certi principi giuridici basilari una collocazione nell'ambiente in cui si svolgono i rapporti sociali, riconoscendo ad essi un valore generale e conformante, tanto che l'ordinamento giuridico non potrebbe in definitiva che riconoscerli e recepirli.

Le dinamiche della società attuale risultano sempre di più caratterizzate dall'esposizione al 'rischio', come fattore qualificante e nello stesso tempo selettivo, anche come incentivo per gli svolgimenti ulteriori: si tratta di una considerazione molto comune, che trova ampi riscontri nelle tendenze in atto in tutti i settori più importanti. In questo contesto, gli elementi che possono determinare e dare rilevanza alla 'fiducia' costituiscono un elemento decisivo, perché la 'fiducia' contribuisce a riportare i margini del rischio a un livello di accettabilità individuale²¹. A me pare che secondo questa logica anche la garanzia giuridica dell'affidamento nelle relazioni fra cittadini e poteri pubblici possa essere riconosciuta come lo strumento nodale per un riequilibrio: a ben vedere, un sistema imbevuto della logica del 'rischio' non ne può assolutamente fare a meno. Anche in questo senso, anzi, forse soprattutto in questo senso, l'acquisizione del principio di affidamento nel nostro ordinamento pubblicistico appare irreversibile.

3. I profili problematici: il confronto con la certezza del diritto

L'affermazione della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa ha dunque raggiunto un punto di 'non ritorno', che è coerente anche con un contesto più ampio, di ordine costituzionale, europeo, ecc. L'ampiezza

²⁰ Per spunti in questo senso cfr. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. e società*, 2014, p. 433 ss.

²¹ Cfr. LUHMANN, *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stoccarda, 1968.

riconosciuta al principio rappresenta indubbiamente un elemento da valutare positivamente, che esprime bene la sensibilità raggiunta per un valore che in origine, almeno nel nostro Paese, era stato piuttosto trascurato.

Nello stesso tempo mi sembra, però, che non possa ritenersi conclusa l'opera di elaborazione della giurisprudenza amministrativa: alcuni punti centrali meritano infatti di essere esaminati ancora e forse di essere affrontati in termini nuovi.

Un primo spunto in proposito emerge dal confronto del principio di affidamento con altri principi 'vicini'. È agevole constatare che nella giurisprudenza amministrativa, così come nell'elaborazione della Corte costituzionale e in quella delle Corti europee, i confini del principio di affidamento non siano sempre netti. In particolare si riscontra ancora la difficoltà di praticare una distinzione chiara del principio di affidamento rispetto ad altri principi generali, soprattutto rispetto alla c.d. certezza del diritto²²: ne è prova il fatto che i due principi vengono spesso richiamati insieme, quasi come se si trattasse di un'endiadi o come se dovessero convergere sempre su un medesimo risultato²³. La distinzione fra tutela dell'affidamento e certezza del diritto certamente non conduce a una contrapposizione ed ammette ampi margini di sovrapposizione, che agevola anche una certa contaminazione di valori e di soluzioni. Tuttavia la distinzione fra i due ordini di principi è necessaria: essa attiene ai loro rispettivi contenuti, ma si riflette anche sulla loro rilevanza e incidenza. Rispetto alla tutela dell'affidamento appare centrale la dimensione soggettiva, che è rappresentata dalla pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola (generale o speciale) precedente, mentre rispetto alla certezza del diritto si impone una dimensione oggettiva, che attinge alla identità del diritto e coinvolge, in ultima analisi, un valore intrinseco alla giuridicità²⁴.

Per esempio, la giurisprudenza del Consiglio di Stato sul rapporto fra sopravvenienza legislativa e giudicato amministrativo favorevole al cittadino si svolge nella logica della certezza del diritto: quando il Consiglio di Stato afferma che il giudicato che imponga all'amministrazione doveri specifici di condot-

²² Cfr. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit., p. 71 ss. (con riferimento soprattutto al principio della 'sicurezza giuridica').

²³ Cfr. SCHWARZE, *European administrative law*, Londra (Sweet and Maxwell), 1992, p. 871 ss., con riferimento alla derivazione genetica della tutela dell'affidamento nei rapporti pubblici dalla certezza del diritto. Per gli sviluppi successivi, nella giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni '70 e '80 del secondo scorso, cfr. ivi 941 ss.: sul consolidamento della considerazione dei due principi come un binomio e sulla loro identificazione come "superior rules of law", cui è accordato generalmente un "priority status" rispetto ad atti di qualsiasi rango della Comunità (v. già Corte di giustizia 14 maggio 1975, in causa n. 74/74, CNTA, che concludeva nel senso della necessità di ammettere una disciplina transitoria, a garanzia dell'affidamento degli operatori nella disciplina precedente). Ivi p. 946 ss. sulla critica alla giurisprudenza comunitaria del medesimo periodo, per non essere riuscita a definire con chiarezza i rapporti fra i due principi, anche se, secondo l'autore, la stessa circostanza che i due principi siano spesso richiamati insieme testimonia che essi siano fra loro distinti e abbiano una portata diversa.

Per la giurisprudenza italiana, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2001, n. 1317, sempre con riferimento alla certezza del diritto. Per esempi di 'sovrapposizione' con altri principi, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 1993, n. 1067, che, nel caso di un atto con previsioni ambigue, invoca il principio di affidamento per giustificare l'interpretazione più favorevole al cittadino (si deve dubitare, però, che in casi del genere sia rilevante il principio di affidamento: semmai sembra emergere una preferenza per l'interpretazione meno onerosa per il soggetto gravato); Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 novembre 1999, n. 745 (che riconduce il principio di affidamento leso da atti con effetti retroattivi ad una rappresentazione rigorosa del principio di legalità).

²⁴ Cfr. CORSALE, *Certezza del diritto: I (Profili teorici)*, in *Enc. Giur.*, vol. VI, p. 1 ss.; Schwarze, *European administrative law*, cit., p. 946 ss.

ta nei confronti del cittadino 'resiste' alla legge successiva²⁵, pratica soluzioni proprie del principio della certezza del diritto, più che della tutela dell'affidamento (e ciò si spiega probabilmente anche perché la teoria del giudicato è tradizionalmente ambientata proprio nel contesto della certezza del diritto²⁶). Tuttavia, esaminando la giurisprudenza amministrativa si rileva come spesso la distinzione venga percepita e attuata, più che definita ed elaborata in modo chiaro e consapevole.

Sarebbe interessante analizzare come le difficoltà di definizione siano riportabili a una variabilità riscontrabile anche nei documenti delle Corti europee. Nelle pronunce della Corte europea di Strasburgo, per esempio, il termine francese che identifica la tutela dell'affidamento – *confiance légitime* – è di uso molto raro, mentre il termine utilizzato più frequentemente – *espérance légitime* – sembra alludere piuttosto a una aspettativa legittima, a una sorta di 'chance': queste incertezze terminologiche sembrano essere all'origine della scelta del Conseil Constitutionnel francese di utilizzare preferibilmente un terzo termine, quello di 'attente légitime'²⁷. La continuità fra l'elaborazione della giurisprudenza amministrativa e quella della Corte costituzionale e delle Corti europee contribuisce certamente a consolidare la giurisprudenza amministrativa sulla tutela dell'affidamento, ma riproduce anche gli elementi di incertezza e i profili di problematicità.

Ai nostri fini, però, interessa soprattutto un altro punto. Come si è accennato, certezza del diritto e tutela dell'affidamento, per quanto frequentemente assimilati, sono principi diversi ed hanno una incidenza differente. La certezza del diritto, anche alla stregua della giurisprudenza amministrativa sul giudicato appena richiamata, presenta a ben vedere un nucleo precettivo preciso che esclude tendenzialmente ogni possibilità di compromessi: la relazione con interessi divergenti (si pensi al caso della legge successiva che disponga in senso contrario rispetto a un giudicato) viene affrontata nella logica di un conflitto, che deve risolversi, in quanto tale, secondo un criterio di prevalenza, e in questo conflitto il principio di certezza non può essere recessivo, perché altrimenti verrebbero posti in discussione alcuni valori fondanti (come la stessa continuità dell'ordinamento)²⁸. Il principio di affidamento, invece, nella giurisprudenza risulta più flessibile, perché, come si è già accennato, introduce tipicamente una tecnica di bilanciamento: di conseguenza il suo sacrificio è senz'altro possibile, purché sia giustificato; la sua garanzia ultima è essen-

²⁵ Cons. giust. amm. reg. sic. 23 aprile 2015, n. 356; Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3299; Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 898, *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 530; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 254, *Foro it.* 2012, III, 612. Per un quadro della giurisprudenza precedente al codice del 2010, mi permetto di rinviare a *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di CASSESE), t. V, 2° ediz., Milano, 2003, p. 4628 ss. Nella giurisprudenza amministrativa recente è riscontrabile però anche un indirizzo favorevole a soluzioni più 'elastiche', pur nella consapevolezza (talvolta dichiarata espressamente dal giudice: così Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2013, n. 1412, *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 781) che in gioco sia anche il valore della certezza del diritto "propria del giudicato".

Per la giurisprudenza costituzionale cfr. Corte cost. 7 novembre 2007, n. 364, in *Foro it.* 2009, I, 996, con nota di Caponi, *Giudicato civile e leggi retroattive*.

²⁶ La teoria del giudicato, pur nelle sue diverse espressioni, ha sempre al centro un accertamento che si caratterizza per fare 'stato'.

²⁷ C. BLANC-FILLY, *La notion conventionnelle d'espérance légitime: convergences et divergences entre appréhensions prétorienne nationale et européenne*, in *RFDA*, 2015, p. 527 ss.

²⁸ Si tratta infatti di un principio che coinvolge la stessa identità dell'ordinamento. Cfr. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione*, p. 45, con richiami anche alla identificazione della certezza del diritto come una sorta di 'superprincipio'.

zialmente di ordine procedimentale. La distinzione risulta ancora più evidente quando si guardi alle soluzioni concrete, senza fermarsi alle affermazioni di principio.

Il confronto fra i due principi, pertanto, evidenzia anche una debolezza strutturale della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (e forse anche nella giurisprudenza costituzionale²⁹). La distinzione fra questi principi corrisponde ad esiti profondamente diversi, ma il loro confronto, a ben vedere, pone in luce anche un deficit nella garanzia dell'affidamento.

Il deficit emerge concretamente anche in alcuni sviluppi più recenti della giurisprudenza amministrativa, che rispetto a talune situazioni testimoniano un regresso sensibile: sul piano della disamina delle situazioni concrete, la garanzia dell'affidamento non conduce a traguardi irreversibili. Per esempio, la giurisprudenza tradizionale che escludeva per l'amministrazione la possibilità di ripetere l'indebito riscosso in buona fede dal dipendente pubblico³⁰ appare superata dall'orientamento più recente che esclude che l'affidamento dello stesso dipendente possa prevalere sull'interesse dell'amministrazione all'integrità patrimoniale³¹. Probabilmente questa giurisprudenza è condizionata anche da ragioni contingenti, rappresentate dalla concorrenza più stretta con la giurisprudenza civile in seguito alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, e forse, più in generale, rispecchia preoccupazioni 'di sistema', determinate dalla crisi senza precedenti in atto nel settore della finanza pubblica. Resta però il fatto che essa dimostra come le premesse che orientano la giurisprudenza in materia determinino anche una certa aleatorietà della tutela dell'affidamento nelle soluzioni concrete. Questa conclusione può sembrare una contraddizione terminologica, dal momento che alla base dell'affidamento vi è proprio una ragione di stabilità; in realtà la contraddizione è reale ed è profonda: attiene alla sostanza dei valori in gioco.

4. (segue:) la tecnica del bilanciamento e la retroattività 'propria'

Una certa insoddisfazione per la soluzione fondata sul c.d. bilanciamento è emersa da tempo nel dibattito in corso, anche in Paesi diversi dal nostro, sul principio di affidamento³²; oggi, però, a mio parere assume un rilievo ancora maggiore. Alla tutela dell'affidamento dovrebbe essere riconosciuta, almeno in via tendenziale, una rilevanza 'in quanto tale', indipendente dal settore specifico che risulti coinvolto: anche questo è un corollario del carattere 'generale'

²⁹ CARNEVALE, *Più ombre che luci*, cit.

³⁰ Per un'analisi puntuale di questa giurisprudenza, cfr. VIRGA, *Il pubblico impiego*, 2ª ediz., Milano 1973, p. 466 ss., che comunque associa la buona fede dell'impiegato all'incertezza della situazione (ma l'autore, in nota, precisa anche che tale incertezza può essere identificata anche con il ritardo con cui l'amministrazione procede al recupero del credito). Incertezza oggettiva e buona fede soggettiva, in realtà, erano componenti del principio di affidamento.

³¹ Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2011, n. 6278; Cons. Stato, sez. II, 8 febbraio 2006, n. 2289/04. Per valutare le origini di questa giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 1996, n. 1253, che circoscriveva la garanzia dell'affidamento a ipotesi eccezionali, caratterizzate dal fatto che il lungo tempo trascorso avesse creato una consolidata posizione di vantaggio in favore del dipendente, e VIRGA, *Il pubblico impiego*, 3ª ediz., Milano, 1991, p. 245, nota n. 28.

³² Una tale insoddisfazione emergeva in particolare nel contributo di IMMORDINO, *Revoca degli atti*, cit., ma più di recente è stata espressa con ampiezza da GIGLI, *Nuove prospettive di tutela*, cit.

ormai riconosciuto al principio in esame. Nello stesso tempo, però, oggi questo principio ha assunto un termine essenziale di riferimento che è rappresentato dalla regolazione economica³³, attuata soprattutto da Autorità indipendenti con riguardo a determinate attività d'impresa. È comune infatti la convinzione fra i principi fondamentali, essenziali per un ordine economico maturo, nel rispetto dei quali deve svolgersi la regolazione economica, vi debba essere anche il principio di affidamento.

Ciò rende ancora più ineludibile il confronto con le soluzioni concrete che costituiscono l'esito della tutela dell'affidamento. Come si è già accennato, al riconoscimento dell'affidamento come principio generale ha fatto riscontro, anche nella giurisprudenza amministrativa, l'estensione del modello di tutela fondato sulla ponderazione degli interessi in gioco, secondo la tecnica del c.d. bilanciamento. Questa tecnica merita di essere analizzata con riferimento ad alcune situazioni che si verificano con frequenza nella regolazione di settore e che coinvolgono più da vicino il principio di affidamento.

La regolazione di settore (per esempio, nel settore dell'energia) affronta ormai da vari anni, con una intensità sempre maggiore, il tema della incidenza rispetto a aspettative pregresse³⁴. Proprio il consolidarsi della regolazione e il suo concreto affermarsi in una prospettiva di medio e lungo termine (anche per la permanenza di modelli di tariffe amministrate in mercati liberalizzati) hanno reso più frequente l'emersione di contrasti fra nuovi atti di regolazione e posizioni economiche determinate da atti precedenti.

Queste vicende riconducono a profili centrali per la tutela dell'affidamento nelle relazioni con i poteri pubblici: con essi si era confrontata alle origini l'elaborazione del principio di affidamento nell'ambito pubblicistico. Mi riferisco in particolare alla distinzione fra retroattività propria (che si traduce nella revisione della disciplina di effetti già prodotti) e retroattività impropria (che si traduce nella revisione di una disciplina riferita ad effetti non ancora prodotti di un fatto precedente, già verificatosi). Questa distinzione, che era stata accolta anche nella prima giurisprudenza costituzionale tedesca, nel corso degli anni sessanta era stata criticata per la rigidità di alcuni corollari: in particolare, perché comportava un divieto assoluto di retroattività propria, e finiva col riconoscere la possibilità, senza particolari limiti, di retroattività impropria. Nell'elaborazione successiva era stata stemperata, a favore di una concezione più generale e più flessibile della tutela dell'affidamento nei rapporti pubblicistici, e in questo contesto è emersa con forza l'esigenza di un bilanciamento, con la conseguenza, per esempio, che anche in caso di retroattività 'propria' l'affidamento potrebbe sempre essere sacrificato in presenza di un interesse pubblico 'prevalente'³⁵.

³³ Il riferimento cruciale alla dimensione delle relazioni economiche era stato già colto, in questo contesto (valorizzando particolarmente, come era naturale nell'epoca, il principio della certezza del diritto) da ALLORIO, *La certezza del diritto nell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1204, e, in generale, con riferimento ad interventi normativi che incidano su spazi precedentemente riservati all'autonomia privata, da ASCARELLI, *Certezza del diritto ed autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1238 ss.

³⁴ Cfr. già M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, cit.

³⁵ Cfr. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione*, cit., p. 45.

Va segnalato, peraltro, che la retroattività propria rappresenta tuttora, in alcuni ordinamenti, una barriera effettiva a interventi legislativi con effetti 'sfavorevoli' nei confronti dei destinatari. Cfr. BVerfG, 1° sen., 17 dicembre 2013, 1 BvL 5/08, in http://www.bverfg.de/e/ls20131217_1bv1000508.html, che in materia tributaria conferma la possibilità di ammettere solo eccezio-

Anche nella nostra giurisprudenza amministrativa più recente la distinzione fra le due figure di retroattività sembra attenuata³⁶. Per esempio, il Consiglio di Stato, nel considerare modifiche alla disciplina economica di attività regolate rispetto a periodi già esauriti, ha considerato decisivo, per la legittimità delle modifiche, non il momento della regolazione dei conti di dare e di avere, ma il momento successivo della maturazione del diritto al corrispettivo³⁷. In questo contesto anche il divieto di una retroattività propria sembra perdere il suo carattere di absolutezza.

D'altra parte il Consiglio di Stato, con una importante decisione sulle tariffe portuali di alcuni anni orsono³⁸, ha elaborato una giurisprudenza che ammette senz'altro una revisione 'ex post' delle tariffe per una prestazione già compiutamente svolta, in sede di rinnovazione di un procedimento oggetto di annullamento giurisdizionale. In questi casi la giurisprudenza ammette che possa essere costituito un onere con un titolo nuovo, rispetto ad eventi già maturati e conclusi in modo irreversibile. Di questo indirizzo il Consiglio di Stato ha fatto ampio utilizzo nella sua giurisprudenza in materia di regolazione nei settori energetici: per esempio, affermando che l'annullamento della deliberazioni dell'Autorità per l'energia sulle tariffe di distribuzione del gas non avrebbe precluso il riesercizio del potere tariffario, con efficacia ex tunc³⁹.

nalmente una retroattività propria e considera perciò con rigore il caso (peraltro accolto in via di principio) di una interpretazione autentica che comporti effetti sfavorevoli per il contribuente (su questa pronuncia cfr. PALERMO e BUTTURINI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2011-2012*, in *Giur. cost.*, 2015, 1839). Sottolinea, in confronto con questa decisione, la maggiore 'elasticità' della nostra giurisprudenza costituzionale, DE MITA, *Diritto tributario, retroattività a maglie larghe*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2016.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1 settembre 2000, n. 4653, che estende alla retroattività 'impropria' il limite della garanzia dell'affidamento (con riferimento all'entrata in vigore di un piano paesistico e alla salvaguardia delle urbanizzazioni già avviate). Cfr. Tar Lazio, sez. I, 5 febbraio 2007, n. 845, che ammette in via di principio la legittimità anche di una retroattività 'propria', purché giustificata da apprezzabili ragioni di interesse pubblico.

In una parte della giurisprudenza amministrativa, però, la distinzione non scompare però del tutto: cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2009, n. 1376, che ritiene illegittimo il provvedimento dell'amministrazione sanitaria che modifichi *in peius* le condizioni contrattuali così come praticate fino a quel momento, perché ha effetto anche su diritti sorti da prestazioni già eseguite.

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 395. Una prospettiva almeno in parte diversa era stata espressa, nella medesima vicenda, da Tar Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1.

³⁸ Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2001, n. 1807, in *Cons. Stato*, 2001, I, 779, e in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1105.

³⁹ Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4896, con riferimento agli atti adottati dall'Autorità per l'energia in seguito all'annullamento giurisdizionale della deliberazione 29 dicembre 2004, n. 248, sulla indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale ai clienti finali del mercato vincolato. La Sesta sezione, dalla configurazione generale del potere tariffario dell'Autorità e dall'affermazione della sua permanenza, nonostante il processo di liberalizzazione in atto, deduce che "l'annullamento della delibera n. 248/2004, non pregiudica, ex art. 26 della legge n. 1034/1971, la persistenza del potere amministrativo in effetti riesercitato dall'Autorità con le determinazioni prima specificate" (la decisione merita attenzione anche per altri profili: in particolare riconosce che l'annullamento giurisdizionale di deliberazioni tariffarie ha piena efficacia anche nei confronti degli operatori che fossero rimasti terzi nel giudizio. Su questa tematica e sulle oscillazioni della giurisprudenza amministrativa, con riferimento ad atti delle Autorità di regolazione, cfr. PISCITELLI e MARRA, *Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle Autorità di regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1/2015, p. 37 ss.)

Nel senso che l'annullamento di un atto di regolazione tariffaria (nel caso in questione, si trattava del prezzo massimo del servizio di terminazione delle chiamate vocali, ad opera dell'Autorità garante delle comunicazioni) non precluda "la rinnovazione del procedimento, ora per allora", cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2013, n. 21. Per un'analisi critica di questa giurisprudenza cfr. MARRA, *Ottemperanza al giudicato e regolazione retroattiva*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2015, p. 199 ss.; più in generale gli interventi di SCLAFANI, CARINGEL-

In questa giurisprudenza amministrativa appare evidente l'attrazione verso le elaborazioni della giurisprudenza costituzionale, che in casi del genere valorizza la regola della prevedibilità come elemento significativo ai fini della ponderazione fra i vari interessi contrapposti. In particolare il riesercizio del potere amministrativo dopo una sentenza di annullamento determina, nei casi considerati, l'introduzione di una disciplina con effetti retroattivi, ma questa retroattività (che è in tutti i sensi 'propria') viene giustificata, perché in definitiva la nuova disciplina è destinata a saldare i propri effetti con una disciplina precedente: di conseguenza si deve ritenere che, già alla stregua del primo esercizio del potere, l'assoggettamento a una certa disciplina deve essere considerato 'prevedibile'. Una tutela dell'affidamento non può trovare riconoscimento, là dove un nuovo intervento dei pubblici poteri debba ritenersi ragionevolmente prevedibile.

Si noti che, in questo modo, non soltanto viene circoscritta l'incidenza del principio di affidamento e ne viene condizionata l'intensità (perché l'affidamento viene limitato da una figura dai confini non sempre certi, come è la 'prevedibilità' di un evento o di una disciplina), ma dalla esclusione della rilevanza del principio di affidamento viene tratta una regola che risulta, ancora una volta, tutt'altro che coerente con le disposizioni legislative. Dalle preleggi (art.11) si desume che il divieto di irretroattività, nel caso degli atti amministrativi, possa essere derogato solo in forza di una disposizione di rango primario. Un limite del genere, che a ben vedere rispecchia la distinzione di rango fra un atto legislativo e un atto amministrativo, non viene praticato con rigore dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁰. D'altra parte esso non può ritenersi superato dagli effetti della sentenza di annullamento⁴¹: l'ordinamento ammette soltanto una 'convalida' dell'atto amministrativo illegittimo, ma è significativo che anche un intervento del genere, che comunque dovrebbe ritenersi circoscritto all'ipotesi di vizi formali o di competenza e che postula sempre la 'vigenza' dell'atto illegittimo⁴², secondo una attenta lettura potrebbe produrre effetti solo 'ex nunc'⁴³.

In realtà una regolazione economica con effetti 'ex tunc', come quella ammessa dalla giurisprudenza amministrativa in ambito tariffario, suscita forti dubbi ed essi non vengono meno per la circostanza che l'atto amministrativo abbia fatto seguito all'annullamento di un atto precedente. Qualsiasi regolazione economica (e a maggior ragione una regolazione tariffaria) introduce un oggettivo condizionamento rispetto a un'attività d'impresa ed orienta le scelte dell'imprenditore: l'imprenditore avveduto è sollecitato ad adeguare la gestio-

LA, PERRUCCI e MARRA, sul tema *Ottemperanza al giudicato di annullamento e regolazione retroattiva*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1/2016, p. 163 ss.

⁴⁰ Nel senso che tale limite non sia comunque rilevante nel caso di retroattività 'impropria' di provvedimenti amministrativi, cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4608.

⁴¹ In effetti la sentenza di annullamento non assegna nessun potere all'amministrazione: si pronuncia soltanto sulla legittimità di un potere già esercitato.

⁴² Di conseguenza la convalida non è consentita dopo l'annullamento dell'atto illegittimo. Anche questa circostanza rende evidente la distanza rispetto all'orientamento in esame, che non può certamente invocare l'istituto della convalida per ammettere atti di regolazione con efficacia 'ex tunc'. Il raffronto con la convalida non conferma dunque l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, ma semmai rappresenta un argomento notevole per smentirlo.

⁴³ Cfr. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 201 ss. Per la posizione contraria (tuttora statisticamente prevalente), che ammette invece un'efficacia 'ex tunc', sulla base della assimilazione del potere di convalida a quello di annullamento d'ufficio, cfr. di recente VASTA, *Convalida e vizi sostanziali: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto pubblico*, 2014, p. 953 ss. (soprattutto p. 970 ss.)

ne aziendale al quadro delle opportunità e degli oneri introdotto dall'atto di regolazione. In una logica economica si sostiene, anzi, che l'effetto virtuoso della regolazione è rappresentato proprio dal 'segnale' dato dal regolatore al settore regolato, e proprio in questa prospettiva si è sviluppata l'analisi sulla distinzione, spesso molto sottile in linea pratica, fra una regolazione rispettosa delle regole del mercato e i modelli invece dirigistici: la regolazione, dunque, è necessariamente 'preventiva'. Nello stesso tempo, dal punto di vista giuridico, nessun 'segnale' del genere dovrebbe riconoscersi nel caso di un atto di regolazione illegittimo e la condotta dell'imprenditore che, di fronte all'atto illegittimo, non adegui ad esso le proprie scelte aziendali risulta anch'essa meritevole di considerazione.

All'annullamento di un atto di regolazione (si pensi ancora particolarmente al caso dell'annullamento di un atto tariffario ⁴⁴) sopravvive certamente il potere dell'amministrazione, ma, alla luce di quanto si è esposto, non appare per nulla scontato che un potere del genere possa esercitarsi anche con efficacia 'ex tunc'. In ogni caso, se anche dovesse ammettersi in astratto un riesercizio del potere con efficacia 'ex tunc', esso in concreto dovrebbe essere rigorosamente subordinato alle diverse, e talvolta contrapposte, situazioni di affidamento configurabili in relazione al precedente atto di regolazione. Ciò in molti casi renderebbe impossibile, in linea pratica, il riesercizio del potere. Infatti il nuovo atto inciderebbe su una gestione aziendale che si è ormai irreversibilmente prodotta sia ad opera dell'imprenditore ossequiente che si è uniformato all'atto di regolazione illegittimo, sia ad opera dell'imprenditore più accorto che, riconosciuta l'illegittimità dell'atto di regolazione, non si è uniformato ad esso. E nessun nuovo atto di regolazione può indurre, rispetto al passato, una gestione aziendale conseguente.

In altre parole, se si condivide la convinzione che fra i canoni della regolazione di settore vi debba essere una coerenza praticabile fra la regolazione e le scelte imprenditoriali successive, le obiezioni a una regolazione 'ex tunc' appaiono molto forti. In ogni caso non pare che, in presenza di un annullamento, sia fisiologico (come invece ritiene la giurisprudenza amministrativa) che l'amministrazione fruisca ancora di un'ampia discrezionalità rispetto all'esercizio del potere regolatorio in via retroattiva, con il solo limite, peraltro consueto, rappresentato dall'osservanza della regola sancita nella sentenza di annullamento (e la cui violazione aveva determinato l'illegittimità dell'atto). Non sembra sufficiente neppure un temperamento orientato alla logica del bilanciamento richiamata comunemente per tutelare l'affidamento, perché in casi del genere la retroattività contraddice sempre all'affidamento, anche perché si profilano affidamenti di segno diverso. Appare significativo, d'altronde, che, proprio in alcune vicende caratterizzate dall'annullamento di un atto amministrativo, sia stato prospettato uno spazio nuovo per la tutela risarcitoria, ricostruita dalla Cassazione come risarcimento per il pregiudizio cagionato all'affidamento del cittadino dall'amministrazione con un intervento illegittimo ⁴⁵. Questa giurisprudenza appare probabilmente un po' rozza nelle sue argomentazioni, ma identifica una esigenza reale, come è testimoniato anche dalla cir-

⁴⁴ Rispetto alle considerazioni svolte, può ammettersi un'eccezione nel caso di annullamento disposto per ragioni meramente formali. In questo caso, a ben vedere, si dovrebbe però addirittura dubitare della possibilità di un annullamento, ai sensi dell'art. 21-octies della legge n. 241/1990.

⁴⁵ Mi riferisco, come è evidente, all'indirizzo avviato da Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594, n. 6595, n. 6596, in *Foro it.*, 2011, I, 2387 e in *Giur. it.*, 2012, 192, con nota di COMPORTI.

costanza che, pur essendo vivacemente contrastata per alcuni profili inerenti al riparto di giurisdizione, le pronunce dissenzienti ne hanno però accolto tutte le conclusioni di ordine sostanziale.

In effetti l'unica alternativa praticabile alla esclusione rigida di una regolazione retroattiva (nel senso della retroattività propria, come si è visto) risulta rappresentata proprio da una valorizzazione della responsabilità dell'autorità di regolazione che abbia provveduto illegittimamente. Si tratta di una soluzione che fino ad oggi, come è noto, è stata esorcizzata in ogni modo, tanto che proprio la convinzione di poter superare in questo modo le condizioni per le pretese risarcitorie suscitate da una sentenza di annullamento ha incentivato di fatto il ricorso a una regolazione con effetti 'ex tunc'. Alla luce di quanto si è visto, non pare, però, che le soluzioni accolte dalle Autorità di settore e condivise dalla giurisprudenza amministrativa possano dirsi effettivamente rispettose di un livello minimo di garanzia per l'affidamento.

5. (segue:) la tecnica del bilanciamento e le modifiche ad incentivazioni economiche

Il tema della regolazione rispetto a pretese pregresse assume rilievo, però, soprattutto rispetto a vicende che sarebbero riconducibili, secondo la logica della distinzione già richiamata, alla c.d. retroattività impropria o, più semplicemente, a vicende di successione delle norme nel tempo⁴⁶. Il tema, infatti, risulta di particolare evidenza rispetto ai nuovi atti di regolazione che privino di efficacia previsioni precedenti che avevano introdotto incentivazioni di lungo periodo per interventi infrastrutturali, o, più in generale, che alla scadenza di atti precedenti non confermino (in tutto o in parte) le forme di incentivazione che essi avevano previsto⁴⁷.

Gli interventi infrastrutturali demandati alle imprese richiedono normalmente investimenti a lungo termine, con tutti i rischi che ne derivano dal punto di vista aziendale e le complessità che li caratterizzano dal punto di vista finanziario. Di conseguenza spesso, per orientare l'impresa verso l'investimento, sono state introdotte incentivazioni specifiche, destinate ad avere effetto per un certo periodo e che, nell'intenzione dell'autorità che le ha previste, dovrebbero essere tali da compensare il margine di non remuneratività dell'inter-

⁴⁶ Per la posizione della Corte costituzionale rispetto a questa tematica, cfr. Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56, in *Giur. cost.*, 2015, 488, con nota di CHIEPPA, e Corte cost. 16 luglio 2014, n. 200, in *Giur. cost.* 2014, 233 ss., sul prelievo introdotto a carico di una determinata attività economica già avviata con l'esigenza dell'erario di acquisire nuove entrate per far fronte a un evento straordinario (evento sismico). La Corte, nel primo caso, utilizzando in termini ampi il canone della ponderazione, ha dichiarato la questione infondata, dando rilievo alla circostanza che l'attività economica richiedeva in concreto una concessione amministrativa e ciò l'avrebbe modellata verso la modifica delle condizioni originarie. Nel secondo caso la Corte ha optato per una sentenza interpretativa di rigetto, quanto mai problematica negli effetti pratici, senza intervenire, come sarebbe stato auspicabile, con una pronuncia piana sulla questione di legittimità costituzionale.

⁴⁷ Cfr. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento*, in *Riv. giur. servizi pubbl.*, 2014, p. 37 ss.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività – Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1825 ss. e p. 2089 ss. L'importanza di questa prospettiva era già stata colta con chiarezza da PERICU, *Le sovvenzioni amministrative*, vol. II, p. 178 ss. e p. 315 (ivi – note n. 330 e 331, sulla tutela dell'affidamento).

vento. Proprio nel settore dell'energia, però, si è verificato più volte che, una volta realizzata l'infrastruttura, le condizioni dell'incentivazione siano state modificate 'in peius'.

Ne è esempio il caso delle agevolazioni economiche per la realizzazione o l'adeguamento tecnologico di alcune tipologie di impianti per la produzione d'energia. In particolare una decina di anni orsono, in una vicenda di particolare rilievo economico⁴⁸, veniva disposta una revisione delle incentivazioni innanzi tutto con una serie di atti assunti dall'Autorità di settore che modificavano 'in peius' l'incentivazione, riducendo il beneficio per l'imprenditore. Il Tar Lombardia nel 2007 aveva ritenuto illegittimo questi atti perché, fra l'altro, ledevano l'affidamento degli operatori che erano stati indotti dalla previsione della incentivazione a sostenere gli oneri per investimenti molto gravosi⁴⁹. Il Consiglio di Stato, però, nel 2008, riformava le pronunce del Tar, ritenendo che non si configurasse alcuna lesione dell'affidamento⁵⁰. Il Consiglio di Stato dava rilievo alla circostanza che, per ragioni contingenti, era risultato inapplicabile un parametro che era presente nell'algoritmo in base al quale doveva essere determinato l'incentivo: questa circostanza veniva identificata come un fatto nuovo che avrebbe determinato il superamento dell'affidamento degli operatori all'applicazione di quella stessa formula per l'incentivazione. La tutela dell'affidamento, insomma, sarebbe ancorata nei rapporti con l'amministrazione a una condizione 'rebus sic stantibus', con tutte le fragilità che seguono a questa condizione⁵¹. Addirittura in alcune pronunce la stessa circostanza che in discussione fosse un'incentivazione è stata invocata per escludere la configurabilità stessa di un affidamento, come se le incentivazioni fossero per loro natura passibili di modificazione in qualsiasi momento⁵².

Così sembra accolta, però, una concezione limitata dei margini di tutela dell'affidamento. In base a questa concezione la tutela dell'affidamento, anche nel caso degli investimenti infrastrutturali, non è identificata con un risultato

⁴⁸ La vicenda richiamata nel testo attiene alla revisione delle incentivazioni disciplinate dal provvedimento CIP 29 aprile 1992, n. 6/1992, in applicazione dell'art. 20 della legge 9 gennaio 1991, n. 9. Per rilanciare nel nostro Paese gli investimenti nel settore della produzione di energia elettrica (che l'allora monopolista non era in grado di sostenere in modo pieno) il legislatore aveva introdotto deroghe al regime di monopolio e aveva previsto agevolazioni per gli operatori privati che avessero realizzato nuovi impianti: fra queste agevolazioni la più significativa era rappresentata dalla garanzia dell'acquisto, da parte di Enel, dell'energia prodotta da questi impianti, a un prezzo incentivato per un periodo prestabilito. Prima della scadenza di tale periodo alcuni elementi dell'incentivazione venivano però variati unilateralmente dall'Autorità per l'energia, evidentemente in considerazione del costo che comportavano per il sistema.

⁴⁹ Tar Lombardia, sez. IV, 10 luglio 2007 n. 5364.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. VI, con decisione 28 marzo 2008, n. 1275. Nel frattempo anche il legislatore, nella legge finanziaria per il 2008, aveva provveduto a legittimare 'ex post' l'intervento dell'Autorità per l'energia (v. art. 2, comma 141, l. 24 dicembre 2007, n. 244). All'obiezione che l'intervento legislativo avrebbe violato alcuni canoni generali (desunti anche dalla CEDU), il Consiglio di Stato, nella decisione cit., replicava che la norma avrebbe avuto carattere essenzialmente 'ricognitivo', ribadendo così implicitamente anche in questo modo la sua convinzione circa l'immanenza del potere dell'amministrazione e l'esclusione di qualsiasi affidamento meritevole di tutela.

⁵¹ Cfr. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., p. 218 ss., che riconduce a questo principio sia la disciplina del recesso negli accordi pubblici, sia la giurisprudenza sulla tutela del privato che abbia sottoscritto con l'amministrazione una convenzione urbanistica. Come cercherò di spiegare più avanti, a mio parere la clausola 'rebus sic stantibus' può essere rilevante ai fini del riesercizio del potere dell'amministrazione, ma non può giustificare il sacrificio dell'affidamento.

⁵² Cons. Stato, sez. VI, ord. 2 febbraio 2012, n. 572, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, I, 209.

(nell'esempio proposto, con un risultato economico), ma risulta subordinata a tutte le circostanze contingenti che possono comunque verificarsi nella maturazione della fattispecie legale. Fra l'altro ai primi interventi dell'autorità amministrativa, che avevano comportato una modifica peggiorativa per gli operatori, avevano fatto seguito interventi legislativi, prima dello stesso segno, diretti a consolidare tale modifica, e poi più drastici, diretti a mutare sostanzialmente i termini economici dell'incentivazione.

Rispetto invece al caso più generale delle clausole di incentivazione contenute negli atti di regolazione, va precisato, innanzi tutto, che essi in genere si inseriscono in discipline con una propria efficacia temporale, secondo lo schema dei c.d. 'periodi regolatori'. Proprio in considerazione dell'articolazione istituzionale in 'periodi' temporali circoscritti, la giurisprudenza è ferma nell'escludere che le misure di agevolazione stabilite per un certo periodo regolatorio comportino un affidamento alla conservazione dell'agevolazione nel successivo periodo regolatorio⁵³. La temporaneità della disciplina, ancorché riferita a interventi di notevole peso economico, viene assunta come un dato strutturale, incompatibile con la tutela di posizioni di più ampia durata. D'altra parte, seguendo lo stesso indirizzo, non si può ammettere una tutela dell'affidamento là dove la variazione sia fisiologica nel sistema e dunque, per definizione, risulti 'prevedibile'. Il rischio da regolazione va considerato come 'normale': le regole del gioco sono tali e note a tutti gli operatori. Ammettere il contrario equivarrebbe, alla stregua di quanto sostengono le autorità di regolazione e la giurisprudenza amministrativa, a riconoscere una tutela dell'operatore in presenza di qualsiasi 'delusione' per una modifica nella regolazione, conclusione già ritenuta inaccettabile sul piano generale, oltre che per ragioni istituzionali, anche per la paralisi che ne deriverebbe a livello normativo e sociale.

Conclusioni del genere, però, non sembrano conclusive e lasciano spazio anche a una riflessione critica. Esse, infatti, propongono soluzioni che ignorano la realtà economica dell'intervento soggetto ad incentivazione; la tutela dell'affidamento, invece, va interpretata, nella sua valenza giuridica, tenendo in considerazione anche il profilo economico. Nell'ambito di una regolazione economica, non è ragionevole ammettere una frattura fra il quadro giuridico e la realtà economica. D'altra parte l'affidamento ha un suo oggetto materiale, in questi casi di ordine economico, e pertanto per verificare la sua rappresentazione rispetto a certe vicende non è possibile prescindere dal dato economico. Di conseguenza anche il tema della 'soglia' per la tutela, che è stato posto efficacemente in luce anche dalla giurisprudenza, non può essere affrontato ignorando il contesto economico in cui si collocava la previsione precedente.

In altre parole, una incentivazione, anche quando sia stata introdotta da una regolazione temporanea e dettata per un singolo 'periodo', viene percepita ragionevolmente dagli operatori come un 'segnale' forte e non equivoco d'invito a un investimento: la regolazione, in tali casi, è essa stessa fonte di af-

⁵³ Il principio è stato confermato anche con riferimento alla riduzione degli incentivi nel passaggio dal quarto al quinto conto energia, nel settore dell'energia solare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1768). Nel senso che la tutela dell'affidamento, ai sensi della disciplina comunitaria in tema di sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili, rilevi soltanto ai fini dei rapporti dello Stato nei confronti dell'Unione, e non anche ai fini dei rapporti fra lo Stato e gli operatori del settore per la modulazione degli interventi di sostegno, Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2015 n. 1442; nel senso che anche nell'ambito degli stessi incentivi l'interferenza di valori costituzionali diversi comporterebbe comunque l'esigenza di subordinare l'affidamento degli operatori al bilanciamento degli interessi da parte del legislatore, cfr. Cons. Stato, VI, 8 agosto 2014, n. 4234.

fidamento. Il valore e le caratteristiche di questo 'segnale' vanno valutati non in funzione del solo profilo formale rappresentato dalla temporaneità del periodo di regolazione, ma anche in funzione delle caratteristiche obiettive dell'investimento. Di conseguenza, la portata dell'affidamento va verificata dando rilievo anche al ciclo economico dell'investimento su cui incide l'incentivazione.

Pertanto deve ammettersi la tutela dell'affidamento anche quando l'operatore proceda a un investimento, sulla base di incentivazioni assunte in un atto di regolazione, ancorché temporaneo: in questa prospettiva vanno e devono essere considerate le modifiche sostanziali alle stesse incentivazioni introdotte in un nuovo atto di regolazione.

In conclusione, un sistema maturo esige, attraverso la tutela dell'affidamento, che il potere pubblico rispetti tutti gli impegni che ha assunto nei confronti di un operatore economico: questi impegni, da parte loro, vanno ricostruiti integrando il profilo strettamente giuridico con quello economico.

6. L'esigenza di una tutela differenziata e più rigorosa dell'affidamento

Nella dottrina meno recente, che esprimeva ancora difficoltà a leggere in vari istituti del diritto amministrativo la rilevanza dell'affidamento e che comunque non aveva elaborato la tutela dell'affidamento come principio generale nelle relazioni fra l'amministrazione e il cittadino, era riconosciuto con chiarezza che certe situazioni che oggi sono ricondotte alla garanzia dell'affidamento non potevano essere sacrificate all'interesse pubblico. Emblematica, in questo contesto, era l'affermazione che il riesercizio del potere amministrativo (per lo meno quando non avesse causa in una ragione di illegittimità) incontrasse un limite nei c.d. diritti quesiti⁵⁴. I due 'poli' della riflessione erano d'altronde proprio il rango dei diritti quesiti (che richiamava al tema della retroattività) e la vicenda dell'annullamento d'ufficio (che richiamava al confronto con il principio di legittimità): forse proprio la diversità delle soluzioni accolte nell'uno e nell'altro caso rendevano difficile cogliere l'incidenza di un elemento comune rappresentato dalla tutela dell'affidamento.

Questa posizione della dottrina è divenuta recessiva, da quando la tutela dell'affidamento ha assunto, almeno in via tendenziale, una rilevanza 'in quanto tale', indipendente dall'ambito concretamente coinvolto: al riscontro di un fattore oggettivo di continuità, riconosciuto nell'affidamento, è corrisposta l'estensione, ai diversi casi, di una tecnica comune, rappresentata dal bilanciamento degli interessi in gioco. In questo modo, però, anche nei casi in cui

⁵⁴ A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15° ediz., Napoli, 1989, vol. I, pp. 720-721. Per le origini di questa concezione, ricondotta in genere a un canone di indisponibilità di determinati effetti già prodotti dall'atto amministrativo di primo grado, cfr. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato*, cit., p. 137 ss. e soprattutto IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi*, cit., p. 62 ss. Per una valutazione del "limite dei diritti" come elemento attraverso il quale, più ancora di ogni altro, "si è cercato di equilibrare il rapporto tra il potere di revoca e la garanzia delle posizioni degli interessati", cfr. ancora IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., p. 62 ss.

La tematica ha una dimensione più generale. Basti pensare alla figura dei "droits acquis" in Francia come limite alla retroattività degli atti di revoca, o alla dialettica fra gli "erworbenen Rechte" e il riesercizio del potere nel modello e nell'applicazione in Germania del § 49 VwVG.

la tutela dell'affidamento richiede una maggiore rigidità della tutela, è subentrato un criterio di ponderazione: il modello dell'annullamento d'ufficio ha assunto un valore paradigmatico generale.

Come dimostra proprio la vicenda dell'annullamento d'ufficio, la ponderazione degli interessi è indubbiamente fisiologica per molte situazioni di diritto amministrativo nelle quali assume rilievo la tutela dell'affidamento. Essa si risolve tipicamente nella tecnica del bilanciamento.

La generalizzazione di questa tecnica, come 'soluzione' cui è rimessa concretamente la tutela dell'affidamento, nei casi che sono stati appena considerati suscita forti perplessità. Quando sono in gioco istituzionalmente attività economiche, utilizzare il canone generale del 'bilanciamento' significa optare per un sistema che enfatizza il 'rischio' rinunciando a un equilibrio effettivo con la 'fiducia'. In assenza di una ragione giuridica apprezzabile, viene sacrificata una tutela effettiva ('seria') dell'affidamento.

Tutto ciò, fra l'altro, espone al pericolo di generalizzare anche soluzioni piuttosto epidermiche, fondate su formule stereotipe: si consideri, per esempio, la giurisprudenza amministrativa che con sempre maggiore frequenza assegna all'interesse patrimoniale dell'amministrazione (o della collettività) il rango di argomento non soltanto sufficiente, ma addirittura prevalente rispetto all'affidamento del cittadino⁵⁵.

Fra l'altro la tecnica del bilanciamento rispecchia a sua volta il postulato che l'interesse generale, in linea di principio, possa giustificare sempre il sacrificio dell'interesse individuale. A questa stregua, nelle relazioni fra amministrazione e cittadino, la tutela dell'affidamento finisce con l'essere assorbita nell'interesse legittimo tout-court (in genere in un interesse legittimo oppositivo, ma talvolta anche in uno pretensivo). Una distinzione dovrebbe recuperarsi alla luce della 'particolare' considerazione che dovrebbe ricevere la tutela dell'affidamento, come una sorta di interesse legittimo 'forte', e perciò destinato a prevalere rispetto ad interessi pubblici 'deboli' (così come si verifica anche nella giurisprudenza costituzionale sulla retroattività propria): in questo modo, però, a ben vedere, finisce col rilevare più sul piano quantitativo, che sul piano qualitativo che è quello proprio delle garanzie⁵⁶.

Indubbiamente a questo esito della estensione della tecnica del bilanciamento, che suscita più di una perplessità, ha contribuito anche l'impasse della riflessione dottrinale precedente al riconoscimento del valore generale del principio di affidamento: si pensi, in particolare, alle difficoltà riscontrate per una identificazione precisa della figura dei 'diritti quesiti'. Ciò nonostante il nucleo di questo argomento presentava un valore apprezzabile, e il suo valore appare testimoniato, oltre che dalle analogie con altri ordinamenti, anche dalla circostanza che nel nostro ordinamento positivo non è stato per nulla superato: per esempio, in materia di contratti pubblici, la stipula del contratto viene

⁵⁵ Si pensi alla giurisprudenza in tema di annullamento d'ufficio di atti che comportino esborso per l'amministrazione. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 1996, n. 1253, che conclude che l'interesse pubblico concreto all'annullamento di un atto illegittimo è sempre "in re ipsa" quando l'atto comporti una spesa per l'erario (la sentenza, richiamandosi all'indirizzo allora prevalente, ammette, come limite all'annullamento, la tutela dell'affidamento per il pubblico dipendente che abbia "creato una consolidata posizione di vantaggio", argomento oggi non più utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa, come è stato segnalato nella nota n. 27).

⁵⁶ Cfr., per l'ordine costituzionale cfr. anche PIZZORUSSO, *Certezza del diritto: II. (Profili applicativi)*, in *Enc. giur.*, vol VI, 6, ove si propone di ammettere interventi legislativi 'retroattivi' "soltanto nei casi di assoluta necessità" e dando conto della "piena consapevolezza dei problemi che essi(i) determinano".

ritenuta un vincolo insuperabile per l'esercizio di poteri pubblicistici di riesame da parte dell'amministrazione⁵⁷. Neppure una esigenza di garantire interessi pubblici 'prevalenti', come invece si ammette nei casi di ponderazione degli interessi in gioco, può mettere in discussione un vincolo di questo genere⁵⁸.

Il confronto con le posizioni originarie o tradizionali, che invece prospettavano un quadro molto più variegato e che in talune ipotesi ammettevano vincoli tassativi (si pensi all'esclusione netta di una retroattività propria; alla figura, per molti versi analoga, dei diritti quesiti; ecc.) suscita il dubbio che nei suoi sviluppi la giurisprudenza amministrativa, all'obiettivo di estendere la portata del principio di affidamento e di individuare per esso un modello generale, abbia sacrificato alcune implicazioni importanti in merito alle soluzioni da adottare per la tutela di tale principio. All'ampliamento dei casi in cui al principio è stata riconosciuta rilevanza sembra essere corrisposto un indebolimento della portata effettiva dell'affidamento stesso rispetto a varie relazioni giuridiche concrete del cittadino con l'amministrazione. Come se, per annettere nuovi spazi al principio, consapevolmente o meno sia stato accettato il compromesso di indebolirne contestualmente l'intensità e l'incidenza.

In molte situazioni (i casi esaminati in precedenza, attinenti all'affidamento rispetto a interventi propriamente retroattivi o a incentivazioni in corso di godimento o a incentivazioni per investimenti infrastrutturali, rappresentano solo degli esempi) il nucleo essenziale della tutela dell'affidamento è rappresentato da una garanzia che non può prescindere dal risultato economico concreto: le soluzioni, anche nel diritto pubblico, non possono che essere coerenti con questo carattere. Non si tratta d'altronde di una vicenda del tutto eccentrica sul piano giuridico: non può sfuggire, infatti, che proprio in questa prospettiva è recuperato un elemento di continuità rispetto alla rilevanza dell'affidamento nel diritto privato o in alcuni settori speciali, come il diritto tributario.

Utilizzare in casi del genere il canone generale del 'bilanciamento' non convince, perché non lascia spazio a una tutela effettiva ('seria') dell'affidamento. Imporre il modello ispirato alla 'ponderazione' di interessi che vige, in particolare, in materia di annullamento d'ufficio comporta il sacrificio consapevole della dimensione sostanziale dell'affidamento e la sua riduzione a un mero fattore di rilevanza 'procedimentale'. Richiamando le concezioni 'pregiuridiche' menzionate all'inizio, rimettere la tutela dell'affidamento essenzialmente a soluzioni fondate sulla ponderazione degli interessi significa optare per un sistema che enfatizza il 'rischio', rendendolo istituzionale, e rinuncia così a un equilibrio effettivo con la 'fiducia'⁵⁹.

⁵⁷ Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, in *Foro it.*, 2015, III, 67.

⁵⁸ Un esempio non meno significativo (anche se non concretato in una pronuncia dell'adunanza plenaria) è rappresentato da Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2012, n. 4362: viene annullata la deliberazione di un ente locale che incrementava, in corso d'anno, la retta per la frequenza di un asilo-nido. Il Consiglio di Stato rileva come l'iscrizione all'asilo-nido avesse comportato un affidamento delle famiglie a sostenere la spesa originariamente indicata. In questo caso (e ciò rende la sentenza ancora più rimarchevole) la garanzia dell'affidamento è stata ritenuta prevalente anche rispetto alla circostanza che una specifica disposizione legislativa (art. 53, comma 16, della l. 23 dicembre 2000, n. 388) ammettesse anche un'efficacia retroattiva.

In realtà proprio esempi del genere testimoniano come il profilo critico, rispetto alla tutela dell'affidamento, sia identificabile proprio nel quadro delle attività economiche d'impresa, come se la componente di 'rischio' che caratterizza tali attività potesse giustificare una maggiore permeabilità rispetto a sopravvenienze normative anche retroattive. Per ulteriori spunti a sostegno di questa considerazione, cfr. Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56 cit.

⁵⁹ È un rischio la cui gestione viene infatti rimessa a una sorta di 'condominio' fra giurisprudenza e amministrazione, come è espresso d'altronde dalla formula secondo cui la violazione

7. L'esame delle obiezioni e le ragioni del modello indennitario

A una concezione 'forte' della tutela dell'affidamento nelle relazioni pubblicistiche può opporsi la critica che tale concezione introduce limiti ulteriori a quella 'variabilità' nella regolazione dei rapporti fra l'amministrazione e il cittadino che viene considerata soprattutto oggi come una condizione essenziale per lo sviluppo dell'ordinamento, del sistema economico e perciò in generale della società⁶⁰. La garanzia dell'affidamento, nei rapporti pubblicistici, è percepita comunemente come una remora alla 'variabilità' in ambito giuridico; nella logica della concezione 'forte' che è stata qui proposta, si verificherebbe proprio una ulteriore riduzione delle alternative possibili, come d'altronde parrebbe imposto dal fatto che la violazione dell'affidamento viene tradotta usualmente in formule di invalidità. Non deve sfuggire, però, che questa percezione diffusa sconta nel nostro diritto amministrativo una posizione ideologica che appare sempre meno convincente e sostenibile.

La traduzione di 'principi' come l'affidamento in regole di validità può sembrare un esito naturale nel nostro diritto amministrativo, per il quale è rimesso essenzialmente all'atto amministrativo di dettare la disciplina (generale o speciale) del rapporto fra l'amministrazione e il privato. Lo stesso canone del bilanciamento, di cui si sono segnalati alcuni limiti, si ambienta tipicamente in un sistema del genere.

In realtà, come è emerso dalle considerazioni già svolte, in vari casi il nucleo essenziale della tutela dell'affidamento appare rappresentato, però, da una garanzia che non può prescindere dal risultato economico concreto. Ciò risulta incompatibile con un modello di illegittimità che, secondo quanto si è già ricordato, si incentra tipicamente sulle figure dell'eccesso di potere. Nelle relazioni con l'amministrazione la verifica dell'eccesso di potere è agevolata dall'esame della motivazione dell'atto e l'importanza della motivazione viene giustamente sottolineata in modo particolare nella regolazione di settore anche rispetto ad atti di carattere generale o normativo. Anche il sindacato sulla motivazione risulta però inadeguato, ai fini che qui rilevano: la sufficienza della motivazione evita infatti, come è noto, un'indagine sulla corrispondenza reale dell'atto alle caratteristiche dei fatti e degli interessi che ad essi corrispondono. Il sindacato sulla motivazione rappresenta, nonostante alcune concezioni troppo ottimistiche, un diaframma rispetto alla conoscenza della situazione reale e perciò non consente di attingere al dato economico che invece, nel nostro caso, è decisivo.

D'altra parte, l'esigenza di fondo non è superata neppure trasferendo il sindacato sull'atto dal modello dell'eccesso di potere a quello della violazione di legge. Una soluzione del genere scontenterebbe ancora l'exasperazione di un modello che nella nostra cultura del diritto amministrativo enfatizza i rimedi che gravano sull'atto rispetto a quelli che si traducono in compensazioni patrimoniali. Si dimentica così che, proprio in vicende che coinvolgono direttamente l'affidamento del cittadino, anche il nostro diritto positivo propone sempre più spesso un modello alternativo fondato su compensazioni patrimoniali, le

della tutela dell'affidamento può condurre al vizio di eccesso di potere, ma non a violazione di legge. In questo modo, infatti, un ruolo decisivo risulta assegnato anche alla giurisprudenza, cui è demandato verificare (e individuare) la regola del caso concreto.

⁶⁰ Sul rapporto fra certezza e 'modificabilità' del diritto cfr. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto: Il (Profilo applicativo)*, in *Enc. giur.*, vol. VI, p. 2 (ove la 'modificabilità' viene considerata come una condizione irrinunciabile per la stessa razionalità del diritto).

c.d. indennità⁶¹. È significativo che in ordinamenti pur vicini al nostro, come quello francese, il sistema fondato sull'indennità abbia ricevuto invece una intensa valorizzazione, sovrapponendosi, sia in termini pratici che sul piano sistematico, anche sulla responsabilità civile dei poteri pubblici o, almeno fino a un'epoca recente, su vicende come il sindacato di legittimità della legge⁶². E analoghe valorizzazioni si riscontrano anche in ordinamenti, come quello tedesco, dove coesiste una lunga tradizione di sindacato sulla legittimità della legge⁶³.

La garanzia dell'affidamento va sottratta, a mio parere, a quella prospettiva appiattita essenzialmente sul tema della legittimità degli atti cui si ispira ancora oggi la nostra giurisprudenza pubblicistica. A questa prospettiva va opposta la considerazione che in molti casi (come nel caso delle incentivazioni economiche) la tutela dell'affidamento non può essere attuata in termini formali, corrispondenti a un risultato procedimentale nella logica del bilanciamento, ma va attuata anche in termini sostanziali, rappresentati dalla garanzia di un valore già precedentemente riconosciuto dall'ordinamento. Il baricentro della tutela deve essere conseguentemente rivisto ed è su questo nuovo baricentro che deve attestarsi la verifica di legittimità.

In altre parole, la ponderazione degli interessi in gioco e la valutazione dell'affidamento in un contesto 'procedimentale' sono elementi necessari, ma non sufficienti. Nei casi già esaminati, un risultato finale valutabile in termini economici deve comunque essere garantito.

Ciò non significa che le esigenze di 'variabilità' dell'assetto dei rapporti con l'amministrazione vengano negate del tutto. Esse possono essere pienamente rappresentate ammettendo la possibilità di un sacrificio dell'affidamento a un certo assetto reale, magari accogliendo la tecnica del bilanciamento, ma purché il sacrificio sia compensato da una riparazione patrimoniale a titolo di indennità⁶⁴.

⁶¹ Per il loro insuccesso pratico, cfr. da ultimo CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012. Per riferimenti al modello indennitario come strumento per integrare la tutela dell'affidamento, cfr. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela*, cit., p. 182 ss.

⁶² Sul punto mi permetto di rinviare a *La responsabilità dell'amministrazione: il confronto con il principio dell'eguaglianza nei 'carichi pubblici' nel diritto francese, alla luce di una decisione del Conseil d'État del 1923*, in AA.VV., *I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera*, Napoli, 2011, p. 119 ss. Per le origini di questo modello cfr. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, in *Repertoire de droit administratif*, 1906 (ristampa Parigi 2009), su cui cfr. *Diritto pubblico*, 2009, p. 1017 ss.; per l'assetto attuale cfr. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15° ed., tomo II, Parigi 2001, p. 1227 ss.; (dello stesso autore *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Parigi, 1964, ristampa Parigi, 2010); per gli sviluppi fino all'avvio del nuovo secolo, con ampi riferimenti soprattutto alla giurisprudenza del Conseil d'État derivata dal caso La Fleurette (Conseil d'État 29 giugno 1934) che ha individuato uno spazio per il modello indennitario anche nei confronti degli interventi legislativi, cfr. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Parigi, 2003.

⁶³ Cfr. da ultimo BVerfG 6 dicembre 2016, in www.bundesverfassungsgericht.de. Il giudice costituzionale tedesco ha ritenuto non illegittima la decisione (assunta in Germania in seguito all'incidente nucleare di Fukushima) di accelerare la conclusione del ciclo di attività delle centrali atomiche, ma ha riconosciuto contestualmente la spettanza di un'indennità ai titolari delle centrali così pregiudicati.

⁶⁴ In questo senso cfr., con riferimento all'annullamento d'ufficio, RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Giust.amm.*, 2016, n. 12, secondo cui i rapporti di durata sarebbero sempre più caratterizzati oggi dalla garanzia "di un diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio". Cfr. anche BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 704 ss., nel senso della necessità di integrare l'assetto dell'annullamento d'ufficio con una garanzia patrimoniale.

In questa prospettiva anche l'incentivazione, una volta concessa, non risulta del tutto intangibile e sottratta a ripensamenti di sorta, in relazione al mutamento del quadro economico generale: è possibile infatti un'alternativa alla conservazione dell'incentivazione o del beneficio economico pregresso, ed essa va rappresentata da una revoca che sia associata a un effettivo indennizzo per l'operatore. Le disposizioni che già oggi prevedono indennità del genere, e che significativamente riguardano istituti paradigmatici nel nostro ordinamento amministrativo, vanno riconosciute come testimonianze di un principio più generale, già oggi vigente. Si pensi al quarto comma dell'art. 11 della legge n. 241/1990, sull'indennizzo dovuto nel caso di recesso da un accordo pubblico, o, al quarto comma dell'art. 21-quinquies della stessa legge, sull'indennizzo dovuto nel caso di revoca di un provvedimento vantaggioso per il privato, di importanza ancora maggiore perché idoneo a definire in termini generali le condizioni per il c.d. riesercizio del potere amministrativo⁶⁵. D'altra parte di recente proprio la Corte di cassazione ha lasciato aperta tale soluzione, a proposito di vicende che, a causa della illegittimità della legge che le prevedeva, avevano comportato la soppressione di incentivazioni in forza delle quali erano stati eseguiti gravosi investimenti nel settore energetico⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., p. 193 ss. e p. 260 ss.

Questo profilo non sembra essere stato colto adeguatamente dalla giurisprudenza amministrativa, che ha confuso il carattere propriamente innovativo e generale del principio (da cui deriva la necessità di adottarlo come criterio univoco di interpretazione della legge, con forza prevalente su altre disposizioni precedenti), con una sorta di applicabilità 'tendenziale' o addirittura solo residuale, tale cioè da non escludere la vigenza di soluzioni del tutto divergenti. Si veda sul punto la giurisprudenza che esclude il diritto all'indennizzo nel caso di revoca di concessioni demaniali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2014, n. 4841; Tar Campania, sez. VII, 4 settembre 2013, n. 4165), in piena continuità con la giurisprudenza precedente alle innovazioni sulla revoca introdotte dalla riforma del 2005 nella legge n. 241/1990 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2001, n. 4184). Nel caso di revoca delle concessioni demaniali, l'esclusione della tutela dell'affidamento del cittadino era stata affermata con forza da Corte conti, sez. contr., 23 ottobre 1996, n. 138, in Cons. Stato, 1997, II, 62, con riferimento allora all'art. 10 della legge n. 241/1990, sulla base dell'argomento, del tutto insoddisfacente, ma quanto mai indicativo della ideologia di fondo, che ammettere un obbligo di indennizzo avrebbe contraddetto le ragioni di fondo che postulano la più ampia discrezionalità dell'amministrazione (si noti, in questa pronuncia, anche l'assimilazione della tutela dell'affidamento del privato con una posizione di diritto soggettivo di origine contrattuale).

In questa giurisprudenza sulla revoca delle concessioni demaniali, non solo viene affermato un principio 'speciale' concorrente rispetto a quello generale sancito dall'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, ma viene anche assegnata a tale principio 'speciale' un'estensione ben più ampia dell'ambito contemplato dalle singole disposizioni di legge (come l'art. 42 cod. navig.) che escludevano espressamente l'indennizzo. La portata della deroga viene pertanto generalizzata a tutte le concessioni demaniali, in via essenzialmente interpretativa. D'altra parte è significativo come la giurisprudenza amministrativa abbia negato all'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 qualsiasi applicazione a situazioni precedenti (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 689), così negando la sua inerenza a un assetto fisiologico della revoca e sottolineandolo come risultato di una secca innovazione legislativa.

⁶⁶ Questa posizione, infatti, sembra echeggiata nell'accento finale contenuto in Cass., sez. un., 3 marzo 2016, n. 4194-4195-4196 alla possibilità di una tutela "riparatoria", in relazione ad investimenti effettuati da operatori economici sulla base di una legge che incentivava la realizzazione di nuovi investimenti nelle centrali idroelettriche (art. 1, comma 485 ss., l. 23 dicembre 2005, n. 266), poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale (Corte cost. 18 gennaio 2008, n. 1).

Interessante in argomento è anche Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4227, che, richiamandosi all'indirizzo che esclude tendenzialmente l'incidenza delle sopravvenienze normative su situazioni puntuali già coperte dal giudicato amministrativo (cfr. sopra nota 25), conclude ammettendo la possibilità che eccezionalmente possa essere imposta la prevalenza della norma sopravvenuta, ma precisa anche che in questo caso al privato dovrebbe essere riconosciuta

Il riferimento, ovviamente, è all'indennità, e non al risarcimento del danno. Non si intende qui aderire alla posizione giurisprudenziale secondo cui le due forme di riparazione avrebbero istituzionalmente una componente diversa in termini quantitativi (perché il risarcimento del danno comprenderebbe anche la riparazione del lucro cessante, mentre tale componente sarebbe esclusa dall'indennizzo⁶⁷): una posizione del genere nella giurisprudenza si risolve a ben vedere in una petizione di principio che sembra rispecchiare ancora un pregiudizio storico contro il modello indennitario. Si deve invece considerare che l'indennizzo non postula una responsabilità, né postula la lesione di una situazione giuridica soggettiva⁶⁸: se si ammette un margine per una ponderazione di interessi, il sacrificio dell'affidamento che l'atto amministrativo può determinare non si traduce necessariamente in una illegittimità, ma genera comunque un obbligo di indennizzo. L'indennizzo coesiste con l'atto legittimo: ne rappresenta però una integrazione necessaria e introduce una valutazione complessiva di un assetto economico complessivo, di cui la legittimità del provvedimento è soltanto una componente. La vicenda richiede, insomma, di essere verificata in tutte le sue componenti, e non soltanto in quella rappresentata dal provvedimento amministrativo⁶⁹: del risultato complessivo va predicata la legittimità, senza che ci si possa arrestare soltanto al segmento costituito dal provvedimento.

In conclusione, nei casi in esame il sacrificio reale della situazione merite-

una tutela risarcitoria, ricondotta nella sentenza alla figura della perdita di chances.

Sulla lesione dell'affidamento ad opera della illegittimità di una legge, cfr. MODUGNO, *Effetti della declaratoria di incostituzionalità in tema di rapporti tributari pregressi*, in *Diritto pubblico*, 1998, p. 343 ss., soprattutto p. 356 ss.; SILVESTRI, *Il problema degli effetti della legge in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e i diritti dei cittadini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 583 ss.; SPARACINO, *Legge incostituzionale e responsabilità risarcitoria. Spunti di riflessione a partire dalla sentenza n. 20 del 2016*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 126 ss. Peraltro proprio le difficoltà riscontrabili nella dottrina costituzionalistica sul modello di riparazione pongono in evidenza come una soluzione vada ricercata non tanto sul piano della tutela risarcitoria (che, negli orientamenti di tale dottrina, evoca senz'altro il profilo della 'colpa'), quanto piuttosto sul piano degli strumenti indennitari. Quanto poi all'incidenza pratica di questa dottrina sulla giurisprudenza, appare significativo che, in materia tributaria, a proposito della c.d. Tobin Tax, la Corte costituzionale abbia introdotto un criterio di irretroattività degli effetti delle sue sentenze in termini opposti, sul piano pratico, rispetto a quanto prospettato da certa dottrina (cfr. MODUGNO, *Effetti*, cit.), e cioè in definitiva per limitare il pregiudizio per l'erario e non per circoscrivere il pregiudizio per il contribuente.

⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237, in *Foro it.*, 2015, III, 672; Tar Calabria, Reggio Calabria, 15 febbraio 2013, n. 119, in *Giur. it.*, 2013, 1688 con nota di CRISMANI.

In realtà l'esclusione del lucro cessante risulta esclusa soltanto da disposizioni legislative che hanno una portata tassativa, come l'art. 1, 136° comma, l. 30 dicembre 2004 n. 311, in tema di annullamento di atti concernenti vicende contrattuali dell'amministrazione (cfr. Tar Molise, 30 gennaio 2015, n. 29).

⁶⁸ Così Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7334, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 488, con nota di LUPO; Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2010, n. 671.

⁶⁹ In senso contrario si è espresso invece il giudice amministrativo, che circoscrive la portata del modello indennitario introdotto dall'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 negando reciprocamente che i profili inerenti al mancato riconoscimento dell'indennizzo possano produrre riflessi sulla legittimità della revoca (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2012, n. 3, Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554) e risolvendo il coordinamento fra i due profili in una questione di cumulo delle domande (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554, che ammette che nel giudizio possano essere introdotte entrambe le domande, quella per contestare la legittimità della revoca e quella per conseguire l'indennizzo nel caso di revoca legittimamente disposta). Mi pare che in questo modo si finisca con lo smentire anche il significato dell'assegnazione delle vertenze sull'indennizzo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, assegnazione che avrebbe dovuto aprire la prospettiva di una valutazione di legittimità dell'operato dell'amministrazione nei suoi termini complessivi.

vole di affidamento può ammettersi, ma a condizione che sia corrisposto un indennizzo al soggetto pregiudicato.

8. Una postilla sull'obiezione di ordine 'economico'

Resta da considerare, infine, un argomento di per sé 'non giuridico', ma al quale proprio la giurisprudenza negli ultimi anni ha dato sempre maggior peso, fino ad utilizzarlo come criterio per la soluzione dei casi più dubbi: mi riferisco, come è palese, all'argomento economico-finanziario⁷⁰. È indubbio che oggi assume sempre di più rilievo, non solo sul piano politico, ma anche nell'assetto giuridico del potere amministrativo: si tratta forse di un peso ingombrante ai fini di una teoria giuridica delle relazioni puntuali fra amministrazione e cittadino, ma non per questo risulta meno significativo, soprattutto quando vi sia consapevolezza che anche la teoria giuridica nel diritto amministrativo non può prescindere dai 'fatti'.

Riconoscere con ampiezza un diritto all'indennità nel caso di sacrificio dell'affidamento, nelle relazioni con l'amministrazione, può sembrare incompatibile con il peso che oggi viene assegnato all'argomento economico-finanziario. A me pare, però, che la soluzione che è stata sopra prospettata non comporterebbe comunque necessariamente un indebolimento del 'sistema Paese' neppure da questo punto di vista. Non è proposto in alcun modo un quadro di garanzie per il cittadino o l'operatore economico che lo ponga al riparo dalle mere 'delusioni legislative': rimane sempre fondamentale l'esigenza di una selezione (la 'soglia' qualitativa, già richiamata all'inizio) per il riconoscimento dell'affidamento. Piuttosto merita di essere riaffermato che una protezione effettiva per l'affidamento, e cioè non meramente formale o procedimentale, identifica un elemento decisivo di preferenza per un sistema. Una garanzia 'seria' dell'affidamento si risolverebbe pertanto in un fattore di vantaggio per il Paese, e in definitiva non di 'penalizzazione' per le risorse pubbliche. In un contesto caratterizzato sempre di più dalla tanto declamata 'concorrenza' fra gli ordinamenti, questo aspetto appare un profilo di indubbia rilevanza, anche sul versante dell'argomento economico.

⁷⁰ Sull'importanza di questo argomento è sufficiente richiamare quanto già esposto nella nota n. 31, a proposito della evoluzione della giurisprudenza sulla ripetizione degli emolumenti indebitamente riscossi da pubblici dipendenti.

Soft law e normatività: un'analisi comparata

di Barbara Boschetti

ABSTRACT

The article focuses on the regulative force of soft law and the ever changing connections and overlaps between soft law and the sources of law in different legal systems.

The analysis reveals the variety of phenomena that fall into the soft law category and the many roles played by soft law at different levels (including the inter-institutional one).

This variety and the overall complexity of soft law can only be observed and studied by going beyond the limits of the rulemaking process and embracing the entire (global) regulatory process, one which extends not only to rulemaking and regulatory supervision but also to regulatory enforcement and judicial review.

It is precisely in this wider context that the regulative and regulatory functions of soft law come to light. In all of the legal systems examined soft law shows itself to be an extraordinary instrument, playing a key role in ensuring and guaranteeing the effectiveness, balance and dynamicity of the legal system itself.

Furthermore, these multiple roles are strengthened and underpinned by legislators, who implement mechanisms that not only permit soft law to accede to the field of normativity, but also encourage compliance with it by increasing the costs of non-compliance by the imposition of duties, such as the duty to report non-compliance, to give reasons for non-compliance, to disclose the names of those who are not in compliance with soft law, thereby ensuring the effectiveness of soft law and, ultimately, the regulatory process itself.

SOMMARIO: 1. *Soft law* e normatività: spunti per un nuovo approccio metodologico. – 2. *Soft Law* e normatività nell'ordinamento statunitense. – 3. *Soft Law* e normatività nell'ordinamento giapponese. – 4. *Soft law* e normatività nell'ordinamento sovranazionale europeo. – 5. *Soft law* e normatività nell'ordinamento francese.

1. *Soft law* e normatività: spunti per un nuovo approccio metodologico

L'espressione *soft law* – ormai fuoriuscita dal confine delle relazioni internazionali in cui è nata ¹ – riassume in sé un'ampia varietà di atti e fenomeni: non solo circolari, linee guida, direttive, orientamenti, raccomandazioni, codici di condotta, modelli di metodi e processi, schemi di atti e contratti, raccolte di buone pratiche; ma anche FAQs, dichiarazioni d'intenti, lettere, annunci e dichiarazioni alla stampa, regole non scritte e meri comportamenti dotati di autorevolezza ².

¹ L'espressione si deve a Lord A. MACNAIR, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, in *British Yearbook of International Law*, 1930.

² Per una ricognizione abbastanza esaustiva delle molteplici forme di *soft law*, si rinvia a

Il tratto che più d'altri sembra accomunare fenomeni tanto diversi quanto a origine, contesto e contenuto è l'essere tutti espressione di normatività. Si tratta di una normatività che oltrepassa i confini del diritto tradizionale (*le droit est plus grand que la règle de droit*³) e che si manifesta in modi, forme e con forza nuovi rispetto a quelli cristallizzati in una certa rappresentazione (forse ormai solo ideale) del sistema delle fonti.

L'attrazione della *soft law* nell'universo della normatività – e la parallela estensione della normatività al di fuori del tradizionale sistema delle fonti – non basta, tuttavia, a fare della *soft law* una categoria giuridica univoca né sul piano della normatività, né su quello, immensamente più ampio, della giuridicità.

Tradizionalmente, la *soft law* è contrapposta alla c.d. *hard law*⁴ o, se si vuole, alle fonti dell'ordinamento.

Questa visione risente senz'altro del marchio di origine impresso dall'ordinamento internazionale, ove la *soft law* è nata quale strumento di regolazione dei rapporti interstatali sussidiario, e in una certa misura alternativo, agli strumenti vincolanti (o obbligatori, nel senso che generano obbligazioni) del diritto internazionale.

Secondo questo schema ricostruttivo, la *soft law* identificerebbe tutte le norme di comportamento non vincolanti rilevanti sul piano giuridico⁵.

Questa definizione, in apparenza chiara, apre tuttavia ad alcuni interrogativi. A parte l'interrogativo, di carattere teorico, se sia o meno possibile ritenere giuridiche norme non vincolanti⁶ – interrogativo che pone in dubbio l'ingresso stesso della *soft law* sul piano della normatività giuridica – ve ne sono altri che rivelano la fallacia della costruzione *a contrario*, per opposizione alla *hard law*, della categoria della *soft law*.

Così, ad esempio, il ritenere la *soft law* non vincolante solo perché essa non è una fonte del diritto in senso formale, si scontra con due semplici constatazioni: la prima è che una parte non indifferente del diritto formale è inef-

Conseil d'État, *Le droit souple*, Collana *Le rapports de le Conseil d'État*, Rapport 2013, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple>. Sulla *soft law* prodotta dal mero comportamento/autorevolezza del Chairman della FED, K. JUDGE, *The Administrative Law of Financial Regulation: The Federal Reserve. A study on soft constraints*, in 78 *Law and contemp. Prob.* (2015) 69.

³ J. CARBONNIER, *Droit et non-droit*, in *Flexible droit*, LGDJ, 10a ed., 2001, p. 22.

⁴ Contro l'ingresso della *soft law* nell'universo della giuridicità, P. WEIL, *Vers une normativité relative en droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 1982, ove, in relazione alle obbligazioni pre-giuridiche (come le raccomandazioni nel diritto internazionale), l'A. ritiene che non siano né *hard* né *soft law*, perché, semplicemente, non sono legge.

⁵ Il Black's Law Dictionary (ed. 2009) definisce la *soft law* un insieme di regole non vincolanti, ma ritenute di una certa importanza giuridica. In senso stretto, invece, la *soft law* è quella di diritto internazionale.

⁶ Il rinvio obbligato è a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970, p. 66 ss. L'impostazione kelseniana presuppone che il dover essere sia un apriori della norma giuridica; viceversa, negando la premessa del dover essere del diritto il momento sanzionatorio un risvolto connesso all'accettazione sociale del diritto, legato, dunque, alla posizione di libertà dell'individuo. Si vedano N. MC CORMICK, *Legal rights and social democracy*, Oxford, 1982, p. 232; J. RAZ, *Practical reason and norms*, Hutchinson, 1975; N. NOBBIO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Esi, Napoli, 1990; L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari, 2016, il quale supera la prospettiva kelseniana del dover essere distinguendo tra l'efficacia (il nesso di implicazione tra un atto e il suo effetto) e l'attuabilità della norma, mantenendo entrambe sul piano del *sein* e non del *sollen* (implicazioni vero-funzionali e non deontiche, vere, dunque, anche se non attuate). Per ulteriori spunti, G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, p. 689.

fettivo e, dunque, di fatto non vincolante⁷; la seconda è che una significativa parte di ciò che si considera *soft law* trova in realtà ingresso nel sistema delle fonti ed è perciò vincolante in via di diritto (e non di mero fatto)⁸.

Il ritenere la *soft law* non vincolante solo perché non è una fonte del diritto in senso formale si scontra, poi, anche con la constatazione che l'effetto di vincolo può appunto prodursi in via di fatto e non di diritto, dunque in modo diverso da quello con cui è vincolante la *hard law*.

Questo è un punto centrale, perché coglie la vera portata normativa della *soft law* (o almeno di una parte di essa): la *soft law* è soprattutto regola che s'impone per la sua capacità di guidare il comportamento⁹. Non a caso, è proprio in questa veste che essa si presenta sul piano della giuridicità, attirando l'attenzione dell'operatore del diritto, del legislatore e del giudice, chiamati a farsi interpreti della domanda di giustizia non solo quando formulata contro la *soft law*, ma anche quando formulata sulla base della *soft law* (in particolare, perché invocata dai beneficiari della regola di comportamento non sempre coincidenti con i destinatari della stessa).

Infine, il ritenere la *soft law* non vincolante, solo perché non è una fonte del diritto in senso formale pone in secondo piano il fatto che l'effetto di vincolo è multi-direzionale. Ben può, infatti, la *soft law* vincolare colui che la pone, in relazione alla propria condotta e azione, senza con ciò vincolare, esternamente, l'azione di altri soggetti (che possono però invocarla a proprio vantaggio).

In una recente questione¹⁰, avente ad oggetto una comunicazione della Commissione europea sul settore bancario, la Corte di giustizia ha ritenuto l'atto di *soft law* non vincolante per gli Stati, ma vincolante per la Commissione¹¹. Gli orientamenti della Commissione costituiscono, dunque, un auto-

⁷ Non vincolanti – non perché ineffettivi ma perché dichiarati tali dallo stesso legislatore – i cd. *hortatory statutes*. In dottrina, sul tema, J. GERSEN-E.A. POSNER, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, 61 Stanford Law Review 573(2008). Diversa l'ipotesi delle cd. *sunset rules*, su cui M. CAPPELLETTI, *Ragionando (ancora) sull'inflazione legislativa: l'esperienza comparata delle sunset rules da strumento di qualità della regolazione a strumento per una legislazione flessibile*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo on line*, maggio 2016, disponibile all'indirizzo. Sul rapporto tra qualità normativa e crescita, M. CLARICH-B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita*, disponibile all'indirizzo <http://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2010/10/clarich-mattarella-legislazione-corretto.pdf>.

⁸ È senz'altro vincolante una buona parte della *soft law* internazionale: si pensi, ad esempio, alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti umani. Cfr. però CGUE, decisione 3 settembre 2015, C-398/15 che ha ritenuto non vincolante la dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei popoli indigeni. Vincolante anche quella parte della *soft law* che trova ingresso nel sistema delle fonti: per un approfondimento, si rinvia a Conseil d'État, *Le droit souple*, cit., 68 ss. Per una trattazione sul rapporto tra linee guida e normatività, V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi*, Giuffrè, Milano, 2016. Per un approfondimento sulla natura della *soft law* nella legislazione italiana in materia di contratti pubblici, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in questa rivista.

⁹ Sulla forza normativa dei fatti, A. VERMEULE, *Many minds Arguments in Legal Theory*, in *The Journal of Legal Analysis*, Vol. 1, No. 1, pp. 1-45, 2009; SUSHIL BICKCHANDANI et al., *Learning from the behavior of others: Conformity, Fads, Informational Cascades*, 12 L. Ec. Persp. 151 (1998); sulla *soft law* come strumento epistemico, D. DHARMAPALA-D. MCADAMS, *The Condorcet Jury Theorem and the expressive function of law: A theory of Informative Law*, 5 Am. Law and Econ. Rev., 1 (2003); sulla *soft law* come strumento strategico, A. POSNER, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, 61 Stanford Law Review 573(2008). Individua nella capacità di guidare il comportamento la primaria virtù della legge, Cfr. J. RAZ, *The authority of law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979 (in particolare, il saggio *The Rule of Law and its virtue*).

¹⁰ CGUE, decisione 19 luglio 2016, C- 526/14 *Kotnik e A.*, punti 39-45.

¹¹ È interessante – perché ricorda la partizione tra norme di azione e norme di relazione e il

limite al proprio potere discrezionale – il cui mancato rispetto rimane senz'altro sindacabile dagli Stati e dai terzi. Essi (gli orientamenti della Commissione) non possono però essere considerati vincolanti – né per gli Stati né per i terzi – in quanto non annullano il potere discrezionale delegato alla Commissione dal Trattato (art. 107, par. 3, TFUE): rimane, dunque, la possibilità per gli Stati di presentare – e per la Commissione di autorizzare – richieste di aiuti che non soddisfano le condizioni previste dalla *soft law* europea. Ciò che in definitiva rende la Comunicazione un atto di *soft law* è l'atteggiamento "aperto" mantenuto in essa dalla Commissione, da leggersi in stretto rapporto con la natura discrezionale del potere ad essa delegato.

Il tentativo di identificare la categoria della *soft law* in contrapposizione alla *hard law* non è tuttavia l'unico sul tappeto. Come dimostra di fare il *Conseil d'État* francese nel suo Rapporto (2013) dedicato al *droit souple*, la *soft law* può sì essere studiata e categorizzata in contrapposizione al diritto formale, ma non tanto perché non vincolante, ma in quanto perché, diversamente dal diritto formale, sarebbe flessibile (o non rigida).

In questa prospettiva ricostruttiva, la *soft law* identificherebbe tutte le norme di comportamento in certa misura flessibili.

Questa impostazione, al pari della precedente, lascia insoddisfatti. Cosa significa, infatti, norma di comportamento flessibile? Le opzioni interpretative sono molteplici: l'essere modificabile con meccanismi meno rigidi rispetto a quelli richiesti per il diritto formale? Il fatto che lasci aperto un margine di adattamento ai destinatari (i quali sono vincolati dalla *soft law* in chiave di coerenza e non di conformità)? Il fatto che consenta l'adattamento della norma alle circostanze del caso? Il fatto che consenta all'agente di agire altrimenti (cioè in modo diverso dal canone fissato dalla norma di *soft law*)? ¹²

Come può facilmente intuirsi queste ipotesi interpretative sono molto diverse l'una dall'altra. Alcune, tuttavia, descrivono una flessibilità che è propria anche della c.d. *hard law* e che, dunque, non può essere assunta come tratto esclusivo, caratterizzante, della *soft law*.

In particolare, è senz'altro vero che esistono norme flessibili anche nell'ambito del diritto formale ¹³ e che la flessibilità della c.d. *hard law* può es-

conseguente depotenziamento della tutela giurisdizionale in relazione alle prime – l'argomento utilizzato dalla Commissione nelle proprie difese – e respinto già dall'avvocato generale: la comunicazione sul settore bancario avrebbe dovuto ritenersi vincolante, ma solo per gli Stati e non per i destinatari finali (azionisti e creditori dei gruppi creditizi), con la conseguenza che contro di essa non sarebbe stato ammesso il rimedio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

¹² In questo senso deve intendersi flessibile la *soft law* attraverso cui l'amministrazione si auto-vincola nell'esercizio del proprio potere discrezionale, lasciando tuttavia aperto un margine di apprezzamento in fase di esercizio del potere (*adjudication*). Dalla dottrina statunitense tale flessibilità è descritta come "*open mindness*" e costituisce uno degli indicatori del carattere non vincolante della *soft law* (*amplius*, par. 2). Nell' giurisprudenza della Corte di giustizia, tale versione della flessibilità si ritrova nel caso *Kotnik* (decisione 19 luglio 2016, C-526/14, cit.).

¹³ La presenza di norme flessibili entro la *hard law*, non ne compromette il carattere vincolante: nella giurisprudenza Americana emblematica la decisione sul caso *Long Island Care at home v. Coke*, 551 U.S., 158, 74-76 (2007); nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE, si veda il caso *Germania c. Nordzucker*, ove si afferma la prevalenza dell'*imprimatur* formale di fonte sul contenuto di indirizzo. Sulle *sunset rules* come strumento di legislazione flessibile, M. Cappelletti, *Ragionando (ancora) sull'inflazione legislativa: l'esperienza comparata delle sunset rules da strumento di qualità della regolazione a strumento per una legislazione flessibile*, cit.. Il carattere flessibile/aperto delle norme contenute nelle fonti ha avuto particolari ricadute nel diritto costituzionale: per tutti, V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche nella costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, 1952 (già in *Riv. trim. dir. pubbl.*, a. I (1951), n. 2, con il titolo, *L'efficacia delle norme costituzionali «programmatiche»*).

sere raggiunta attraverso particolari meccanismi di rinvio o ingresso di fonti atipiche all'interno del sistema delle fonti (si pensi, solo a titolo esemplificativo, al rinvio alle norme tecniche, al contenuto di provvedimenti amministrativi generali ¹⁴, ad atti delle Autorità di regolazione, a standard stabiliti da organizzazioni internazionali e altro ancora).

Dunque, se è senz'altro vero che la *soft law* assume un ruolo significativo nel garantire l'aggiornamento del sistema giuridico al di fuori dei meccanismi formali – e senz'altro rigidi – di ricambio normativo previsti per le fonti del diritto in senso formale, non può invece dirsi che sia *soft law* tutto quanto, nell'universo della normatività, sia flessibile.

In un recente caso, deciso dal Consiglio di Stato ¹⁵, l'idea della *soft law* come *droit souple* sembra farsi strada nell'ordinamento italiano. La vicenda riguarda un atto adottato dall'ENAC e contenente *standard* per la costruzione degli aeroporti (definiti dall'ICAO a livello internazionale e senz'altro vincolanti) e linee guida per la garanzia della sicurezza della navigazione aerea.

Seppure denominato regolamento – e pur contenendo *standard* vincolanti di derivazione internazionale – l'atto non costituisce formalmente una fonte secondaria. Esso si rivolge a un'ampia platea di attori istituzionali coinvolti nella sicurezza della navigazione aerea, comprese le autonomie locali.

Ora, le linee guida contenute in tale “regolamento”, rivolte massimamente ai c.d. Comuni aeroportuali e pertanto a enti autonomi, vengono qualificate (dal Consiglio di Stato) come canoni di comportamento flessibili (definiti esplicitamente in termini di *droit souple*), perché vincolanti secondo una logica di coerenza e non conformità. In particolare, esse sarebbero espressione della forza non tanto conformativa (*droit dur*), ma adattativa (appunto propria del *droit souple*), del potere di regolazione quale attribuito alle ANR (quale l'ENAC).

La forza adattativa del canone di comportamento sarebbe imposto sia dalla pluralità di soggetti coinvolti nel raggiungimento delle finalità pubbliche (tale da rendere inadeguato un *continuum* gerarchico, lineare, di fonti) ¹⁶, sia dalla trasformazione del sistema delle fonti e dall'ingresso di fonti internazionali e sovranazionali.

Questo caso dimostra, in modo chiaro, che la flessibilità propria della *soft law* non riguarda solo il modo in cui il diritto è aggiornato, ma anche la capacità (propria del canone di comportamento) di vincolare l'azione in modo diverso dalla logica di conformità.

Se esistono tanti tipi di flessibilità appare evidente, però, che attorno a essa non sia possibile costruire una categoria di carattere unitario. Non solo: occorre anche considerare che il vincolo per coerenza (nell'interpretazione di flessibilità data dal Consiglio di Stato nel caso *Enac*) è proprio anche delle fonti formali, le quali, non per questo, perdono il loro carattere di vincolo, né vedono sminuita la loro natura normativa ¹⁷.

¹⁴ Sulla fuga dal regolamento, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza 4 maggio 2012, n. 9. In dottrina, *ex multis*, D. IACOVELLI, *Regolamenti e illegittimità*, Cedam, Padova, 2007.

¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, sentenza 6 aprile 2016, n. 1360. Sulla atipicità delle fonti del sistema amministrativo, M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, Convegno AIPDA 2015, Padova 9-10 ottobre 2015; sottolinea il ruolo della giurisprudenza nel dare ingresso a queste fonti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, p. 69.

¹⁶ Alla logica della coerenza è, non a caso, improntata la gerarchia tra diversi livelli territoriali coinvolti nelle funzioni di governo del territorio.

¹⁷ Nel caso *Long Island Care at Home v. Coke*, cit. si afferma che una regola facente parte

All'esito di queste considerazioni introduttive, sembra potersi trarre una duplice conclusione.

La prima è che il tentativo di fare della *soft law* una categoria – con l'intento, pur apprezzabile, di trarne conseguenze giuridiche quanto più possibile certe – costituisce il problema piuttosto che la soluzione: la *soft law*, infatti, soffre dei vizi delle sue stesse virtù¹⁸, con la conseguenza che ogni sforzo mirato a correggerne i vizi (compreso quello di *reductio ad unitatem*), rischia di soffocarne le virtù.

Il secondo è che il fenomeno della *soft law*, nella sua estrema varietà, non deve essere analizzato nella limitata prospettiva del farsi del diritto, quanto, piuttosto, nel più ampio orizzonte del c.d. *regulatory process*¹⁹: ossia, della dinamica che abbraccia la produzione del diritto – nei diversi livelli, centri e modi a ciò deputati –, la sua attuazione (anche attraverso la regolazione) e applicazione in chiave di effettività (meccanismi di *enforcement*).

In questo più ampio orizzonte, infatti, essa può essere valorizzata come essenziale strumento (sussidiario) di *enforcement*, di equilibrio, di elasticità e dinamicità dei sistemi giuridici contemporanei: in definitiva, come strumento di regolazione.

In questa prospettiva, inoltre, anche le ipotesi di *soft self-regulation* escono dall'angusta prospettiva della mera spartizione di campo tra pubblico e privato, tra libertà e autorità, in relazione alla produzione del diritto.

Ci sembra, dunque, che molti dei tentativi qualificatori della *soft law* falliscano proprio perché guardano ad essa solo dal limitato angolo visuale del farsi del diritto e non, invece, del suo porsi nella realtà come fatto regolante e canone effettivo di comportamento. In questa dimensione dinamica, troppe le varianti e le variabili perché si possa pensare di fare della *soft law* un fenomeno univoco riducibile a categoria.

Uno sguardo, pur rapido, ad alcuni ordinamenti stranieri consente di apprezzare la molteplicità di ruoli, forme, contenuti e forza giuridico-normativa della *soft law*.

2. *Soft law* e normatività nell'ordinamento statunitense

Nella dottrina statunitense il termine *soft law* è rimasto legato all'ordinamento internazionale, dunque alla sede storica di origine: la *soft law* è dunque quella internazionale²⁰. Recentemente, tuttavia, il termine *soft law* è stato utilizzato per descrivere la c.d. *soft law* utilizzata nella prassi del Congresso²¹.

di un atto adottato a seguito di NaC deve essere considerata vincolante anche se contenuta nella sezione "*Interpretations*".

¹⁸ M.K. YOUNG, *Judicial review of administrative guidance: governmentally encouraged consensual dispute resolution in Japan*, in *Columbia Law review*, vol. 84, n. 4 (May, 1984), 923.

¹⁹ Cfr. F. BIGNAMI, Introduzione a F. BIGNAMI-E. ZARING, *Comparative Law and Regulation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK-Northampton MA (US), 2016. Sul modo in cui la *soft law* impatta anche sul sistema dei rimedi, G. WEEKS, *The use of soft law by Australian Public Authorities: issues and remedies*, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2432773.

²⁰ Per un approfondimento, A.T. GUZMAN-T.L. MEYER, *Soft International Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 2010, vol. 2, n. 1; A. DI ROBILANT, *Genealogies of soft law*, in *The American J. Of Comparative L.*, 54, n. 3, (2006), p. 499.

²¹ J. GERSEN-E.A. POSNER, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, 61, *Stanford Law*

La *soft law* – o, meglio, i fenomeni che ad essa vengono oggi ricondotti e qui brevemente richiamati nell'introduzione – è però largamente diffusa e utilizzata anche dalle autorità amministrative. Tali fenomeni, salve le eccezioni di cui si dirà a breve, vengono ricondotti alla categoria delle c.d. *non legislative rules* (di seguito, NLR).

Le NLR assolvono a un ampio spettro di usi: (a) per agevolare la produzione di norme “a richiesta” (cioè perché, al di fuori della garanzia procedimentale del *Notice and Comment* si aprono maggiori spazi di negoziazione); (b) perché hanno minori costi di transazione (anche se comportano dei costi connessi proprio alla assenza di garanzie procedurali), (c) per negare benefici economici, (d) per guidare gli Stati (membri) nell'applicazione delle *policies* federali, (e) per la maggiore flessibilità lasciata all'amministrazione, (f) come veicolo di sperimentazioni normative e/o di regolazione, (g) come strumento di *enforcement* (sotto la minaccia – *threat* – dell'utilizzo di altri strumenti normativi e di regolazione)²².

In apparenza, proprio in quanto attratta alla categoria delle NLR sembrerebbe che la *soft law* sia mantenuta al di fuori dell'area della normatività. In realtà, tale conclusione, come si dirà a breve, è errata o, almeno, solo parzialmente vera.

Il criterio distintivo, in base al quale una regola di condotta è collocata tra le NLR, è quello della procedura seguita. Dunque, un criterio formale: se l'atto in cui la regola di condotta è contenuta è stato approvato sulla base della procedura di *notice and comment* (di seguito NaC) di cui al § 553 dell'*Administrative Procedure Act* (di seguito, APA), la regola in esso contenuta sarà qualificata come *legislative rule*; in caso contrario, come una NLR.

La distinzione è rilevante: solo le *legislative rules* producono effetti vincolanti (essendo dotate della c.d. *force of the law*). Si badi, tuttavia, che entrambe le categorie – le *legislative* e le *non legislative rules* – sono espressione della fun-

Review 573(2008). Per l'utilizzo della *soft law* nei rapporti tra Parlamento e Consiglio nell'UE, si veda il par. 4.

²² Per una introduzione, si veda V.K. BURROWS-T. GARVEY (Congressional Research Service), *A brief overview of Rulemaking and judicial Review*, 22 dicembre 2010 disponibile all'indirizzo <http://www.wise-intern.org/orientation/documents/crsrulemakingcb.pdf>; J.S. LUBBERS, *A guide to Federal Agency Rulemaking*, Fifth ed., p. 59, (2012), ABA Publishing, ABA, 321 North Clark Street, Chicago, Illinois; F.M. ZERILLI, *The rule of soft law: an introduction*, in *Journal of Global and Historical Anthropology* 56 (2010); C.R. SUNSTEIN, *Interpreting Statutes in The Regulatory State*, in *Harvard Law Review*, vol. 103, vol. 2, 1989, pp. 405-508; M. HEMRAJ, *US and EU soft Law: self regulation*, in *Credit Rating Agencies, Springer International Switzerland*, 2015, p. 71; C. BRUMMER, *Introduction: Key theoretical parameters of soft law debate. A basic overview*, in *The Changing Landscape of Global Financial Governance and the role of soft law*, Leiden Us, Brill | Nijhoff, 2015; A.P. MORRIS-B. YANDLE-A. DORCHAK, *Choosing how to regulate*, in *29 Harward Environmental Law Rev.*, 179 (2005); J.E. GERSEN, *Legislative Rules Rvisited*, in *The Univ. of Chicago Law Rev.*, vol. 74, special issue (2007), p. 1705; R.S. KARMEL-C.R. KELLY, *The Hardening of Soft law in International Security Regulation*, in *Brook. J. Int. Law*, vol. 34, 2008-2009, p. 883; A.H. TÜRK, *Oversight of Administrative Rulemaking: judicial review*, *European Law Journal*, vol. 19 n. 1, 2013, p. 126; D.L. FRANKLIN, *Legislative Rules, Nonlegislative Rules and the Perils of short cut*, in *The Yale Law Journal*, vol. 120, n. 2, 2010, p. 276; W.S. SCHERMAN-B.C. JOHNSON-J.J. FLEICHER, *The FERC enforcement process: time for structural due process and substantive reforms*, in *35 Energy Law Journal*, 101 (2014); K. JUDGE, *The Administrative Law of financial regulation: The Federal Reserve. A study on soft constraints*, in *78 Law and contemp. Prob.* (2015) 69; John F. Manning, *Non Legislative Rules*, in *72 The George Washington Law Review* 893, 2004; N.A. MENDELSON, *Regulatory Beneficiaries and Informal Agency Policy Making*, in *Cornwell Law Review*, n. 92, issue 3, 1992, disponibile all'indirizzo <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3055&context=clr>; T. WU, *Agency Threats*, disponibile all'indirizzo <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1506&context=dlj>.

zione di *rulemaking*, in quanto rientranti nel concetto di *rule* di cui al § 551 APA²³.

Prima di analizzare con maggior dettaglio la categoria delle NLR, può essere utile svolgere alcune brevi considerazioni sul criterio distintivo, ossia il tipo di procedura seguita. Sebbene la procedura c.d. di NaC di cui al § 553 APA possa seguire modelli diversi (più o meno rigorosi) essa ha una funzione di legittimazione delle regole che per essa passano, conferendo loro la forza di legge.

Questa legittimazione, come è facilmente comprensibile, deriva dalla dialettica procedimentale che apre la formazione della regola al confronto con gli interessi economici e sociali.

Se questo è vero in linea teorica – e per noi del tutto familiare – è però anche vero che la dottrina americana è da tempo assai critica sulla effettiva capacità della procedura di NaC di assicurare una effettiva – e significativa – partecipazione²⁴. La presa di distanza è andata in parallelo col processo di c.d. ossificazione (*ossification*²⁵) della procedura di NaC, ossia di progressivo aggravio e appesantimento (di struttura, tempi e costi)²⁶. Non è un caso che recentemente si assista a una sollecitazione a reinventare la funzione di *rulemaking* e le connesse procedure, sia modificando il procedimento di NaC sia valorizzando il ruolo delle NLR²⁷.

Passiamo ora a esaminare più nel dettaglio la categoria delle NLR. Ebbene, questa analisi restituisce una immagine alquanto diversa di questo seg-

²³ Ai sensi dell'APA §§ 551 (1946), par. 4, per "*rule*" deve intendersi: "*the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing*". Tutto ciò che non rientra in questa definizione è *adjudication* (order). Si ricordi, tuttavia, che può farsi *rulemaking* attraverso anche attraverso il procedimento di *adjudication*. Come emerge dal caso *NLRB v. Bell Aerospace co.* (416 U.S. 267 (1974)), la Corte Suprema ha affermato che la scelta tra *rulemaking* e *adjudication* spetta alle Agencies (salvo il caso in cui lo statuto richieda una LR: sul punto, *American Mining Congress v. Mine Safety and Health Commission*, 995 F.2d 1106 (1993)). Sui vantaggi del *rulemaking* (rispetto all'*adjudication*), A. SCALIA, *Back to basics: making law without making rules*, in 5 *Regulation* 25, 1981.

²⁴ Critica di E.D. ELLIOT, *Reinventing Rulemaking*, in 41 *Duke Law J.*, 1490, 1491 (1992), ove l'A. paragona la procedura di Notice and Comment al teatro Kabuki giapponese, volendo con ciò esprimere la sua inattitudine a stimolare e valorizzare la partecipazione.

²⁵ Cfr. D.L. FRANKLIN, *Legislative Rules, Nonlegislative Rules and the Perils of short cut*, in *The Yale Law Journal*, vol. 120, n. 2, 2010, p. 276; cfr. anche A. SCALIA, *Back to basics*, cit., ove l'A. afferma che la procedura di Notice and Comment "*is cumbersome at best*", arrivando alla conclusione che i vantaggi per l'agenzia derivanti dall'uso di tale procedura si siano estinti.

²⁶ Fino al '78 si assiste a un progressivo aggravio, frutto di decisioni delle corti, poi, a partire dal caso *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*, (435 U.S. 519 (1978)) questo processo si arresta: la Corte Suprema afferma infatti che gli aggravii procedurali sono decisi dalle Agenzie e non dalle Corti. Negli anni '90 riprende l'appesantimento procedurale ad opera del Congresso, dei *Presidential Orders*, delle Corti. Un *informal decision-making* può durare anche anni, rivelandosi dunque inadeguato all'adozione di norme per la disciplina di situazioni caratterizzate da una forme dinamicità dei fatti o a carattere urgente (si pensi a esempio alla crisi dei derivati, su cui L. NOAH, *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*, in *Wisconsin Law Review*, n. 5, 1997).

²⁷ Sulla possibilità di qualificare le *guidances* come precedente (presuppone che siano valide e dunque non sindacabili) e sulle altre soluzioni interpretative/qualificatorie possibili, N.A. MENDELSON, *Regulatory Beneficiaries and Informal Agency Policy Making*, in *Cornwell Law Review*, n. 92, issue 3, 1992, disponibile all'indirizzo <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3055&context=clr>.

mento di *rulemaking* collocato apparentemente al di fuori del regno della normatività. Infatti, tra le NLR si nascondono anche norme di condotta senz'altro vincolanti (cioè dotate della medesima forza di legge delle *legislative rules*): tali sono, infatti, le c.d. *interpretative rules* (di seguito IR) ²⁸. La particolarità delle IR è dunque quella di poter produrre l'effetto di vincolo a prescindere – senza l'obbligo – del procedimento di NaC.

Che le IR costituiscano canoni di comportamento risulta in modo chiaro già dalla Guida di lettura dell'APA del 1947, a cura dell'Attorney General²⁹: in tale guida le IR sono definite quali “*advise to the public*” sul modo in cui una Agency intento costruire una *policy*. Ciò è però confermato anche dalla prassi delle amministrazioni federali e degli stati: molto di ciò che consideriamo *soft law* passa come IR e, in tal modo, entra nell'universo della normatività (formale), pure in assenza del procedimento di NaC.

Le IR costituiscono *substantive rules* contenute in atti emanati senza la garanzia procedurale prevista le per c.d. *legislative rules*. Questa eccezione si spiega col fatto che le IR non sono creazione di nuovo diritto, ma vivono interamente sotto il cappello del potere usato dal Congresso (visione positivista).

Tutto ciò che, nell'ambito delle NLR non è IR, costituisce un *Policy Statement*, ossia un “*advise to the public*” sul modo in cui una Agency intende esercitare un potere discrezionale. I *Policy statements* (di seguito PSs) servono, dunque, almeno in via teorica, per informare e, non invece, per regolare o controllare ³⁰.

I c.d. *Policy Statements* non sono vincolanti (nel senso che non sono dotati di forza di legge). La *soft law* che filtra come PSs non può, diversamente da quella che passa come IR, essere ritenuta regola di condotta vincolante: “*A binding policy is an oxymoron*” (*Vietnam Veterans of America v. Secretary of the Navy* ³¹). I PSs possono tuttavia produrre altri effetti giuridici (anche sul piano del processo normativo) ³².

Il criterio per distinguere tra ciò che può produrre effetti normativi vincolanti e ciò che invece non può produrre tali effetti sembra dunque chiaro e certo: (1) si valuta se una regola di comportamento si colloca tra le *legislative* o le NLR; in questo secondo caso (2), si procede a valutare se la NLR è una IR o un PSs. Se si conclude per la qualificazione come PSs, la norma di condotta non potrà essere ritenuta vincolante: né per i destinatari, né per i beneficiari, né per le Agencies (le quali devono mantenere un *open mind approach* ³³).

²⁸ Cfr. §551 APA, par. (4): “*rule*” means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or (...). L'amministrazione può legittimamente dare una *reasonable interpretation* se lo statute è silent o ambiguous.

²⁹ Attorney General's Manual on APA (1947), disponibile all'indirizzo <https://archive.org/stream/AttorneyGeneralsManualOnTheAdministrativeProcedureActOf1947#page/n0/mode/2up>.

³⁰ Sulla differenza etimologica tra regola e norma si veda F. RENDICH, *Dizionario etimologico comparato delle lingue classiche indoeuropee*, Palombi editori, Roma, 2010, pp. 109 e 329-343.

³¹ 843 F.2d 528 (1988).

³² Per un approfondimento, si rinvia a L. NOAH, *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*, in *Wisconsin Law Review*, No. 5, 1997; E.D. ELLIOT, *Reinventing Rulemaking*, in 41 *Duke Law J.*, 1490, 1491 (1992).

³³ Cfr. con la *open mindness* nel caso CGUE, decisione 19 luglio 2016, C– 526/14 *Kotnik e A.*, punti 39-45. Per un approfondimento, si veda, in particolare, J.S. LUBBERS, *A guide to Federal Agency Rulemaking*, Fifth ed., p. 59, (2012), ABA Publishing, ABA, 321 North Clark Street, Chicago, Illinois; A. ANTHONY, *Interpretative rules, Policy Statements Guidances, Ma-*

Questa tecnica argomentativa è definita dalla dottrina americana “*short cut*” e si conforma alla c.d. *Morgan rule* (che assegna prevalenza alla qualificazione formale della *rule* fatta dall’amministrazione) ³⁴.

Se si vuole qui riprendere l’esercizio qualificatorio tentato nel primo paragrafo, ove si assuma la *soft law* come norma di comportamento non vincolante rilevante sul piano giuridico, si dovrebbe dire che nel sistema statunitense la *soft law* è ogni NLR che non sia una IR. Questa conclusione è però estremamente riduttiva e, oltre che contestabile sotto i molteplici aspetti già considerati nel par. 1, impedisce di cogliere la vera funzione svolta dalla *soft law* (anche) nel sistema statunitense.

Le Corti, infatti, adottano un approccio di tipo sostanziale, teso a valorizzare la “vera” natura delle NLR. Innanzitutto, hanno la possibilità di qualificare la NLR come una IR ³⁵. Proprio questa “finestra” si rivela essenziale perché consente di valorizzare l’ingresso della *soft law* nell’universo della normatività (si ricordi, infatti che, anche se NLR, le IR sono dotate di forza vincolante), garantendo elasticità al sistema e una parziale correzione alla rigidità impressa dal NaC ³⁶.

Occorre però dire che le corti si spingono oltre: esse indagano se la NLR abbia una natura “legislativa” – sia, insomma, una *legislative rule in nature* – e avrebbe, dunque, dovuto essere emanata attraverso NaC: in altre parole, se la NLR avrebbe dovuto essere una *legislative rule* ³⁷. In questo loro sindacato sostanziale sulle NLR le corti dicono di fare applicazione della *non delegation doctrine*, ponendo l’accento sulla funzione legislativa ³⁸.

Se si ammette un’indagine di tipo sostanziale, è chiaro che la teoria dello *short cut* appaia solo una facile scorciatoia, la quale fa solo scomparire il problema, senza risolverlo ³⁹. Secondo questo approccio, opposto allo *short cut*, il ruolo delle Corti sarebbe dunque quello di operare, caso per caso, il bilanciamento tra efficienza amministrativa e esigenze di partecipazione.

Ora: come si determina la natura di una *rule*? Le Corti statunitensi, in una vasta giurisprudenza ⁴⁰, hanno elaborato una sorta di *check list*: innanzitutto “l’etichetta”, il *label* usato dalla Agency (“*velvet words to avert the classification*

nals and The Like: should Federal Agencies use them to bind the public?, 41 Duke Law J., 1311, 1312 (1992).

³⁴ E.D. ELLIOT, *Reinventing Rulemaking*, in 41 Duke Law J., 1490, 1491 (1992).

³⁵ Emblematico il caso *Warshauer v. Solis*, 577 F 3d, (11th Cir. 2009), in tema di FAQs qualificate come IR. Per una disamina accurata della giurisprudenza: D.L. FRANKLIN, *Legislative Rules, Nonlegislative Rules and the Perils of short cut*, in *The Yale Law Journal*, vol. 120, n. 2, Novembre 2010, p. 276.

³⁶ Sulla deference all’interpretazione fatta dalla Agenzie, C.R. SUNSTEIN, *Interpreting Statutes in The Regulatory State*, in *Harvard Law Review*, vol. 103, vol. 2 (Dec. 1989), pp. 405-508.

³⁷ Tale fenomeno mostra talune analogie con quello della c.d. fuga dal regolamento, sul quale, retro, nota 13.

³⁸ Una parte della dottrina critica però questa conclusion sostenendo che la Corte Suprema ha in più occasioni affermato di non fare uso della non delegation doctrine, nella misura in cui, ciò equivarrebbe a fare delle corti gli arbitri del margine di discrezionalità affidato alle Agencies. Sul punto John F. MANNING, *Non Legislative Rules*, in 72 *The George Washington Law Review* 893, 2004.

³⁹ In *American airlines, INC. v CAB*, il giudice H Leventhal scrive: “*the rulemaking is a vital part of the administrative process...and is not to be shackled, in the absence of a clear and specific congressional requirement, by importation of formalities developed for the adjudicatory process and basically unsuited for policy rulemaking*”.

⁴⁰ Per una ricostruzione, R.A. ANTHONY, *Interpretative rules, Policy Statements Guidances, Manuals and The Like: should Federal Agencies use them to bind the public?*, 41 Duke Law J., 1311, 1312 (1992). Con riguardo alle buone pratiche/selfregulation, non esiste una casistica che dimostri che le Corti ne abbiano dato applicazione.

as rules”⁴¹); la tipologia di linguaggio utilizzato (se *open minded*); l'introduzione di meccanismi di implementazione di una politica pubblica, quali obblighi, diritti, doveri... In tutte queste situazioni “*the eating is the proof of the pudding*”⁴²: insomma, è proprio il *binding effect* (as a matter of fact) a far ritenere che la norma sia una *legislative rule* illegittima perché approvata senza procedura di NaC.

Da queste brevi considerazioni emerge chiaramente come le corti indaghino sia l'effetto vincolante prodotto in via di fatto, sia l'intento dell'amministrazione di produrre un effetto di vincolo, pure agendo in difformità dallo schema procedimentale tipico.

Ovviamente, questo ruolo giocato dalle corti non trova il favore dei sostenitori della teoria dello “*short cut*”⁴³, i quali sono altresì contrariati dalla posizione di chi ritiene che la distinzione tra *legislative* e *non legislative rules* non è chiara, sfuocata, immersa nella nebbia. Per essi, è proprio l'atteggiamento delle corti a rendere poco chiara la distinzione.

La teoria dello “*short cut*” non riceve però un supporto unanime e, anzi, vi è chi sostiene che essa non sia in realtà in linea con la decisione nel caso *Mead*, con il quale la Supreme Court ha recentemente ridefinito, rispetto al caso *Chevron*⁴⁴, i contorni della *deference* all'interpretazione / implementazione dello statute posta in essere dall'amministrazione attraverso la funzione di *rulemaking*.

Nel caso *Mead* la Corte ribadisce che la *deference* è dovuta solo alle *legislative rules*, ossia quando il Congresso abbia delegato all'amministrazione il potere di fare norme con forza di legge e solo nell'ambito dell'esercizio di tale potere⁴⁵. Nessuna *deference*, dunque, ad esempio, nell'ipotesi in cui il *rule-making power* sia esercitato attraverso una pluralità di provvedimenti (provvedimenti tariffari adottati dall'*U.S. Customs Service*) incapaci di avere un “*precedential value*”⁴⁶. La Corte, tuttavia, ha affermato che la *deference* è dovuta – e questo è senz'altro il punto più interessante – nell'ipotesi in cui un provvedimento che sia espressione di *rulemaking power* (ad es. classificazione doganale) abbia un “*power to persuade*”, secondo il significato impresso da *Skidmore v. Swift*⁴⁷: dunque, quando, in relazione alla complessità tecnico/scien-

⁴¹ Per una attenta analisi della giurisprudenza si rinvia a J.F. MANNING, *Non Legislative Rules*, in 72 *The George Washington Law Review* 893, giugno 2004, nota 210.

⁴² L'espressione è di R.A. ANTHONY, *Interpretative rules, Policy Statements Guidances, Manuals and The Like: should Federal Agencies use them to bind the public?*, cit..

⁴³ R.A. ANTHONY, *Interpretative rules, Policy Statements Guidances, Manuals and The Like: should Federal Agencies use them to bind the public?*, cit..

⁴⁴ D.J. BARRON and E. KAGAN, *Chevron's non-delegation doctrine*, in *The Supreme Court Review*, vol. 2001 (2001), 201.

⁴⁵ La Corte, attraverso il giudice Souter ha sostenuto che “*administrative implementation of a particular statutory provision qualifies for Chevron deference when it appears that Congress delegated authority to the agency generally to make rules carrying the force of law, and that the agency interpretation claiming deference was promulgated in the exercise of that authority*”. Per i riferimenti giurisprudenziali si veda, *retro*, nota 40.

⁴⁶ Cfr. N.A. MENDELSON, *Regulatory Beneficiaries and Informal Agency Policy Making*, in *Cornwell Law Review*, n. 92, issue 3, March 1992, cit., pp. 446-447, ove l'A. si sofferma in particolare sui costi/benefici che derivano dall'assegnazione alle NLR del *precedential value* a seconda che si assuma la prospettiva dei destinatari, ovvero (come fa l'A.), quella dei beneficiari delle stesse.

⁴⁷ *Skidmore v. Swift*, 323 U.S. 134 (1944). Scalia riteneva che *Chevron* avesse superato *Skidmore* (complessità scientifica) – questo in *Christensen v. Harris County* – ora però *Mead* riporta in gioco *Skidmore* e fonde *Chevron* step 2 con la *Skidmore*.

tifica del settore, l'intervento dell'amministrazione abbia il potere di persuadere, di creare affidamento e, dunque, in definitiva, di guidare il comportamento e di esprimere una forza normativa in via di fatto. In questo caso, dunque, la *deference* non può essere negata.

Il caso *Mead* rende senz'altro meno conveniente, per le amministrazioni, l'uso delle NLR – in particolare, delle IR – in chiave di *soft law*. Gli stretti margini deferenziali garantiti dai criteri *Skidmore v. Swift* aumentano, infatti, i costi connessi all'eventualità del sindacato giudiziale (*pay me now or pay later approach / trade off theory / wait and see*).

Ciò nonostante, è proprio quando non è vincolante (cioè non dotata della forza di legge) che la *soft law* è capace di esprimere al meglio il proprio ruolo di strumento di elasticità del sistema: non è un caso che essa sia utilizzata per sperimentare soluzioni regolatorie, anche con la minaccia di un successivo intervento a mezzo di *legislative rules* o con la procedura di *adjudication* (e quindi con un rulemaking casistico cui la *deference* sarà senz'altro dovuta)⁴⁸. La *soft law* si rivela peraltro assai vantaggiosa nei contesti di incertezza e di elevata dinamicità dei contesti regolati (si pensi ai mercati finanziari e al caso dei derivati⁴⁹), per i quali l'intervento a mezzo di *rulemaking* formale è del tutto inadeguato (si noti che un procedimento NaC può durare anche due anni). Inoltre, proprio quando non vincolante, essa può rivelarsi anche uno straordinario strumento di equilibrio tra poteri, che opera sotto la copertura della *delegation* congressuale (fatta salva la *judicial review* e con i limiti di copertura previsti dal caso *Mead*).

In conclusione, l'analisi dell'ordinamento statunitense consente di confermare: (1) l'ingresso di una parte (consistente) della c.d. *soft law* entro l'area della normatività giuridica vincolate (sotto forma di IR); (2) l'inadeguatezza dei criteri del carattere non vincolante, ovvero flessibile, a fungere da tratti unificanti della categoria; (3) l'utilità di un approccio metodologico che, guardando alla *soft law* in relazione al c.d. *regulatory process*, ne valorizzi la funzione di strumento di equilibrio e di elasticità del sistema giuridico/istituzionale.

3. *Soft law* e normatività nell'ordinamento giapponese

Il Giappone ha una lunga e del tutto peculiare esperienza – ma potremmo dire tradizione – di *soft law*, plasmata dalle specificità storico-culturali di questo ordinamento⁵⁰.

⁴⁸ Questo è ciò che viene descritto in termini di *legislative continuum* dalla dottrina (P.L. STRAUSS, *The rulemaking continuum*, 41 Duke L. J., 1463, 1480 (1992)). Ovviamente va dato atto che vi sono anche dei costi connessi alla possibile contrattazione delle regole, al venir meno della *rational choice theory* (se che se ne ammetta l'applicabilità ai fatti normativi), alla non tutela i beneficiari ultimi (che non sono i destinatari della norma) e che potrebbero non avere accesso alla giustizia. Parla di *continuum* legislativo anche il *Conseil d'État* nel suo rapporto su *Le droit souple*, cit. 191 (anche se in senso diverso, riferendosi alla gradualità esistente nell'universo della normatività).

⁴⁸ *Conseil d'État, Le droit souple*, cit., p. 69

⁴⁹ K. JUDGE, *The Administrative Law of Financial Regulation: The Federal Reserve. A study on soft constraints*, in 78 *Law and contemp. Prob.* (2015) 69.

⁵⁰ Per un approfondimento, M.K. YOUNG, *Judicial review of administrative guidance: governmentally encouraged consensual dispute resolution in Japan*, in *Columbia Law review*, vol. 84, n. 4 (May, 1984), p. 923; R. FUJIKURA, *Administrative guidance of Japanese Local Govern-*

Essa si è rivelata, lungo un arco temporale pluridecennale, uno straordinario strumento per la regolazione – ben oltre ed, anzi, a volte anche a dispetto, della la normatività formale⁵¹ – di dinamiche e relazioni giuridiche estremamente variegata⁵².

Basteranno pochi esempi per comprendere la varietà di funzioni e contesti in cui le *administrative guidances* hanno trovato applicazione: (a) utilizzate come strumento per il governo e/o la regolazione delle conseguenze interne prodotte da mutati assetti nelle relazioni internazionali: ad esempio, durante la crisi USA-Giappone del mercato dell'auto, a mezzo di *soft law* governativa si è richiesto ai produttori di vetture di auto-limitare volontariamente le esportazioni per un periodo triennale e di produrre rapporti periodici sul numero di autovetture esportate negli Stati Uniti⁵³; (b) utilizzate come strumento di sviluppo equilibrato dei rapporti tra poteri dello Stato: la crescita dei poteri di alcuni ministeri (ad es., del Ministero dello sviluppo agricolo e del Ministero delle finanze) è avvenuta a mezzo di *soft law*, senza il necessario avallo legislativo; (c) utilizzate come strumento di equilibrio dei rapporti tra potere e libertà, utile a stimolare il raggiungimento di finalità pubbliche (quali accessibilità e standard di costruzione delle opere di urbanizzazione secondaria) con meccanismi di auto-regolazione privata: con *guidelines*, solo formalmente operanti sotto il cappello della legislazione primaria in materia urbanistica, si è efficacemente superato il problema di carenza di edifici scolastici vicinali e della scarsa ventilazione delle costruzioni, rimettendo ai costruttori e alla contrattazione privata (tra comparti finitimi) la definizione delle modalità attuative; (d) utilizzate, infine, come strumento di dinamicità dell'ordinamento giuridico in presenza di barriere costituzionali o politiche all'intervento a mezzo di leggi, ovvero di limiti normativi alla crescita dei poteri di regolazione⁵⁴.

I tratti che accomunano espressioni di *soft law* tanto diversificate sono senz'altro da identificarsi nell'assenza di un vincolo normativo all'adozione di un determinato comportamento; nella volontarietà dell'adesione al canone di comportamento proposto; nella capacità di guidare, in via di fatto e, dunque, con effettività, i comportamenti.

Sotto questo ultimo profilo, il riferimento al contesto socio-culturale giappo-

ment fo Air Pollution Control, in T. TERAOKA and a., *Developments of Environmental Policy in Japan and Asian Countries*; Institute of developing Economies, 2007, p. 90, disponibile all'indirizzo http://link.springer.com/chapter/10.1057%2F9780230624931_5#page-1; H. SHIONO, *Administrative Guidance in Japan*, disponibile all'indirizzo <http://ras.sagepub.com/content/48/2/239.extract>; M. DEAN, *Japanese Legal System*, London, Cavendish publishing, 2nd Ed., 2002, p. 139 ss.; J.O. HALEY, *Administrative guidance versus formal regulation: Resolving the Paradox of Industrial Policy*, G.R. SAXONHOUSE-K. YAMAMURA, *Law and Trade Issues of Japanese Economy*, University of Washington Press-University of Tokyo Press, Seattle-London, 1986, p. 107 ss.

⁵¹ Sottolinea il contrasto tra la legittimazione di cui gode l'amministrazione in Giappone e l'assenza di basi costituzionali, D.S. WRIGHT-Y. SAKURAI, *Administrative Reform in Japan: Politics, Policy, and Public Administration in a Deliberative Society*, in *Public Administration Review*, Vol. 47, No. 2 (Mar.-Apr., 1987), p. 128; sull'epoca Meiji e sull'avvento della Costituzione in Giappone, T. GINSBURG, *Studying Japanese Law Because It's There*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, No. 1 (WINTER 2010), p. 15 ss.

⁵² P. DAVIS, *Administrative Guidance in Japan*, in Sophia U. Socio-Economic Inst. Bull. No. 41 1972; E. KAPLAN, *Japan: The Government-Business Relationship. A Guide for the American Businessman* 30-32 (1972); SMITH, *Prices and Petroleum in Japan: 1973-1974-A Study of Administrative Guidance*, 10 *Law in Japan* 81 (1977);

⁵³ Analogamente, durante la crisi petrolifera degli anni '70, a mezzo di *soft law* si è "imposto" il divieto di trasmissioni televisive notturne a fini di risparmio energetico.

⁵⁴ M.K. YOUNG, *Judicial review of administrative guidance: governmentally encouraged consensual dispute resolution in Japan*, in *Columbia Law review*, vol. 84, n. 4 (May, 1984), p. 923.

nese è capace di spiegare solo in parte l'elevato grado di adesione – o di non opposizione – alla *soft law*: un ruolo chiave ha giocato la forza persuasiva derivante dalla minaccia di interventi a mezzo di *hard law* e/o strumenti di diritto pubblico “*enforceable*” (introduzione di forme di autorizzazione preventiva, forme di pianificazione dell'economia, espropriazioni, e altri strumenti di regolazione vincolanti).

Proprio la forza che deriva alla *soft law* dalla minaccia di forme di intervento pubblico tradizionale, inevitabili in caso di mancata adesione, spiega anche la quasi irrilevante casistica di ricorsi alle vie giurisdizionali⁵⁵.

Vi è però da osservare che questa stessa casistica, per lo più generata dal mancato rispetto di meccanismi (per lo più informali) di concertazione e negoziazione tra le parti, rivela la centralità che la modalità di creazione della regola di condotta assume al fine del suo rispetto, dell'adesione da parte dei suoi destinatari e, in definitiva, della forza normativa che la *soft law* è capace di esprimere in via di fatto.

Queste ultime considerazioni confermano quanto in premessa: ossia, che natura e ruolo della *soft law* necessitano di essere compresi nel più ampio orizzonte del *regulatory process* e, anzi, ben oltre il *regulatory process*, nel quadro degli equilibri tra stato e società, tra autorità e libertà, tra poteri dello stato e tra diversi livelli istituzionali.

4. *Soft law* e normatività nell'ordinamento sovranazionale europeo

Nell'ordinamento sovranazionale europeo la *soft law* costituisce un essenziale strumento di regolazione, ma anche, in senso più ampio, di *governance* e di equilibrio del sistema⁵⁶.

⁵⁵ Per un confronto con l'ordinamento statunitense in punto di freni all'accesso alla giustizia (*pay now or pay later approach, wait and see approach*, analisi costi/benefici), si rinvia a R.A. ANTHONY, *Interpretative rules, Policy Statements Guidances, Manuals and The Like: should Federal Agencies use them to bind the public?*, 41 *Duke Law J.*, 1311, 1312 (1992).

⁵⁶ Per un approfondimento del tema si rinvia a: A. ALEMANNO-A. MEUWESE, *Impact Assessment of EU non-legislative rulemaking: The missing ring in “New Comitology”*, in *European Law Journal*, vol. 19, n. 1, gennaio 2013; F.E. BIGNAMI, *The democratic Deficit in European Community Rulemaking: A call for Notice and Comment in Rulemaking*, vol. 40, n. 2, *Harv. Intern. Law J.*, 451 1999; J. BLACK, *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a post-regulatory world*, disponibile al sito <http://eprints.lse.ac.uk/7517/>; M. BUSUIOC, *Rule-making by the European Supervisory Authorities: walking a tight rope*, in *European Law Journal*, vol. 19, n. 1, gennaio 2013; E. CHITI, *European Agencies Rulemaking: powers, procedures and assessment*, in *European Law Journal*, vol. 19, issue 1, 2013; E. CHITI, *In the aftermath of the Crisis: The EU administrative System between Impediments and Momentum*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17 (2015), p. 311; T. CHRISTIANSEN-M. DOBBELS, *Non-Legislative Rulemaking after the Lisbon Treaty: Implementing the new system of Comitology and delegated Acts*, in *European Law Journal*, vol. 19 n. 1, gennaio 2013; A. POGGI, *La Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *Rivistaaic.it*, disponibile all'indirizzo <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200510/poggi.html>; M. VAN RIJSBERGEN, *On the enforceability of EU Agencies' soft Law at the National Level: The case of the European Securities and Markets Authority*, in *Utrecht Law Review*, vol. 10, issue n. 5 (Dec. 2010); J. SCOTT, *In Legal Limbo: Post-legislative guidance as a challenge for European Administrative Law*, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1783557; L. SENDEN, *Soft post-legislative rulemaking: a time for more stringent control*, in *European Law Journal*, vol. 19, issue 1, Gennaio 2013, p. 57; Id., *Soft Law, self-regulation and co-regulation in European Law: Where do they meet*, in *Electronic journal of Comparative Law*, vol. 9.1, 2005; F. TERPAN, *The soft Law in the European Union. The changing Nature of EU Law*, *European Law Journal*, Wiley, 2014, p. 40.

La *soft law* opera a una pluralità di livelli – sia nei rapporti orizzontali tra stati membri, sia nei rapporti verticali tra Unione e stati membri, sia nei rapporti interni all'UE tra Parlamento, Consiglio, Commissione e Agenzie europee – e con una pluralità di funzioni: (1) mantenere l'equilibrio tra i diversi poteri istituzionali (a mezzo di procedure informali e accordi non vincolanti)⁵⁷; (2) assicurare maggiore elasticità alle relazioni verticali e orizzontali (tale è la funzione del Metodo aperto di coordinamento); (3) assicurare la trasformazione (e la crescita) dell'apparato amministrativo dell'UE – in particolare, ma non solo, attraverso Agenzie di regolazione e rispettivi poteri di *quasi-rulemaking* – nel rispetto formale dei Trattati e dei principi fondamentali espressi dalla Corte di giustizia (a partire dalla ancora valida *Meroni doctrine*⁵⁸); (4) omogeneizzare i comportamenti dei destinatari (amministrazioni nazionali e privati) nella creazione, interpretazione e applicazione del diritto UE⁵⁹; (5) rafforzare dei meccanismi di *enforcement* del diritto e dei poteri delle Agenzie, agendo dunque in chiave sussidiaria ai meccanismi tipici della *hard law*⁶⁰; (6) auto-vincolare la Commissione senza annullare la discrezionalità dei poteri ad essa assegnati dai Trattati e dal diritto derivato (si veda il caso *Kotnik*⁶¹).

In relazione alle funzioni sub (3) e (6), è senz'altro vero che la Commissione fa ampio uso di diversi strumenti di *soft law*, nell'ambito dei poteri discrezionali ad essa conferiti. La Corte di giustizia ha, in più occasioni, affermato che il potere di emanare atti di indirizzo non vincolanti rientra a pieno titolo nei poteri discrezionali delegati alla Commissione⁶².

La decisione sul caso *Kotnik* si pone in linea con questa giurisprudenza. In tale decisione, tuttavia, la Corte si spinge oltre, indagando il rapporto tra linee

⁵⁷ Procedure e accordi non vincolanti sono utilizzati per regolare l'esercizio del potere normativo delegato dall'art. 290 TFUE (*Common Understanding*). Specie dopo il Trattato di Lisbona l'importanza delle procedure informali e degli accordi non vincolanti è sensibilmente cresciuta. I cambiamenti più significativi si ricollegano appunto agli artt. 290 e 291 del TFUE e alla riforma, per essi introdotta, del sistema della comitologia e atti delegati. L'approvazione di una disciplina procedurale che prevede l'invio delle bozze di atti delegati ai comitati in sostituzione del precedente meccanismo consultivo. Si ha, inoltre, l'introduzione di una nuova categoria di atti delegati non soggetti al vaglio dei comitati, ma, direttamente dal parlamento e dal Consiglio (artt. 291 e 290 del TFUE). Per un approfondimento, T. CHRISTIANSEN-M. DOBBELS, *Non-Legislative Rulemaking after the Lisbon Treaty: Implementing the new system of Comitology and delegated Acts*, in *European Law Journal*, vol. 19 n. 1, gennaio 2013. I Trattati prevedono, come strumento non vincolante, la Raccomandazione (si vedano gli artt. 121 e 288 TFUE). Si veda anche l'art. 295 TFUE in punto di accordi interistituzionali. Natura vincolante hanno invece i cd. *Memorandum*.

⁵⁸ Il riferimento va al caso *Meroni*, Corte di giustizia, decisione 13 giugno 1958, C-9/56. Per un approfondimento, M. BUSUIOC, *Rule-making by the European Supervisory Authorities: walking a tight rope*, in *European Law Journal*, vol. 19 n. 1, gennaio 2013. Si veda, inoltre, L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio dell'equivalenza nel diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006.

⁵⁹ Tale il ruolo, a esempio, degli orientamenti dell'EBA. Sul tema: M. BUSUIOC, *Rule-making by the European Supervisory Authorities: walking a tight rope*, in *European Law Journal*, vol. 19 n. 1, 2013; E. CHITI, *European Agencies Rulemaking: powers, procedures and assessment*, in *European Law Journal*, vol. 19, issue 1, 2013.

⁶⁰ Si noti che questo ruolo della *soft law* caratterizza principalmente le Agenzie con uno spettro ampio di poteri (quasi-legislativi, regolatori, di vigilanza e sanzione). Tale è, ad esempio, il caso delle Agenzie europee di cui al Reg. 1093/2010. In queste ipotesi, dunque, emerge un uso della *soft law* come threat, in analogia all'esperienza statunitense e giapponese (sui cui, *retro*, parr. 2 e 3).

⁶¹ CGUE, decisione 19 luglio 2016, C-526/14 *Kotnik e A.*, punti 39-45, su cui *retro*, nota n. 10.

⁶² CGUE, decisione 5 ottobre 2000, C-288/96, *Germania c. Commissione*. Ovviamente, se l'uso di tali poteri necessita di attribuzione specifica, deve però essere coerente con fini conferiti.

guida o indirizzi di auto-vincolo e potere discrezionale attribuito dai Trattati (in particolare, gli artt. 107 e 108 TFUE): per essere conforme alla norma attribuita del potere discrezionale – e dunque legittima – il potere di direttiva deve mantenere in capo alla Commissione uno spazio di manovra. In altri termini, deve essere *open minded*⁶³, tale da non annullare la discrezionalità che il legislatore ha inteso trasferire alla Commissione, risolvendosi, altrimenti, in una violazione di legge.

La circostanza che la *soft law* abbia, in via di fatto, un effetto normativo (in virtù dell'aderenza spontanea da parte dei destinatari) non basta a mutarne il valore giuridico – sul piano del diritto dell'Unione – e a farne una fonte normativa vincolante: questo il principio che emerge dalla motivazione della decisione sul caso *Kotnik*, ma anche sul caso *DHL Express Italia*⁶⁴ (e *Kone*⁶⁵), in cui si controverteva sulla natura (vincolante o meno) della *soft law* della Commissione in materia di programmi di clemenza in relazione alle autorità nazionali della concorrenza facenti parte dell'ENC. Per contro, la mera qualificazione di un atto in termini di Linea guida non è di per sé rilevante al fine di escludere il carattere vincolante di un atto delegato della Commissione. Un esempio è la decisione contenente “*Linee guida per il monitoraggio e la comunicazione delle emissioni di gas a effetto serra*”, la quale rimane, a dispetto del nome, atto delegato vincolante⁶⁶.

Passando alle Agenzie europee, va detto che tutte – in via di diritto o di fatto (cioè con o senza base normativa) – fanno ampio uso di strumenti di *soft law* per un insieme ampio di funzioni che vanno dalla (3) alla (6).

L'uso della *soft law* in via di fatto è senz'altro già di per sé una circostanza interessante: essa amplia la gamma di strumenti d'intervento e favorisce l'uniformità dei comportamenti dei destinatari finali (anche sotto forma di *best practices*⁶⁷). Ancor più interessante, tuttavia, è il modo in cui il legislatore europeo, spingendosi oltre le previsioni dei Trattati, governa l'uso e le funzioni della *soft law* da parte delle Agenzie.

Come segnalato dalla dottrina, può operarsi una distinzione preliminare tra il *quasi-rulemaking* delle Agenzie con compiti e poteri di tipo strumentale (assistenza, supporto consultivo e tecnico) e quello delle Agenzie titolari (anche) di poteri decisionali⁶⁸. Le prime partecipano in modo più diretto, anche a mezzo di

⁶³ Vedi, retro, nota 11 e, quindi, par. 2 (in relazione all'uso della open mindness da parte delle corti federali statunitensi).

⁶⁴ CGUE, decisione 20 gennaio 2016, C-428/14, punti 42-44.

⁶⁵ CGUE, decisione 5 giugno 2014, *Kone* e a. C- 557/12, punto 36.

⁶⁶ CGUE, decisione 29 aprile 2015, *Germania c. Nordzucker*, C-148/14. Cfr con la posizione tenuta dalla Corte suprema americana nel caso *Long island Care at home v. Coke*, 551 U.S., 158, 74-76 (2007).

⁶⁷ Si pensi alle best practices in materia di appalti Verdi (CE – DG Environment, *Buying Green! – A Handbook on green public procurement*, aprile 2016, disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm; Directorate-General Internal Market and Services, *Green Paper on the Modernisation of Public Procurement Policy: Towards a More Efficient European Procurement Market*, Directorate-General Internal Market and Services; Commission Communication COM(2008) 400/2, *Public procurement for a better environment*, disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf); ovvero, ancora, di appalti socialmente responsabili (CE – Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities and Directorate-General for the Internal Market and Services, *Buying social. A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, October 2010, § 1, disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=978>).

⁶⁸ Giunge a tale conclusione, sulla base di una puntuale e completa rassegna delle Agenzie

atti di *soft law*, all'interno del processo di formazione della regola di diritto (cioè, della *hard law*); quanto alle seconde, invece, il coinvolgimento nel processo di creazione della regola di diritto è valutato con maggior cautela dal legislatore comunitario, anche se le Agenzie europee di ultima generazione (in particolare delle Agenzie europee di vigilanza nei settori finanziario e bancario) sembrano godere di maggiori spazi di intervento sul piano della produzione normativa ⁶⁹.

La *soft law* consente, infatti, al legislatore di accrescere sensibilmente (a scapito della Commissione) i poteri di queste Agenzie, nel rispetto formale dei Trattati e della giurisprudenza della Corte di giustizia. Il vincolo principale discende dal principio espresso dalla Corte nel caso *Meroni*: ossia quello del divieto di delegare alle entità amministrative diverse dalla Commissione (e dal Consiglio) poteri ampiamente discrezionali (specialmente se rivolti all'adozione di *regulatory measures* di tipo orizzontale) ⁷⁰.

La legislazione di ultima generazione mostra, però, di valorizzare il ruolo della *soft law* ben oltre il solo piano della formazione della regola di diritto: in particolare, quale strumento di garanzia (a) sia dell'uniforme applicazione ed effettività del diritto Ue (funzioni sub (4) ⁷¹ e (5)); (b) sia di rafforzamento dei poteri decisionali nel complesso assegnati alle Agenzie (e della stesso *soft law*). Questo, dunque, l'obiettivo delle norme che introducono *standard* procedurali per l'emanazione della *soft law* ovvero, e soprattutto, meccanismi che disincentivano il comportamento difforme alla *soft law*.

La *soft law* rimane non vincolante, ma la non-compliance è resa più costosa ⁷² (e, dunque, disincentivata) a mezzo di: obblighi di comunicare e di motivare la non-compliance (art. 16, Reg. 1093/2010); effetti della non-compliance sul piano sanzionatorio; *disclosure* dei soggetti che agiscono in difformità dalla *soft law* ⁷³.

In conclusione, circa il rapporto tra *soft law* e normatività nell'ordinamento sovranazionale europeo, può dirsi che: una parte della *soft law* trova senz'altro ingresso nella normatività giuridica normale (dunque, entro la *hard law*); le modalità del rapporto tra *soft* e *hard law* sono molteplici; la *soft law* assolve a una pluralità di funzioni che vanno ben oltre la sola produzione del diritto: in particolare, è – proprio perché non vincolante – prezioso strumento di regolazione, elasticità e dinamicità del sistema; il diritto rafforza il ruolo della *soft law* (specialmente in relazione alle funzioni da (3) a (6)) promuovendone l'effettività (e, dunque, la normatività di fatto) senza mutarne formalmente la natura giuridica in relazione al diritto dell'Unione.

europee, E. CHITI, *European Agencies Rulemaking: powers, procedures and assessment*, in *European Law Journal*, vol. 19, issue 1, 2013.

⁶⁹ Si veda Per un approfondimento, E. CHITI, *European Agencies Rulemaking: powers, procedures and assessment*, in *European Law Journal*, vol. 19, issue 1, 2013.

⁷⁰ In relazione al potere di definizione degli standard integrativi del diritto europeo derivato, si noti che, sebbene alle Agenzie di vigilanza di cui al Reg. 1093/2010 spetti solo un potere di iniziativa nell'elaborazione delle *draft technical standard*, è però vero anche che la Commissione può modificarli solo previo (motivato) rinvio all'Autorità. Per un approfondimento, M. BUSUOC, *Rule-making by the European Supervisory Authorities: walking a tight rope*, in *European Law Journal*, vol. 19, n. 1, 2013.

⁷¹ Tali orientamenti hanno una valenza interpretativa e sono funzionali alla omogenea applicazione del diritto UE.

⁷² Tale previsione si rivela particolarmente efficace in presenza di *gap* informativi.

⁷³ Il "*Naming and shaming*" è previsto nel Reg. 1093/2010 e costituisce parte del Rapporto che le Autorità di vigilanza ivi previste devono inviare al Parlamento, al Consiglio e alla Commissione.

La prospettiva metodologica qui sostenuta, che sostiene l'importanza di guardare alla *soft law* dal punto di vista del c.d. *regulatory process* sembra dunque trovare conferma anche in relazione all'ordinamento UE.

5. *Soft law* e normatività dell'ordinamento francese

Come anticipato in apertura, il Conseil d'État francese ha dedicato un suo recente studio alla *soft law*, ribattezzandola in termini di *droit souple*, ossia di diritto flessibile ⁷⁴.

Lo studio offre una chiara (e utile) immagine della varietà delle forme nelle quali il *droit souple* si manifesta, varietà che trova conferma anche nei diversi gradi di ingresso della *soft law* sul piano della normatività giuridica formale ⁷⁵. Una buona parte del *droit souple* troverebbe, infatti, già ingresso nel sistema delle fonti del diritto, condividendone la forza, a partire dall'effetto di vincolo.

L'interrogativo di fondo è dunque quello di comprendere se – e fino a che punto – la fortuna della *soft law* non sia semplicemente il frutto di una moda che contagia, à la *manière de M. Jourdain* ⁷⁶, gli attori istituzionali (dal legislatore, all'amministrazione) e la società; ovvero, se, invece, essa non risponda al bisogno profondo di ricambio e ossigenazione del diritto e dell'ordinamento giuridico.

Solo nella seconda ipotesi – quando cioè agisce in via sussidiaria rispetto al *droit dur* e agli strumenti che ne garantiscono l'attuazione e l'applicazione – la *soft law* può rivelarsi utile. L'utilità, però, non è da sola sufficiente a giustificare l'ingresso della *soft law* sul piano della giuridicità: in particolare, non basterebbe a legittimare l'uso del *droit souple* (da parte del legislatore come dell'amministrazione), né a dare ingresso alla domanda di giustizia fondata su o contro il *droit souple* (c.d. *doctrine de recours et d'emploi du droit souple*).

In questa chiave si spiega la messa a punto di un *test* per la verifica di tre condizioni essenziali affinché il *droit souple* possa essere assunto come facente parte di quel *droit plus grand que la règle de droit* (retro par. 1): oltre all'utilità, quella di effettività (probabilità di adesione) e di legittimità.

Volendo ripetere l'esercizio di definizione della categoria della *soft law* attorno ai suoi tratti identificativi, potremmo dire che per il Conseil d'État, essa è ogni atto/fatto passibile di produrre effetti giuridici in virtù di una forza normati-

⁷⁴ Conseil d'État, *Le droit souple*, Collana *Le rapports de le Conseil d'État*, Rapport 2013, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple>; si veda, inoltre, B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, 2012; J.B. AUBY, *Prescription juridique et production juridique*, *Revue de droit public*, 1988, p. 673; J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne*, in J. CLAM-G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998 e *L'État postmoderne*, LGDJ, 2003; C. THIBERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 559; L. BOY, *Normes techniques et normes juridiques*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 21, gennaio 2007; M. ROULAND, *La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi)*, in E. CLAUDEL-B. THULLIER (dir.), *Le droit mou, une concurrence faite à la loi*, Parigi, CEDCACE, 2004, 16 p., disponibile all'indirizzo <http://www.glose.org/CEDCACE7.pdf>; M. BRAC, *Codes de bonne conduite: quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, in E. CLAUDEL-B. THULLIER (dir.), *Le droit mou: une concurrence faite à la loi*, Parigi, CEDCACE, 2004, 18 p., disponibile all'indirizzo <http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf>.

⁷⁵ Conseil d'État, *Le droit souple*, cit., p. 69.

⁷⁶ Il riferimento è a Molière, *Le bourgeois gentilhomme*, 1670.

va che si esprime in via di fatto purché utile, effettivo e legittimo – e che non sia già parte del *droit dur*.

Questi parametri finalizzati a misurare la rilevanza della *soft law* sul piano della normatività giuridica aperta alla sua dimensione fattuale, sono destinati a operare anche sul piano giurisdizionale e, dunque, per misurare la ricevibilità dei ricorsi contro il *droit souple*, ovvero promossi sulla base del *droit souple* (nei quali, cioè, la *soft law* è invocata come parametro normativo di giudizio ⁷⁷).

Il fronte più critico è senz'altro quello della ricevibilità dei ricorsi promossi contro il *droit souple*. In tali casi, infatti, la *soft law* rivela pienamente la sua natura sfuggente, specie se si considera che alcune forme di *soft law* non sono né fonti, né provvedimenti, né meri atti amministrativi ⁷⁸: pertanto, negato il carattere di vincolo dovrebbe dedursene l'inattitudine a ledere la sfera giuridica dei destinatari e, dunque – sul piano processuale – l'assenza di interesse a ricorrere.

Occorre dunque senz'altro spingersi oltre la mera imperatività e valorizzare l'attitudine della *soft law* a produrre effetti (principalmente di natura economica), ovvero a modificare il comportamento dei destinatari (si pensi, ad esempio, agli Schemi tipo di contratti pubblici).

Su queste basi, il Conseil d'État ha recentemente aperto la via ad alcuni ricorsi contro gli atti di *soft law* emanati da Autorità amministrative indipendenti, affermandone la ricevibilità sulla base dell'affidamento da essi creato e, dunque, dell'effettività (misurata in concreto).

Un primo caso (decisione 21 marzo 2016, *Società Fairvesta Int.* ⁷⁹) ha riguardato un comunicato della autorità dei mercati finanziari (AMF) – che metteva in guardia gli investitori circa la bontà di alcuni fondi immobiliari – al quale era seguita la caduta delle contrattazioni in borsa con il conseguente ricorso della società al fine di ottenerne l'annullamento, oltre al risarcimento del danno.

Un secondo caso (decisione 21 marzo 2016, *Société Numericable* ⁸⁰) ha riguardato il ricorso contro una lettera del Presidente dell'Autorità della concorrenza con cui si dichiaravano venuti meno taluni obblighi imposti a società operanti nel settore audiovisivo (in sede di autorizzazione di una operazione di concentrazione) e alla quale era dunque seguita l'astensione da operazioni

⁷⁷ Il *droit souple* può costituire la base della decisione solo nel caso in cui esso abbia natura di fonte (cioè si tratti di *soft law* già transitata all'interno delle fonti formali). In caso contrario, la *soft law* può essere dal giudice utilizzata nella motivazione della sentenza, sotto il profilo dell'eccesso di potere (e non, invece, dell'errore di diritto, come invece per le circolari interpretative).

⁷⁸ Già ammissibile il ricorso contro le *Lignes Directrices* ai sensi della giurisprudenza *Crédit Foncier* (CE, Sect., *Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader*, 11 décembre 1970, n° 78880, Rec. p. 750, in cui si afferma che le direttive creano un vincolo per l'autorità che non può discostarsene se non in casi particolari) e *Société Casino Ghichard – Perrachon* (CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon et Société ITM Entreprises*, n° 357193 et 346378). Al riguardo, l'eccezione che viene sollevata dalla dottrina francese è che il *droit souple* non modificherebbe l'ordinamento giuridico in quanto non è espressione finale dell'esercizio del potere amministrativo. Tale posizione può essere confrontata con la cd. *finality doctrine* elaborata dalla dottrina americana e utilizzata per escludere il ricorso contro la *soft law* in quanto, appunto, non sarebbe *final agency action*: per un commento critico di questa impostazione, si veda D.L. FRANKLIN, *Legislative Rules, Nonlegislative Rules and the Perils of short cut*, in *The Yale Law Journal*, vol. 120, n. 2, Novembre 2010, 276.

⁷⁹ Nn. 368082, 368083, 368084, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-Fairvesta-International-GMBH-et-autres>.

⁸⁰ N. 390023, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-NC-Numericable>.

negoziali poste in essere in esecuzione di tali obblighi, con il conseguente danno ad alcuni operatori economici (la società Numericable).

Un terzo caso (decisione 13 luglio 2016, *GDF Suez*⁸¹) ha riguardato un atto di *soft law* della Autorità per l'energia (*Commission de Régulation de l'énergie*) contenente una precisazione sulle condizioni di legittimità di un contratto tra fornitori di energia e gestori della rete (in punto di remunerazione dei costi di gestione dei clienti finali⁸²), avente effetto escludente sugli operatori non rientranti nelle soglie come precisate dall'autorità a mezzo di *soft law*.

Da queste vicende (tutte concluse a favore dell'amministrazione in quanto gli atti oggetto d'esame sono stati ritenuti legittime manifestazioni del potere di regolazione di volta in volta in gioco) risulta evidente che: innanzitutto, l'ingresso della *soft law* nella dimensione processuale dipende dall'attitudine dell'atto a produrre effetti normativi in via di fatto, in ragione sia della natura del potere esercitato sia dell'autorevolezza dell'amministrazione; quindi, proprio la natura del potere e l'autorevolezza della amministrazione sembrano ridurre lo spazio di sindacato da parte del giudice amministrativo⁸³; infine, appare evidente che, tanto meno il legislatore si farà carico di governare la *soft law*, tanto più il suo ingresso sul piano della normatività e della giuridicità – a tutti i livelli e lungo tutte le fasi del c.d. *regulatory process* – dipenderà dalle Corti e dalla loro capacità di interpretare al meglio le dinamiche che in esso si svolgono. Questa – cioè la tendenza verso equilibri episodici – sembra una costante di tutti i sistemi giuridici qui analizzati, in punto di *soft law* (ma non solo⁸⁴).

Viene a questo punto da chiedersi, a mo' di chiusura, se il Rapporto del Conseil d'État, con le sue 25 linee guida e suggerimenti in punto di nomenclatura (*pardon! recommandations*), non sia già parte del *droit souple* francese.

6. Conclusioni

Dall'indagine, pure nella sua brevità e essenzialità, emerge in modo evidente la molteplicità di ruoli, forme, contenuti e forza giuridico-normativa di ciò che descriviamo in termini di *soft law*.

La prospettiva che meglio consente di apprezzare la varietà e ricchezza di questo universo non è quella, limitata, del farsi del diritto, quanto, piuttosto, quella immensamente più ampia del c.d. *regulatory process*⁸⁵: ossia, della di-

⁸¹ N. 388150, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-13-juillet-2016-societe-GDF-Suez>.

⁸² In particolare, il contratto è stato considerato valido solo nella misura in cui temporaneo e applicabile solo ai fornitori che abbiano fino a 1.750.000 clienti (con conseguente pregiudizio per i fornitori che non rientrano in questa soglia).

⁸³ L'assonanza con l'ordinamento statunitense e con alcuna giurisprudenza amministrativa italiana in tema di circolari interpretative – anche risalente – è chiara e evidente. Per una disamina della possibile qualificazione delle circolari, da ultimo, Tar Lazio-Roma, sentenza 30 agosto 2012, n. 7395; sull'invocabilità delle circolari amministrative interpretative sul piano della responsabilità del funzionario, Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7521; sulla inevitabile prevalenza del dettato normativo, Tar Campania (Sa), sez. I, decisione 13 gennaio 2016, n. 17; sulla impugnabilità delle circolari aventi una rilevanza esterna, Cons. Stato, Ad. Plen., 14 novembre 2011, n. 19.

⁸⁴ Cfr. L. IANNOTTA, *La giuridicità del caso concreto*, in *Dir. proc. amm.*, vol. 2-3, 613.

⁸⁵ Cfr. F. BIGNAMI, *Introduzione* a F. BIGNAMI-E. ZARING, *Comparative Law and Regulation*, cit.

namica che abbraccia la produzione del diritto – nei diversi livelli, centri e modi a ciò deputati –, la sua attuazione (anche attraverso la regolazione) e applicazione in chiave di effettività (meccanismi di *enforcement*).

In questo più ampio orizzonte, infatti, la *soft law* si rivela essere essenziale strumento (sussidiario) di regolamentazione e regolazione, utile a garantire l'effettività, l'equilibrio, l'elasticità e dinamicità dei sistemi giuridici contemporanei. Questo suo multiforme ruolo si gioca su più fronti e a una molteplicità di livelli, non secondario quello "interno" ovvero inter-istituzionale.

Senza voler qui ripercorrere le considerazioni introduttive sulla natura della normatività e sul suo rapporto con la categoria di ciò che chiamiamo diritto, è certo che con riguardo alla *soft law* la dimensione dell'effettività – ossia della sua capacità di porsi nella realtà come fatto regolante e canone di comportamento – è coesistente al suo essere e condizione stessa della sua rilevanza sul piano della giuridicità e, quindi, della sua "giustiziabilità". Non è un caso che il legislatore non si limiti ad aprire la strada alla *soft law* (favorendone così anche l'ingresso nel sistema delle fonti), ma intervenga per rafforzarne appunto l'effettività, rendendo più costoso, per i soggetti regolati, il comportamento da essa difforme.

In questo gioco, in cui sussidiato (fonti) e sussidiario (*soft law*) invertono i reciproci ruoli, l'autorevolezza "normativa" della *soft law* rimane premessa essenziale, utile altresì a svelare alcune delle aporie insite nel modo in cui si continua a costruire e raccontare l'universo del diritto.



SAGGI

Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari

di Margherita Ramajoli

ABSTRACT

The paper examines the financial markets in order to demonstrate that the soft regulation if, on the one hand, satisfies general goals, on the other hand, it is a tool only apparently soft. The soft regulation could be defined as “crypto-hard”. It contains very tight restrictions against regulated parties, with the aggravating circumstance of the impossibility of applying the traditional means of judicial protection. Since the flexible regulation evokes a phenomenon with undefined contours, the first part of this paper primarily aims to differentiate soft regulation in financial markets from other recent regulatory events sui generis, notably by distinguishing between soft regulation and self-regulation. The second part is rather specifically dedicated to the analysis of soft regulation in financial markets and the special bond existing between soft law and soft regulation; the investigation continues considering the relations of complementarity between soft and hard regulation, which leads to a contamination between the two models of regulation. Finally, the paper examines the nature and constraints deriving from flexible regulation provisions in financial markets. In this investigation it must be distinguished whether recipients of the act of soft regulation are the same acting regulators or other regulators, or, instead, the regulated parties. In the conclusive remarks, paradoxically it emerges the soft regulation does not deal with the problem of its effectiveness –despite the absence of sanctions for its violation –, but rather evokes justiciability issues, in terms of judicial protection and remedies.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Self regulation versus soft regulation. – 3. Soft law, soft regulation e hard regulation. – 4. Gli atti di soft regulation: a) come autolimiti all'esercizio del potere regolatorio puntuale; b) come produttivi di effetti diretti nella sfera giuridica altrui.

1. Premessa

Il presente scritto prende in esame il settore dei mercati finanziari per tentare di dimostrare che la *soft regulation* se, da un lato, soddisfa indubbie esigenze di carattere generale, dall'altro lato, è uno strumento solo apparentemente *soft*. La *soft regulation* è definibile come “cripto-hard”: essa detta vincoli molto stringenti nei confronti dei soggetti regolati, con l'aggravante dell'impossibilità di applicare gli strumenti di tutela tradizionali avverso tali vincoli.

La scelta di considerare come campo d'indagine privilegiata il settore dei mercati finanziari è sorretta da una precisa motivazione. I mercati finanziari risultano centrali per una riflessione in tema visto che essi, non da oggi, co-

stituiscono dal punto di vista giuridico un “laboratorio di incubazione per soluzioni destinate a propagarsi ben oltre il settore creditizio”¹. Con la precisazione che s’intende qui adottare un concetto di settore finanziario in senso lato, comprensivo anche del mercato delle imprese il cui andamento incide sulla sorte del risparmio pubblico, come avviene per le società quotate.

Dal momento che la regolazione flessibile evoca un fenomeno dai contorni indefiniti, la prima parte del presente scritto mira anzitutto a differenziare la *soft regulation* nei mercati finanziari da altre recenti manifestazioni regolatorie *sui generis*, distinguendo in particolare tra *soft regulation* e *self regulation*. La seconda parte del saggio è invece specificamente dedicata all’analisi della *soft regulation* nei mercati finanziari e dello speciale legame sussistente tra *soft law* e *soft regulation*; l’indagine poi prosegue considerando i rapporti di complementarietà tra *soft regulation* e di *hard regulation*, che conducono ad una contaminazione tra i due modelli di regolazione. Da ultimo si concluderà con l’esame della natura e del grado dei vincoli sorgenti dalla regolazione flessibile nei mercati finanziari e in quest’indagine sarà necessario distinguere a seconda che destinatari dell’atto di *soft regulation* siano gli stessi regolatori che hanno dettato l’atto, oppure altri regolatori, o ancora i soggetti regolati.

Dalla riflessione emergerà come paradossalmente la *soft regulation* ponga non tanto un problema di effettività, ossia di osservanza dei suoi precetti – nonostante nel caso di inottemperanza alla medesima difettino sanzioni di tipo tradizionale –, quanto piuttosto un problema di giustiziabilità, a garanzia dei destinatari dei relativi atti.

2. *Self regulation versus soft regulation*

Il settore dei mercati finanziari è stato ed è tuttora (sia pure con alcune precisazioni svolte in seguito) il regno della *soft regulation*. Ma il settore dei mercati finanziari è il regno non solo della *soft regulation*, bensì anche di un fenomeno ad essa limitrofo e contiguo, ossia della *self regulation*, altrimenti definita *reflexive* o *auto-regulation*.

Soft regulation e *self regulation* non sono sinonimi, in quanto esprimono dinamiche sottilmente diverse, pur appartenendo al medesimo *humus* ideologico e culturale basato sul consenso e sull’adesione spontanea ai precetti dettati.

La *self regulation* costituisce esercizio di autonomia privata e ricorre quando un gruppo di soggetti e/o una formazione sociale esponenziale di tale gruppo fissano autonomamente regole che li riguardano. Essa s’identifica prevalentemente nella elaborazione di standard da parte di soggetti privati che spontaneamente s’impegnano ad osservarli e che possono poi essere seguiti anche da terzi sempre in virtù di una scelta volontaria².

¹ In questo senso F. VELLA, *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, in *Banca impresa e società*, 2014, p. 289 ss.; K.J. HOPT, *Better Governance of Financial Institutions, Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions After the Financial Crisis*, in <https://ssrn.com>.

² A. OGUS, *Rethinking self-regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, p. 97 ss.; F. VELLA, *L’autoregolamentazione nella disciplina dei mercati mobiliari: il modello italiano*, in *Banca, impresa e società*, 1997, p. 3 ss.; O.H. DOMBALAGIAN, *Self and Self-Regulation: Resolving the SRO Identity Crisis*, in *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2007, p. 329; L. SENDEN, *Soft*

Secondo il parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema “Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell’UE”, del 4 settembre 2015, con il termine autoregolamentazione (o, meglio, autoregolazione), «*si designa genericamente, quando ci si riferisce al comportamento economico, l’adozione da parte degli attori economici di certe regole di condotta nelle relazioni reciproche oppure nei confronti di terzi sul mercato e nella società, regole il cui rispetto è frutto di un accordo tra gli stessi attori, senza meccanismi coercitivi esterni*» (punto 3.2).

L’autoregolazione è adottata spesso con procedimenti non rispettosi del principio di trasparenza e di pubblicità e l’inottemperanza nei suoi riguardi non è giuridicamente sanzionata. La non sanzionabilità sul piano giuridico dei comportamenti devianti è però accompagnata da altre “misure di reazione” che possono essere prese dall’aggregazione privata autrice della *self regulation* nei confronti di coloro che, dopo avere aderito alla stessa, la violano. Queste misure sono essenzialmente sanzioni di tipo reputazionale oppure fattuale, come l’esclusione dalla lista degli aderenti all’aggregazione privata³.

Si anticipa però che questo tipo peculiare di *enforcement* tra pari non risulta in concreto particolarmente adeguato ed efficace, tant’è che frequentemente la *self regulation* tende “a farsi norma”, nel senso che la regola privata viene elevata al rango primario sulla base di un complesso fenomeno che sarà illustrato tra breve⁴.

La *self regulation* talvolta si manifesta in un contesto di assoluto vuoto normativo, altre volte invece si esplica entro una cornice di principi guida fissati dal legislatore.

Tuttavia in quest’ultimo caso è preferibile parlare, anziché di autoregolazione, di co-regolazione, o di regolazione di tipo cooperativo⁵.

Per co-regolazione (o, anche qui, per co-regolazione), sempre secondo il già menzionato Parere del Comitato economico e sociale europeo, s’intende «*una forma di regolamentazione delle parti interessate (stakeholder) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un’autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori*» (punto 3.4).

La *co-regulation* è altrimenti definibile come *audited self regulation* (autoregolazione monitorata), termine che mette maggiormente in evidenza la circostanza per cui se, da una parte, le regole di disciplina sono poste in essere da soggetti privati o da loro organismi associativi, dall’altra, esse sono assoggettate a un controllo indiretto da parte di un’autorità pubblica⁶.

Law, *Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in www.ejcl.org.

³ Ad esempio, se per ipotesi un fornitore non si assoggetta agli standard elaborati nel commercio internazionale dei prodotti alimentari, gli viene preclusa la possibilità di vendere il proprio prodotto all’impresa che ne esige il rispetto; sul punto si veda L. Russo, *Gli standard privati per la produzione alimentare nel commercio internazionale*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 134 ss.

⁴ P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle Autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 33 ss.; M. EREDE-F. GHEZZI, *Regolazione pubblica e autonomia privata nella composizione del consiglio di amministrazione di società quotate: un’indagine empirica*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 919 ss.

⁵ In questo senso F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 547 ss.; ID., *Self regulation in European Contract Law*, 2007, in www.eui.eu.

⁶ Cfr. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Auto-*

Del tutto diversa invece è la sostanza della *soft law*, sulla quale ci si intratterrà nei paragrafi successivi. Per ora è sufficiente precisare che sempre il menzionato parere del Comitato economico e sociale europeo descrive la *soft law* come «*diritto non vincolante*», che s'identifica negli «*atti preparatori o informativi (ad esempio, i libri bianchi e i libri verdi, i piani d'azione e i programmi), gli atti interpretativi ..., le conclusioni, le dichiarazioni, le risoluzioni e, infine, le raccomandazioni e i pareri*». È evidente che si tratta di atti tra loro eterogenei, ma tutti accomunati dal fatto di essere emanati da pubblici poteri e non da soggetti privati⁷.

In altri termini è *soft law* «*a wide range of quasi legal instruments that differ from hard law as they lack immediate, uniformly binding, direct effects, precision, and clearly delineated monitoring, dispute settlement, and enforcement authorities*»⁸.

Tornando alla *self regulation* ora che è stata distinta, almeno in linea di principio, da altri tipi di regolazione, è d'immediata osservazione che tante e varie sono le sue manifestazioni concrete nell'ambito dei mercati finanziari. Utilizzando la già invocata nozione allargata di settore dei mercati finanziari, che include le società quotate, sono esempi di *self regulation*, risalenti nel tempo, specie in alcuni ordinamenti stranieri, i codici di comportamento in materia di governo societario emanati da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, rivolti agli emittenti italiani quotati nei mercati regolamentati domestici, e contenenti raccomandazioni di buona *governance* societaria, sulla cui adesione volontaria o non adesione deve essere data informativa al mercato.

Già cinquanta anni fa la dottrina di diritto commerciale era propensa a valorizzare questo fenomeno. Ariberto Mignoli scriveva infatti che «*occorre battersi per una vigorosa autodisciplina ... l'autodisciplina consente l'irrogazione di misure rigorose e "comprese" dalla corporazione. La legge è rigida, in quanto*

rità indipendenti, Torino, 1999, pp. 16-17, che ricorda come un sistema di autoregolazione monitorata fosse stato previsto dal T.U. delle disposizioni in materia d'intermediazione finanziaria del 24 febbraio 1998, n. 58, agli artt. 61 e ss.; un esempio più recente di co-regolazione è dato, questa volta in materia di contratti pubblici, da quella attività di «*vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara*» nel caso di affidamenti di particolare interesse (art. 213, comma 3 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

In questo contesto meritano poi essere almeno menzionati altri due tipi di "regolazione alternativa": a) la *regulatory negotiation*, introdotta in via normativa negli Stati Uniti nel 1990, che si estrinseca nell'istituzione, su iniziativa del regolatore, di un vero e proprio comitato di regolazione negoziale, rappresentativo di tutti gli interessi reputati rilevanti, avente il compito di proporre un testo normativo all'autorità pubblica competente ad adottarlo formalmente (su questo particolare tipo di regolazione cfr. G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 273 ss.); b) la *regulation by litigation*, che consiste nell'utilizzo dei poteri di risoluzione alternativa delle controversie demandati al regolatore come surrogata prosecuzione dell'attività amministrativa, avendo talvolta lo stesso legislatore imposto all'Autorità di regolazione di perseguire gli obiettivi della regolazione anche in occasione della risoluzione dei conflitti, come avvenuto con l'art. 23, comma 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche, con riferimento alle controversie tra operatori demandate all'Agcom (in tema cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 13 ss.; ID., *Tutele differenziate nei settori regolati*, in questa *Rivista*, 1/2015, p. 18 ss.).

⁷ Sui caratteri della *soft law* e sul rapporto tra *soft law* e *soft regulation* cfr. *infra*, paragrafo successivo.

⁸ C. KOUTALAKIS-A. BUZOGANY-T. BÖRZEL, *When soft regulation is not enough: The integrated pollution prevention and control directive of the European Union*, in *Regulation and Governance*, 2010, pp. 329-330.

non è possibile in tempi brevi adattarla alla realtà nel frattempo modificata: un disegno di legge rischia poi di essere, attraverso l'iter parlamentare, e col sistema degli emendamenti, tradito nel suo spirito e negli scopi che esso si propone, e di diventare un coacervo incoerente di norme (...). Un codice di comportamento, che mette al bando il trasgressore e lo addita, non solo alla corporazione, ma anche al pubblico, ha un'efficacia immediata e diretta»⁹.

Si è voluto riportare pressoché integralmente il brano in questione dal momento che da esso traspare in poche righe e in maniera chiara il senso e i vantaggi che questo tipo di regolazione collocato al di fuori dei binari formalitradizionali porta con sé.

Nei mercati finanziari emerge con chiarezza come la *self regulation* spesso anticipi il legislatore e/o il regolatore, perché – si afferma – essa riesce a dare voce immediata alle esigenze del mercato. La *self regulation* può essere dunque vista come una *hard law in fieri*, come anticipazione di una successiva disciplina normativa vincolante. Si pensi, ad esempio, all'attuale formulazione dell'art. 2381 c.c., come risultante dalle modifiche introdotte dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Il contenuto della disposizione normativa ricalca infatti le raccomandazioni contenute nel codice di autodisciplina del 1999 per quanto riguarda la funzione e i poteri del presidente del consiglio di amministrazione, i rapporti tra organi delegati e organi deleganti e il sistema dei flussi informativi endoconsiliari¹⁰.

Il ruolo propulsivo svolto dalla *self regulation* assume spesso una particolare sfumatura in un significato sperimentale, nel senso che consente di saggiare nel corso del tempo la bontà di una soluzione prospettata e, se necessario, di cambiare direzione nell'eventualità in cui sorgano nuovi dati e informazioni.

Il diritto tradizionale non si disinteressa affatto del fenomeno della *self regulation*. Si è appena accennato al fatto che le regole originariamente elaborate dai soggetti privati si possono trasformare in regole squisitamente formali, secondo tutti i crismi della giuridicità. Altre volte, invece, è il soggetto pubblico a stimolare il ricorso all'autodisciplina, nella convinzione che essa sia in grado di costituire un valido complemento della disciplina tradizionale.

Questa circostanza può apparire paradossale, ma in realtà non lo è: il soggetto pubblico nutre interesse ad incentivare questo particolare tipo di regolazione per le ragioni sopra evidenziate, che fanno perno sull'estrema duttilità e sull'agevolata accettazione dello strumento regolatorio da parte dei soggetti regolati. Ad esempio, la Covip ha promosso iniziative per sollecitare le maggiori organizzazioni rappresentative del settore ad adottare forme di autodisciplina idonee a definire standard condivisi di efficienza e buone prassi, nei settori considerati di particolare rilievo, con riferimento alla gestione dei trasferimenti pensionistici, *life-cycle*, standardizzazione della modulistica, regolamentazione delle modalità di collocamento¹¹.

Altre volte ancora vi è un legame di alternatività tra autoregolazione e regolazione flessibile: la Consob nel 2009 ha preferito rinviare l'adozione di un suo

⁹ A. MIGNOLI, *Vecchio e nuovo nel diritto societario*, in *Riv. not.*, 1973, p. 1043 ss., ora anche in *La società per azioni. Problemi letture testimonianze*, Giuffrè, Milano, 2002, t. 1, p. 81 ss.

¹⁰ G. BOSI, *Autoregolazione societaria*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. p. 109 ss.; C. PISTOCCHI, *Appunti sul codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 171 ss.; per quanto riguarda la normativa antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003 cfr. Cass., Sez. Lav., 8 agosto 1983, n. 5307.

¹¹ COVIP, *Relazione annuale per il 2010*, p. 97 ss.; sul punto S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in www.osservatorioair.it.

atto di *soft law* (comunicazione contenente raccomandazioni in merito alla valutazione dell'organo amministrativo di società quotate sulla sussistenza dei requisiti previsti per i propri componenti dichiaratesi indipendenti) al fine di stimare gli sviluppi dell'autoregolazione, prendendo atto dell'intenzione di Borsa italiana di avviare una revisione del codice di autodisciplina che tenesse conto delle migliori prassi rilevate ¹².

Ma l'attenzione che il diritto tradizionale tributa alla *self regulation* è in grado di assumere anche forme più complesse, seguendo un percorso in cui s'intrecciano sia livello europeo sia livello nazionale, sia *self regulation*, sia *soft regulation*, sia *hard law* sia *soft law*.

Si consideri infatti come spesso la *self regulation* beneficia di un *enforcement* pubblico, quindi di tipo *hard*. Un esempio tra i tanti, riguardante il modo in cui è stata attribuita valenza giuridica ai codici di autodisciplina del governo societario.

Dapprima il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del 29 marzo 2012, ha espresso il suo favore nei confronti dell'obbligo di adesione a un determinato codice di autodisciplina del governo societario e ha ritenuto che qualunque comportamento non conforme al codice avrebbe dovuto essere opportunamente motivato e che, in aggiunta, anche la misura adottata in alternativa avrebbe dovuto essere descritta e spiegata (principio del *comply or explain*) ¹³.

In un secondo tempo, la Commissione europea, con la sua Raccomandazione del 9 aprile 2014, sulla qualità dell'informativa sul governo societario, partendo dalla premessa che i codici di governo societario mirano a stabilire nelle società quotate in Europa «*principi di buon governo societario basati sulla trasparenza, sulla responsabilità e su una prospettiva a lungo termine*» e che tali codici «*forniscono norme e buone pratiche alle società*», ha precisato che il pieno rispetto del codice può trasmettere un messaggio positivo al mercato, ma può non essere sempre l'approccio migliore per una società in una prospettiva di governo societario, con la conseguenza che in alcuni casi discostarsi da una disposizione del codice potrebbe consentire a un'impresa di gestirsi in modo più efficace ¹⁴.

In tal maniera quei tipici atti di *self regulation* che sono i codici di autodisciplina vengono ad assumere una rilevanza diretta per l'ordinamento giuridico in virtù di altrettanto tipici atti di *soft law* e cioè una Risoluzione del Parlamento europeo e una Raccomandazione della Commissione europea.

Ma il processo di emersione di un vincolo giuridico al rispetto dei codici di autodisciplina non si arresta al livello sovranazionale. Nel passaggio dal li-

¹² CONSOB, *Proposta di comunicazione avente ad oggetto Raccomandazioni relative alla trasparenza delle valutazioni dell'organo amministrativo sulla sussistenza dei requisiti di indipendenza dei propri componenti*, del 26 febbraio 2009.

¹³ Risoluzione del Parlamento europeo del 29 marzo 2012 su un quadro in materia di governo societario delle imprese europee, 2011/2181(INI).

¹⁴ «*L'approccio rispetta o spiega offre una certa flessibilità alle società, consentendo loro di adeguare il sistema di governo societario alle dimensioni, alla struttura dell'azionariato e a specificità settoriali. Al tempo stesso occorre promuovere una cultura della responsabilità, incoraggiando le società a riflettere maggiormente sui dispositivi di governo societario*»; così il settimo considerando della Raccomandazione della Commissione europea del 9 aprile 2014, sulla qualità dell'informativa sul governo societario (2014/208/UE), ma si vedano anche il secondo e il sesto considerando. Cfr. altresì art. 20 della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio.

vello sovranazionale a quello nazionale il vincolo diviene sempre più stringente e ciò in ragione delle frequenti crisi economiche e dell'incalzare degli scandali finanziari, perché, come si avrà modo di verificare anche in seguito, è il contesto economico a condizionare l'approccio regolamentare.

Pertanto, nello specifico, il contenuto del menzionato atto europeo di *soft law* è stato recepito in un atto nazionale di *hard law*, ossia nel T.U.F.; attualmente l'art. 123-*bis*, comma 2, lett. a, obbliga gli emittenti a informare il mercato circa il grado di osservanza delle raccomandazioni contenute nel codice di autodisciplina, consentendo loro di disattenderle purché forniscano le motivazioni sottese a tale scelta organizzativa¹⁵, mentre l'art. 192-*bis* ha reso vincolante il principio del "rispetta o spiega", prevedendo l'irrogazione di sanzioni amministrative nel caso di violazione del suddetto principio¹⁶.

Si chiude così la parabola dell'emersione di un vincolo giuridico al rispetto dei codici di autodisciplina. L'esito ultimo è che la forza degli atti di *self regulation* non poggia più solo ed esclusivamente sull'aspetto c.d. reputazionale, divenendo norma imperativa¹⁷.

La singola vicenda descritta mostra come talvolta gli atti di *self regulation* abbiano la forza di porre vincoli diretti mediante il filtro operato dalla *soft law* oppure anche dalla *hard law*. Tuttavia questo particolare tipo di *enforcement* produce due conseguenze critiche: da una parte, esso genera un processo di stratificazione «*fatalmente disordinato*», stante la notevole articolazione delle fonti giuridiche e la complessità del dato normativo che ne risulta¹⁸; dall'altra, conduce a una sorta di pubblicizzazione occulta della *self regulation*, con un problematico snaturamento del fenomeno originario, espressione d'autonomia privata¹⁹.

¹⁵ «La relazione sulla gestione delle società emittenti valori mobiliari ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati contiene in una specifica sezione, denominata: "Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari", informazioni dettagliate riguardanti: (...) a) l'adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni dell'eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni, nonché le pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari. La società indica altresì dove il codice di comportamento in materia di governo societario al quale aderisce è accessibile al pubblico» (art. 123-*bis*, comma 2, lett. a, del T.U.F., come risultante dalle modifiche apportate dall'art. 5, comma 1, del d. lgs. 3 novembre 2008, n. 173).

¹⁶ Da notare che la regolamentazione bancaria in materia di esponenti aziendali (art. 26 T.U.B.) riproduce, accentuandola, l'impostazione –sommariamente indicata nel testo– seguita per la generalità delle società quotate, con uno stretto connubio tra normativa primaria (art. 26, comma 1 e 2, T.U.B.), normazione di grado secondario, con poche linee guida a corredo (art. 26, comma 3, T.U.B.), e un residuale spazio per l'autoregolazione.

¹⁷ Aspetto che in ogni caso rimane centrale. Infatti il primo *Rapporto sull'applicazione del Codice di Autodisciplina* pubblicato il 9 dicembre 2013 dal Comitato per la corporate governance ha sottolineato che la quasi totalità delle società italiane con azioni quotate (223 società, pari al 93% del totale) ha scelto di aderire formalmente al Codice di Autodisciplina.

¹⁸ M. EREDE-F. GHEZZI, *Regolazione pubblica e autonomia privata*, cit., spec. pp. 920-921.

¹⁹ Così P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle Autorità di controllo*, cit., p. 33 ss., che parla di un *enforcement* pubblico che «*aguzza i denti*»; sulla commistione fra fonti di autoregolamentazione privata e regolatori pubblici cfr. anche F. VELLA, *Nuove regole di corporate governance e tutela degli investitori*, in *Banca imprese e società*, 2004, p. 468 ss.; M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 599 ss.

3. *Soft law, soft regulation e hard regulation*

Ma più che della *self regulation*, i mercati finanziari sono il regno della *soft regulation*. Affrontare il tema della *soft regulation* impone anzitutto di chiarire la nozione preliminare di *soft law* e indagare il rapporto sussistente tra *soft law* e *soft regulation*²⁰.

La *soft law*, che nasce nel diritto internazionale pubblico e si sviluppa specialmente nel diritto dell'Unione europea, affonda storicamente le sue radici nella distinzione tra comandi e consigli, per cui, mentre il destinatario del comando è obbligato ad eseguirlo, il destinatario del consiglio è libero di scegliere se eseguirlo o meno, «ossia si trova in quella situazione che i giuristi chiamano *facoltà*»²¹; oppure, se si preferisce, affonda storicamente le sue radici nella distinzione tra *commands*, ossia regole riconosciute vincolanti per la loro forma, e *precepts*, regole vincolanti in seguito alla convinzione della bontà del loro contenuto e alla autorevolezza del soggetto che le pone²².

Come già sopra osservato, la *soft law* si manifesta in varie forme, dalle linee guida alle comunicazioni, dai chiarimenti interpretativi e applicativi agli atti tipo, dalle risposte ai relativi quesiti agli indirizzi. Essa è priva di coercibilità in senso tradizionale, ponendo precetti privi di sanzione, ossia precetti la cui ottemperanza è volontaria.

Detto ciò, ne dovrebbe conseguire che è *soft regulation* la *soft law* propria di ambiti caratterizzati dalla presenza di autorità di regolazione, configurandosi tra le due nozioni un rapporto di genere a specie²³.

²⁰ La *soft law* nasce per disciplinare e, ancor prima, per giuridificare le relazioni internazionali tra Stati; infatti «*the soft law concept may be useful in understanding how pragmatic arrangements have slowly crystallised into binding rules of law*» (R. DEHOUSSE-J.H.H. WEILER, *EPC and the Single Act: From Soft Law to Hard Law?*, in *European University Institute*, EPU Working Paper 90/1, p. 6). In tema cfr. R.J. DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la soft law*, in *L'élaboration du droit international public*, Paris, 1975, p. 132-148; F. BEVERIDGE e S. NOTT, *A hard look at soft law*, in P. CRAIG e C. Harlow (a cura di), *Law making in the European Union*, The Hague, 1998, p. 291 ss.; K.C. WELLENS-G.M. BORCHARDT, *Soft law in European Community law*, in *Eur. Law Review*, 1989, p. 267 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008; sulle tante anime presenti nella *soft law* cfr. A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *Am. Journal of Comp. Law*, 2006, p. 499 ss.; A. SOMMA, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 437 ss.; per alcune critiche alla capacità euristica della nozione di *soft law* cfr. J. D'ASPREMONT e T. AALBERTS, *Which future for the scholarly concept of soft international law?*, in *Leiden Journ. of Intern. Law*, 2012, p. 309 ss.; in tema cfr. altresì M. RAMAJOLI, *Soft law e crisi della sistematica tradizionale*, in corso di pubblicazione su *Dir. amm.*

²¹ Distinzione che si deve a N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 369 ss., e di recente ripresa a G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in corso di pubblicazione su *Dir. amm.*

²² Distinzione che si deve invece a H.U. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge, 1958, p. 30 ss., e di recente ripresa da S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, p. 39 ss.; come è stato efficacemente osservato (E. SELINGER e K.P. WHYTE, *Nudging cannot solve complex policy problems*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2012, p. 26), «*nudging is best seen as an emerging form of soft law*». Sul fenomeno della c.d. spinta gentile (*nudge*) cfr., per tutti, R.H. THALER e C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad.it., Feltrinelli, Milano, 2008; C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The Future of Government*, Simon & Schuster, New York, 2013; S. CONLY, *Against Autonomy – Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, sui quali due ultimi cfr. A. SPINA, *Recensione*, in questa *Rivista*, n. 1/2014.

²³ In questo contesto deve essere ricordato che il termine «regolazione flessibile» (o, almeno

Tuttavia, a tutta prima sembrerebbe pleonastico aggiungere l'aggettivo *soft* al sostantivo *regulation*. Infatti la regolazione nasce come attività intrinsecamente *soft*, *flessibile*, modificabile nel corso del tempo, che si prefigge di verificare il suo impatto in concreto, che riconosce un fondamentale ruolo partecipatorio ai destinatari della medesima, che pone a presidio della sua osservanza non la cogenza in senso tradizionale, quanto piuttosto la capacità persuasiva che porta a una spontanea ottemperanza²⁴.

In realtà, per il raggiungimento della loro missione le autorità di regolazione hanno bisogno spesso anche di strumenti di tipo tradizionale (autorizzatori in senso lato, sanzionatori e così via). Quindi l'attività regolatoria può fondarsi su un *mix* di misure *hard* e di misure *soft*, classici strumenti autoritativi e strumenti all'insegna della flessibilità e del consenso.

Del resto, l'esperienza ha mostrato come una disciplina fondata solo ed esclusivamente sulla c.d. *moral suasion* non sempre sia efficace. Emblematico a tal proposito quanto accaduto in Francia in un campo che non è quello dei mercati finanziari, riguardando la tematica delle clausole abusive, ma che comunque rende plasticamente evidenti le ragioni di una contaminazione tra modelli *soft* e *hard* di disciplina.

Originariamente il modello francese di controllo delle clausole abusive era di tipo *soft*, facendo perno su raccomandazioni non vincolanti di un organo amministrativo e cioè della *Commission des clauses abusives*. Questo modello si è dimostrato del tutto inadeguato, dal momento che le imprese, in assenza di sanzioni effettive, hanno continuato a imporre clausole abusive ai consumatori. Di conseguenza, il legislatore si è visto costretto ad optare per diversa soluzione, aggiuntiva e non sostitutiva della precedente, introducendo lo strumento della legittimazione delle associazioni di consumatori e di organismi pubblici inseriti in appositi elenchi a promuovere un provvedimento denominato *action en suppression* (art. L. 421 – 6 *code cons.*) allo scopo di ottenere in via giudiziale l'eliminazione delle clausole abusive²⁵.

Questo combinarsi di una *hard regulation* e di una *soft regulation* è tratto particolarmente pronunciato nell'attuale configurazione della disciplina dei mercati finanziari. Ciò a differenza di quanto è invece accaduto nel passato, anche recente.

Infatti, dapprima la risposta istituzionale data alle crisi della finanza mondia-

in un primo momento, di "regolamentazione flessibile") è stato utilizzato dal nostro legislatore e più precisamente dalla legge di delega del codice dei contratti pubblici (art. 1, comma 1, lett. *t*, della legge n. 11/2016) e poi dal codice stesso (art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016), per indicare il carattere proprio di una serie di atti di competenza dell'Anac (linee guida, bandi tipo, contratti tipo), la cui natura non è d'immediata comprensione. In tema, oltre al già menzionato G. MORBIDELLI, *Linee guida*, cit., cfr. altresì M.P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 436 ss.; S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in questa *Rivista*, n. 1/2016; ID., *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it; L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 605 ss.; ID., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, nel presente numero di questa *Rivista*.

²⁴ B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, n. 1/2014, p. 5 ss., e bibliografia *ivi* riportata; in tema cfr. altresì R. BALDWIN, *Is better regulation smarter regulation?*, in *Public Law*, 2005, p. 485 ss.

²⁵ Sulla vicenda cfr. E. BATTELLI, *L'intervento dell'Autorità antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. e Dir. priv.*, 2014, p. 207 ss.

le verificatesi nella seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso è consistita nell'incentivare il modello di regolazione flessibile, che ha assunto la configurazione di regolazione per *standard*. Essa s'identifica nella creazione a livello internazionale di *standards*, *guidelines*, codici di condotta e raccomandazioni, elaborate specie, ma non solo, dalla IOSCO (*International Organization of Securities Commissions*) e corredate da una forma di adeguamento a carattere spontaneo, volontario ed occasionale, rimessa alle opzioni del legislatore domestico e del singolo interprete, senza alcuna garanzia di puntuale applicazione delle regole elaborate a livello globale²⁶.

Diversa invece è stata la reazione istituzionale provocata dalle crisi finanziarie, economiche e del debito sovrano verificatesi in quest'ultimo decennio. Al fine di rimediare alle indubbie e conclamate carenze del precedente modello di regolazione e supervisione finanziaria si è scelto di affiancare la *soft regulation* (che talvolta assumeva tratti di *de-regulation*) con una *hard regulation*. Quest'ultima, operando in una realtà finanziaria sempre più fragile, detta nuove restrizioni e vincoli in un contesto in cui è stata ridisegnata l'architettura istituzionale dei sistemi di vigilanza, con un accentramento delle funzioni a livello UE²⁷.

Tanti e vari sono i poteri di *hard regulation*, tali da incidere profondamente anche sul diritto societario, come nel caso del potere della Banca d'Italia di rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari quando la loro permanenza in carica sia ritenuta di pregiudizio alla sana e prudente gestione²⁸; oppure nel caso del potere dell'ESMA (*European Securities and Markets*

²⁶ Così A. CASSATELLA, *La regolazione globale del mercato dei valori mobiliari: la International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*; ma cfr. anche S. PELLIZZARI, *La regolazione globale del mercato assicurativo: la International Association of Insurance Supervisors (IAIS)*, entrambi in S. BATTINI (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007, rispettivamente p. 77 ss. e p. 173 ss.; nonché M. DE BELLIS, *Gli standard globali per i servizi finanziari: concorrenza e reciproco rafforzamento tra diversi modelli di amministrazione globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 153 ss.; in senso fortemente critico cfr. G. ROSSI, *Un'autorità sovranazionale per i mercati finanziari?*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 188; sull'ideologia alla base del precedente modello di regolazione cfr., da ultimo, M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2016.

²⁷ La dottrina si è particolarmente concentrata su questo cambio di paradigma, che lambisce il tema qui oggetto di riflessione; cfr., in argomento, D.W. ARNER-M.W. TAYLOR, *The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the Soft Law of International Financial Regulation?*, in *Univ. of New South Wales Law J.*, 2009, p. 488 ss.; E. FERRAN e K. ALEXANDER, *Can soft law bodies be effective? The special case of the European Systemic Risk Board*, in *Eur. Law Rev.*, 2010, p. 35 ss.; F. CAPRIGLIONE-A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'Ue dopo la crisi*, Utet Giuridica, Torino, 2014, spec. p. 121 ss.; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79 ss.; I. VISCO, *Perché i tempi stanno cambiando*, Il Mulino, Bologna, 2015, spec. p. 47 ss.; T.S. UMLAUFT, *Regulators' Irrational Rationality and Bankers' Rational Irrationality: Too big to fail, self-regulation. Moral hazard and the Global financial crisis, 2007-2009*, in <https://ssrn.com>; A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivista Aic*, 2015; ID., *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di Stato nella crisi: ruolo e scelte della Commissione nel settore bancario*, in www.amministrazioneincammino.it; M. SIMONCINI, *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell'UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it.

²⁸ Cfr. l'art. 53-bis, comma 1, lett. e, del TUB, come introdotto dall'art. 1, comma 20, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, attuativo della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento; nonché l'art. 69-vicies-semel del TUB, inserito dall'art. 1, comma 13, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, in attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio

Authority) di vietare lo *short selling*, fissando così limiti strutturali all'operatività degli intermediari, potere che è stato da ultimo ritenuto legittimo della Corte di giustizia²⁹.

La combinazione di *hard* e *soft regulation* non deve sorprendere. Su un piano generale, molteplici tipi di relazione possono sussistere tra *hard law* e *soft law* e, conseguentemente, tra *hard regulation* e *soft regulation*: di alternatività, di complementarità e di antagonismo³⁰.

La scelta attualmente compiuta nel settore dei mercati finanziari è stata nel senso della complementarità, con una contemporanea necessaria presenza di misure *hard* e *soft*, che si combinano e talvolta si mescolano tra loro. Del resto, come si è già sopra sottolineato, esistono anche forme d'integrazione tra *self regulation* e *soft regulation*, il cui esito ultimo è la creazione di un sistema misto o, meglio, ibrido.

Ma mentre la regolazione leggera, di stampo britannico, ha assunto un connotato negativo durante le ultime crisi, ora però si corre il rischio che l'eccessivo ricorso a troppe tecniche regolatorie conduca a una regolamentazione eccessiva (*ovvereregulation*)³¹.

Tra l'altro, ulteriore fattore di frantumazione e confusione è dato dal fatto che strumenti tipicamente *hard* di provenienza europea possono non produrre convergenza come invece reputato desiderabile. Essi infatti vengono talvolta recepiti internamente dai diversi Stati membri mediante modalità tra loro assai poco coordinate. Ad esempio la direttiva c.d. sul *bail-in*³² è stata recepita a livello nazionale in maniera molto diversa, cercando ogni singolo Paese di creare le condizioni per tutelare alcune specifiche tipologie d'investitori. Effetto collaterale di tale condotta è la determinazione di c.d. arbitraggi regolatori, dal momento che la disciplina nazionale diviene un elemento di attrazione o di dissuasione per lo stabilimento di imprese, per gli investimenti finanziari, nonché per la stessa appetibilità del mercato nazionale³³.

Sta di fatto che, per quanto qui rileva, la *soft regulation* nei mercati finanziari continua a mantenere una sua centralità, anzi in concreto lo strumentario

2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio. Su queste pervasive misure cfr. I. VISCO, *Banche, crisi e comportamenti. Lezione "Giorgio Ambrosoli"*, in www.astrid-online.it.

²⁹ Cfr. Regolamento n. 236/2012/UE del 14 marzo 2012, in materia di vendite allo scoperto e di taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (*credit default swap*), sul quale si è pronunciata la Corte di Giustizia, Grande sez., 22 gennaio 2014, n. 270, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 689 ss., con nota di M. DE BELLIS. Sulla questione cfr. anche L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 15-16.

³⁰ G.C. SHAFFER-M.A. POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, in *Minn. L. Rev.*, 2010, p. 706 ss.; ritiene, invece, a monte, che non vi siano differenze significative tra *hard* e *soft law* P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 210 ss.

³¹ Su questo profilo, che, pur di notevole interesse, qui non può essere affrontato, cfr. G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 48 ss.

³² Si tratta della già menzionata direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che è stata recepita nel nostro ordinamento dai d. lgs. 16 novembre 2015, nn. 180 e 181, relativi alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento, nonché dei servizi accessori.

³³ Così P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle Autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, cit., p. 33.

soft risulta preferibile proprio in ragione delle sue caratteristiche di elasticità, adattamento e rapidità. Infatti da sempre i mercati finanziari sono stati considerati allergici a una regolamentazione rigida fondata su comandi e controlli (“*rule-based*”) per essere, di contro, terreno fertile di una disciplina “*process-oriented*” e il mutato contesto economico di riferimento ha solo attenuato ma non eliminato la prevalenza di un paradigma sull’altro. La regolazione flessibile meglio s’adatta alle mutevoli condizioni del mercato di riferimento e soddisfa più efficacemente il principio europeo di buona amministrazione, che privilegia il carattere efficace dell’azione pubblica più che la sua validità in termini di corrispondenza a un comando giuridico³⁴.

Non solo. La *soft regulation* mostra una vera e propria capacità espansiva, ben esemplificata dal fatto che il regolamento sul meccanismo di risoluzione delle crisi bancarie (Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2011) prevede che l’EBA, di sua propria iniziativa, abbia il potere di occupare spazi non coperti dalla disciplina tradizionale grazie all’elaborazione di orientamenti e raccomandazioni, tipici atti di *soft regulation*³⁵.

Un’ultima precisazione conclusiva, riguardante, questa volta, la correlazione tra la nozione (più ampia) di regolazione e quella, in essa compresa, di regolamentazione. Mentre quest’ultima va intesa come potere di porre regole, di vario tipo, nella regolazione rientrano indirizzi, linee guida, regole di condotta, le correlate attività di vigilanza o controllo della *compliance* dei comportamenti alla *hard* o *soft regulation*, oltre che l’analisi della struttura e dell’efficienza dei soggetti regolatori. Sul punto il maggiore approfondimento si deve alla riflessione scientifica francese, la quale ha puntualizzato che le autorità di regolazione cumulano poteri «*de recommandation, de réglementation, d’autorisation, de contrôle, d’injonction, de sanction, voire de nomination*» e pertanto «*exerçant une mission globale de police administrative en ayant recours à une palette d’outils diversifiés relevant du “droit dur” (réglementation, autorisation, sanction) comme du “droit souple” (recommandation, coordination, prise de position, mise en garde...)*»³⁶.

4. Gli atti di *soft regulation*: a) come autolimiti all’esercizio del potere regolatorio puntuale; b) come produttivi di effetti diretti nella sfera giuridica altrui

A questo punto occorre dimostrare perché si ritenga la *soft regulation* uno strumentario di tipo *cripto-hard*. Infatti, la corrente rappresentazione della *soft*

³⁴ Sulla peculiarità dei mercati finanziari, che vivono con sofferenza una regolamentazione “*rule-based*”, cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *Self vs. Public discipline in the Financial Field*, in *Regulating Finance*, March 2004, p. 41; C. BRUMMER, *Why Soft Law Dominates International Finance – And Not Trade*, in *Journal of International Economic Law*, 2010, p. 623 ss.; il legame tra strumenti di *soft law* e principio di buona amministrazione è sviluppato da M.P. CHITI, *A Rigid Constitution for a Flexible Administration: New Forms of Governance*, in *Rev. eur. droit pub.*, 2004, p. 175 ss.; pp. 186-187; F. GIGLIONI, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, 2012, ETS, Pisa, p. 182 ss.; con accenti fortemente critici sull’attuale assetto regolatorio cfr. B. TONOLETTI, *Il mercato*, cit., p. 18 ss.

³⁵ Sul punto cfr. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, in www.irpa.eu.

³⁶ CONSEIL D’ÉTAT, *Le juge administratif et les autorités de régulation économique. Les dossiers thématiques du Conseil d’État*, 2016, 1, p. 12-13.

law e della *soft regulation* quali misure prive di coercibilità in senso tradizionale, idonee però a produrre effetti pratici di tipo metagiuridico, non coglie appieno tutta la complessità del fenomeno.

È indubbio che i meccanismi del c.d. *naming, shaming, faming* funzionino con particolare efficacia proprio nei mercati finanziari dal momento che essi sono tradizionalmente retti dal fattore reputazionale e fiduciario³⁷. Tuttavia l'esperienza concreta è più articolata e sfaccettata.

Si è soliti affermare che la *soft regulation* nei mercati finanziari aspiri a svolgere una funzione di certezza e d'uniformità interpretativa e applicativa. Le autorità europee di vigilanza emanano raccomandazioni, orientamenti o altri documenti riconducibili alla categoria della *soft regulation*, allo scopo espresso di «*istituire prassi di vigilanza uniformi, efficienti ed efficaci*» e «*per assicurare l'applicazione comune, uniforme e coerente del diritto dell'Unione*»³⁸.

Però questa funzione assume declinazioni diverse, a seconda dei destinatari dei concreti atti di *soft regulation*. Destinatari possono essere sia gli stessi soggetti che hanno emanato l'atto di *soft regulation*, sia soggetti terzi, anche se, come si avrà modo di verificare, questa distinzione non è facile da stabilire in concreto, specie nei mercati finanziari.

a) Nel caso in cui vi sia coincidenza tra colui che detta e colui che applica la *soft regulation*, i relativi atti servono a: rafforzare l'*enforcement* dell'attività puntuale, consentire una maggiore coerenza e prevedibilità decisionale, rendere accettabili da parte dei destinatari le decisioni applicative e, non da ultimo, facilitare anche il controllo giurisdizionale, dotando il giudice di uno strumento utile per verificare il rispetto dei principi d'imparzialità e proporzionalità nel caso concreto.

In questa ipotesi l'atto con cui si concretizza la regolazione flessibile è configurabile come un atto di autolimitazione, che diviene vincolo per l'autorità che l'ha posto. Il regolatore circoscrive il suo potere discrezionale, con la conseguenza che l'inosservanza immotivata all'atto generale ridonda in vizio procedimentale dell'atto puntuale finale, per violazione di principi generali del diritto, quali la parità di trattamento, la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento³⁹.

Quest'ultima, del resto, è la conclusione cui è giunta la giurisprudenza, con specifico riferimento ad atti generali di *soft law* adottati però non dalle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, bensì dalle autorità di garanzia della concor-

³⁷ C. BRUMMER, *Why Soft Law Dominates International Finance*, cit., p. 623 ss.

³⁸ Per quanto riguarda l'EBA cfr., ad esempio, art. 16 del Regolamento 1093/2010. Si consideri poi che nei mercati regolati anche soggetti pubblici sovranazionali privi di un sostanziale potere decisionale emettono atti di *soft law*, come ad esempio l'Acer (Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia), sede istituzionale per il raccordo strutturale e funzionale delle varie Autorità nazionali di regolazione, che elabora *report, benchmark*, linee guida; sul punto F. DI PORTO, *La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti per una comparazione*, in *www.amministrazioneincammino.it*; e, più in generale, L. AMMANNATI, *Governance e regolazione attraverso le reti*, in L. AMMANNATI-P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. II, *Governance multilivello regolazione e reti*, Giuffrè, Milano, 2008.

³⁹ In generale sul vincolo che gli atti di autolimitazione sono in grado di generare sull'attività amministrativa puntuale cfr., se si vuole, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 192 ss.; sul fatto, di converso, per cui «*la soft law può riguardare gli spazi di contorno della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto*» cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584, in materia di classificazione delle riviste scientifiche.

renza e del mercato. In particolare, a venire in rilievo sono state le Linee guida e gli Orientamenti della Commissione europea e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia sanzionatoria, adottati allo scopo d'illustrare in via preventiva e generale il modo in cui esse intendono valutare le condotte idonee a generare un impatto sulla concorrenza, assicurando trasparenza, prevedibilità e carattere obiettivo delle proprie decisioni puntuali⁴⁰.

Notevoli sono le assonanze che la questione del sindacato nei riguardi di questi atti di *soft regulation* presenta con la tradizionale giurisprudenza sulla sindacabilità delle circolari amministrative. Infatti anche le circolari hanno lo scopo di individuare per l'amministrazione pubblica la linea di condotta migliore da tenere nel futuro. Pertanto il discostarsi nel caso concreto dalle circolari è sintomo di una scelta discrezionale scorretta, salvo, anche in questo caso, un'adeguata esternazione delle ragioni che giustificano l'abbandono dei criteri generali indicati nella circolare stessa⁴¹.

Un'ultima considerazione sugli effetti della particolare manifestazione di *soft regulation* che si estrinseca in atti generali e astratti produttivi di un autovincolo pubblicistico rilevante per la successiva attività puntuale: di essi è garantita l'invocabilità ma non la contestazione diretta. Infatti tali atti possono essere invocati in giudizio qualora decisioni puntuali e concrete se ne discostino immotivatamente, ma non possono però essere impugnati direttamente davanti ad un giudice, non essendo idonea la loro semplice presenza ad attivare il meccanismo del controllo giurisdizionale. Conclusione questa che è del tutto coerente con la premessa in base alla quale tali atti non incidono direttamente nella sfera giuridica altrui, per cui questa particolare tipologia di atti generali di *soft regulation* risulta sindacabile, in sede amministrativa e giustiziale, solo una volta che abbiamo ricevuto successiva applicazione in virtù di un provvedimento singolare⁴².

⁴⁰ Sulla complessiva tematica si rinvia a F. GHEZZI-G.D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1196 ss., che osservano altresì come l'Autorità antitrust nazionale sia stata a lungo restia a fornire indicazioni di carattere generale al mercato sotto forma di comunicazioni, linee guida o avvisi, «sulla base dell'argomentazione, forse con qualche fondamento sul piano giuridico, ma certo meno accettabile sul piano sostanziale, secondo la quale l'Autorità garante avrebbe natura di autorità di quasi aggiudicazione, e in quanto tale sarebbe priva del potere di regolazione e intervento attivo sul mercato» (op.cit., nt. 10). Gli atti di *soft law* cui si allude nel testo sono COMMISSIONE, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a, del Regolamento (CE) n. 1/2003*; AGCM, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, pubblicate a seguito della del. 22 ottobre 2014 e disponibili all'indirizzo www.agcm.it/concorrenza-intesa-e-abusi/linee-guida-sanzioni.html.

⁴¹ In dottrina, per tutti, F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, p. 107 ss.; per la giurisprudenza in materia si rinvia a R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 498 ss.; da osservare poi che per configurare un eccesso di potere occorre che la circolare sia legittima, altrimenti l'amministrazione non può dirsi vincolata ad essa (con particolare chiarezza Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 1998, n. 112).

⁴² Analogamente a quanto si verifica per ogni atto di *soft law*, come ben ha precisato la dottrina francese; sul punto cfr. D. COSTA, *La normatività graduata in diritto amministrativo francese: le linee direttrici*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 187 ss., spec. pp. 191-192; ma si veda anche il rapporto del CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, 2013, nonché M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, cit., p. 193 ss., spec. p. 235 ss.

Con una precisazione che s'impone – oggetto d'analisi alla lettera successiva del presente paragrafo –, e cioè che la linea di confine tra atti di *soft regulation* fonte di auto-vincolo e atti di *soft regulation* è di facile trapasso⁴³.

b) Altamente problematica risulta l'ipotesi in cui l'atto di *soft regulation* non generi essenzialmente un auto-vincolo per il regolatore, bensì si rivolga a un soggetto terzo, producendo un effetto diretto nella sfera giuridica soggettiva di quest'ultimo. Terzo non necessariamente è il soggetto regolato, ossia un'istituzione finanziaria. Nel caso di un atto europeo di *soft regulation* terzo può essere pure un soggetto pubblico operante a livello nazionale, come i Parlamenti degli Stati membri oppure le autorità nazionali di regolazione e di vigilanza.

Questa potenziale pluralità di destinatari degli atti in questione si spiega in considerazione del fatto che nel settore finanziario molteplici sono i *livelli di governance*, a causa dell'inevitabile dimensione sovranazionale del relativo mercato. Di conseguenza tanti sono i soggetti istituzionali coinvolti nella regolazione, che ha un sicuro vertice europeo al quale la regolazione nazionale si deve adeguare⁴⁴.

Emerge così come la *soft regulation*, e, ancora prima, la *soft law* siano anche mezzi di gestione e coordinamento di rapporti tra pubblici poteri. In altri termini, le regole soffici si collocano a metà strada tra il sistema delle fonti del diritto e la *governance* istituzionale⁴⁵.

La finalità assolta dalla regolazione flessibile è dunque quella di assicurare un progressivo riavvicinamento fra le normative nazionali di settore e di impedire il rischio dei già evidenziati arbitraggi regolamentari. In questa logica campo privilegiato della manifestazione del fenomeno sono le materie che non formano oggetto di armonizzazione a livello UE oppure per le quali sono previste unicamente forme di armonizzazione minima.

Conseguentemente la *soft regulation* soddisfa un'esigenza non solo d'uniformità, ma anche di flessibilità e adattabilità della disciplina regolatoria alle diverse condizioni politiche, economico, sociali e normative degli Stati membri, incoraggiando convergenze che non possono passare attraverso un'armonizzazione dettagliata⁴⁶.

⁴³ Sulla più generale questione dell'impugnabilità degli atti amministrativi generali cfr. M. RAMAJOLI e B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 53 ss.

⁴⁴ Sulle particolari esigenze regolatorie imposte della globalizzazione dei mercati finanziari cfr. G. NAPOLITANO, *La scala ottimale della regolazione*, in F. BRESCIA, L. TORCHIA e A. ZOPPINI (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 79 ss.; ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012; sulla complessità dell'assetto organizzatorio già prima delle riforme di questo ultimo periodo cfr. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. p. 2-142.

⁴⁵ Sul tema, che qui non può essere approfondito e che si sviluppa formalmente a partire dalla *Comunicazione* della COMMISSIONE EUROPEA, 25 luglio 2001, COM (2001) 428 def., *La Governance europea – Un libro bianco*, trovando poi suggello nel Metodo aperto di coordinamento (MAC), si rinvia a K. JACOBSSON, *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy*, in *Journal of European Social Policy*, 2004, p. 355 ss.; S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Jovene, Napoli, 2012; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Franco Angeli, Milano, 2012, spec. p. 107 ss.; F. GIGLIONI, *Governare per differenza*, cit., spec. p. 52 ss.

⁴⁶ Ad esempio, la convergenza delle politiche economiche è perseguita attraverso il procedimento di coordinamento rimesso alla cooperazione tra Commissione europea e pubbliche amministrazioni degli Stati membri, basata sull'adozione di atti d'indirizzo europeo conformativi

Si pensi, ad esempio, alle linee guida, regolamenti, orientamenti o istruzioni emanati dalla BCE, nella sua qualità di responsabile del funzionamento complessivo del Meccanismo unico, che sono indirizzate alle Banche centrali nazionali relativamente alla vigilanza sulle banche meno significative, oppure agli atti di *soft law* emanati dall'ESMA vuoi nei riguardi delle competenti autorità nazionali vuoi dei partecipanti al mercato finanziario intesi a produrre un effetto di standardizzazione sovranazionale del sistema⁴⁷.

In questi casi la *soft regulation* assolve una funzione d'indirizzo, a fini di coordinamento, nei confronti dei regolatori nazionali e una funzione pedagogico-orientativa nei confronti dei regolati, presentando al contempo l'indubbio vantaggio di garantire quella flessibilità e rapidità necessarie nei mercati finanziari caratterizzati da un'evoluzione costante⁴⁸.

Resta però da stabilire se ed eventualmente quali vincoli scaturiscano dai tali particolari atti di *soft regulation* e se ed eventualmente quali strumenti di tutela nei loro riguardi siano previsti dall'ordinamento a garanzia dei terzi destinatari.

Anzitutto, anche se per definizione l'atto di *soft regulation* è privo di coercibilità in senso tradizionale, esso tuttavia può talvolta divenire formalmente vincolante. Ciò in virtù di quel fenomeno di trasformazione (già evidenziato in relazione al contiguo fenomeno della *self regulation*) per cui l'*hard law* evolve nella direzione auspicata dagli atti di *soft law*, che vengono assorbiti in esso.

Ad esempio, le regole fissate dal Comitato di Basilea in tema di vigilanza prudenziale sono state poi riprodotte dalle Direttive e dai Regolamenti adottati in materia dall'Unione europea, oppure, scendendo dal livello sovranazionale a quello interno, i Regolamenti delle autorità nazionali di vigilanza spesso hanno incorporato contenuti di loro antecedenti Comunicazioni, come avvenuto con il Regolamento emittenti della Consob⁴⁹.

di atti nazionali; in tema cfr. S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento*, cit., p. 35 ss.; F. GIGLIONI, *Governare per differenza*, cit., p. 70 ss., p. 170 ss., che osserva come il quadro disciplinare fondato sugli atti di *soft law* trovi ora riconoscimento formale nel TFUE, i cui artt. 5 e 6 aggiungono rispettivamente alle competenze esclusive e concorrenti dell'UE le competenze di coordinamento in materie economiche, occupazionali e sociali e quelle idonee a «svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri».

⁴⁷ M. VAN RIJSBERGEN, *On the Enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority*, in *Utrecht L. Rev.*, 2014, p. 116 ss.; sulle regole procedurali che tali soggetti sono tenuti ad osservare nell'adozione degli atti regolatori cfr. E. CHITI, *European Agencies Rule-making. Powers, Procedures and Assessment*, in *Eur. L. Journal*, 2013, p. 102 ss.

⁴⁸ Sulla capacità della *soft law* di produrre certezza del diritto e di alimentare le legittime aspettative degli attori del mercato cfr. Z. GEORGIEVA, *Soft Law in EU Competition Law and its Judicial Reception in Member States: A Theoretical Perspective*, in *Germ. Law Journal*, 2015, p. 223 ss., spec. p. 229 ss.

⁴⁹ Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e più volte – forse troppe – modificato (con delibere n. 12475 del 6 aprile 2000, n. 13086 del 18 aprile 2001, n. 13106 del 3 maggio 2001, n. 13130 del 22 maggio 2001, n. 13605 del 5 giugno 2002, n. 13616 del 12 giugno 2002, n. 13924 del 4 febbraio 2003, n. 14002 del 27 marzo 2003, n. 14372 del 23 dicembre 2003, n. 14692 dell'11 agosto 2004, n. 14743 del 13 ottobre 2004, n. 14990 del 14 aprile 2005, n. 15232 del 29 novembre 2005, n. 15510 del 20 luglio 2006, n. 15520 del 27 luglio 2006, n. 15586 del 12 ottobre 2006, n. 15915 del 3 maggio 2007, n. 15960 del 30 maggio 2007, n. 16515 del 18 giugno 2008, n. 16709 del 27 novembre 2008, n. 16840 del 19 marzo 2009, n. 16850 del 1° aprile 2009, n. 16893 del 14 maggio 2009, n. 17002 del 17 agosto 2009, n. 17221 del 12 marzo 2010, n. 17326 del 13 maggio 2010, n. 17389 del 23 giugno 2010, n. 17592 del 14 dicembre 2010, n. 17679 del 1° marzo 2011, n. 17730 del 31 marzo 2011, n. 17731 del 5 aprile 2011, n. 17919 del 9 settembre 2011, n. 18049 del 23 dicembre

In questa logica la *soft law* viene ad assolvere essenzialmente una funzione preparatoria alla creazione di una *hard law* e il suo successivo indurimento risolve alla radice il problema di giustiziabilità, dal momento che avverso atti che sono tipicamente di *hard law* (come le Direttive o i Regolamenti) valgono i consueti strumenti tradizionali di tutela giurisdizionale.

Diverso il caso degli atti di *soft regulation* che non subiscono questo processo di mutazione e che pertanto rimangono nell'alveo della regolazione flessibile. Si è qui di fronte ad atti non formalmente vincolanti ma nondimeno sostanzialmente incisivi nella sfera altrui.

Tuttavia, dal punto di vista procedimentale, per l'emanazione di questi atti non è obbligatoria la consultazione dei regolati, né è prevista l'AIR (analisi d'impatto della regolazione); mentre dal punto di vista processuale, contro tali atti non esistono certe garanzie d'impugnabilità. Viene qui in rilievo il profilo maggiormente critico della *soft regulation*, ma l'approfondimento scientifico sul punto è ancora agli albori, nonostante l'indubbia importanza pratica della questione.

Il problema a monte sta nello stabilire quanto un concreto atto di *soft regulation* si rivolga esclusivamente al regolatore che lo ha emanato, al fine di annunciare come esso intenda fare uso in talune situazioni del suo potere regolatorio puntuale, e quanto invece produca effetti vincolanti verso i terzi.

Un esempio recente è particolarmente rappresentativo, visto che mostra in concreto come non sia agevole determinare quali siano gli effetti degli atti di *soft regulation* e quale possa essere la tutela giurisdizionale da attivare.

Prima dell'emanazione della già menzionata direttiva europea BRRD del 2014 sulla risoluzione delle crisi bancarie, introduttiva del *bail-in* per ripristinare la sostenibilità economica delle banche (direttiva 2014/59/UE), la Commissione europea aveva adottato una Comunicazione allo scopo di fornire orientamenti sui criteri da applicare per valutare se gli aiuti di Stato concessi alle banche durante la crisi fossero da reputare compatibili con il mercato interno⁵⁰.

In seguito la Slovenia aveva emanato una legge sul settore bancario al fine di ottemperare al contenuto della Comunicazione, nel tacito presupposto che quest'ultima fosse vincolante per gli Stati membri. Sulla base di questa legge la Banca centrale slovena aveva poi adottato misure straordinarie per la ricapitalizzazione, il salvataggio e la liquidazione di cinque banche slovene e la Commissione aveva successivamente autorizzato la concessione di aiuti di Stato alle banche in questione. Alla luce di questi accadimenti alcune persone fisiche e il difensore civico hanno elevato questione di legittimità costituzionale della legge nazionale davanti alla Corte costituzionale slovena, la quale, sospeso il procedimento, ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. Tra le tante questioni di legittimità costituzionale sollevate assume qui rilevanza quella relativa alla natura e agli effetti – vincolanti o meno – della Comunicazione della Commissione nei confronti degli Stati membri, al fine eventualmente di effettuare un sindacato della sua compatibilità con i principi costituzionali interni, sulla base delle note teorie in tema di controlimiti.

2011, n. 18079 del 20 gennaio 2012, n. 18098 dell'8 febbraio 2012, n. 18210 del 9 maggio 2012, n. 18214 del 9 maggio 2012, n. 18470 del 20 febbraio 2013, n. 18523 del 10 aprile 2013, n. 18612 del 17 luglio 2013, n. 18671 dell'8 ottobre 2013, n. 19084 del 19 dicembre 2014, n. 19094 dell'8 gennaio 2015, n. 19430 del 29 ottobre 2015, n. 19446 del 25 novembre 2015, n. 19548 del 17 marzo 2016, n. 19614 del 26 maggio 2016 e n. 19770 del 26 ottobre 2016).

⁵⁰ COMMISSIONE, Comunicazione relativa all'applicazione dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (c.d. Comunicazione sul settore bancario). Si tratta della settima comunicazione adottata dall'inizio della crisi finanziaria.

Da ultimo la Corte di giustizia ha precisato che la Comunicazione sul settore bancario non produce un effetto vincolante diretto nei confronti degli Stati membri, ma ha «un effetto circoscritto all'autolimitazione della Commissione nell'esercizio del proprio potere discrezionale»⁵¹.

Tuttavia è indubbio che l'atto sovranazionale di regolazione flessibile in questione produca un preciso vincolo conformativo in capo agli Stati membri, essendo solo apparentemente *soft*. Anzitutto, dal punto di vista letterale, la Comunicazione adotta un linguaggio *hard*, nel senso di chiaramente prescrittivo e non meramente facoltizzante. Infatti, afferma perentoriamente il punto 2 della Comunicazione che la stessa «*stabilisce le condizioni per l'accesso agli aiuti di Stato e i requisiti da soddisfare in modo che tali aiuti possano essere considerati compatibili con il mercato interno*». Dal punto di vista politico poi, dal momento che la Commissione è titolare del potere di decidere di autorizzare o meno i progetti di aiuto di Stato che gli Stati membri devono notificare, «*non è facile per uno Stato membro convincere la Commissione del fatto che, a causa delle particolari caratteristiche di un caso, uno dei principi di base stabiliti dalla Comunicazione (ad es., quello della condivisione degli oneri) non si debba applicare*», tenendo altresì presente che il fattore temporale gioca in queste circostanze un ruolo non indifferente nel disporre l'aiuto pianificato⁵².

Ma allora se la *soft regulation* produce effetti *cripto hard*, anche il sindacato deve essere quello classico *hard* e cioè un sindacato diretto nei confronti della misura in questione. Del resto, proprio nel caso di specie la Corte di giustizia ha avallato, sia pure implicitamente, questa tesi: essa, pur ritenendo che la Comunicazione non abbia effetti vincolanti e quindi non rientri tra gli atti nei confronti dei quali può attivare un controllo di legittimità ai sensi dell'art. 263 TFUE, non si è sottratta a sindacarla, verificando in concreto se la Comunicazione non avesse violato principi generali dell'ordinamento giuridico, quali il principio di proporzionalità (con particolare riguardo al sacrificio dei creditori), il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà⁵³.

Parimenti, si deve ritenere che anche il giudice nazionale, chiamato a deci-

⁵¹ «Se uno Stato membro notifica alla Commissione un progetto di aiuto di Stato che è conforme a dette norme, quest'ultima, in linea di principio, deve autorizzare tale progetto. Dall'altro lato, gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali. Ne consegue che la comunicazione sul settore bancario non è idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri, ma si limita a stabilire condizioni che mirano a garantire la compatibilità con il mercato interno di aiuti di Stato accordati alle banche nel contesto della crisi finanziaria, di cui la Commissione deve tener conto nell'esercizio dell'ampio margine di discrezionalità di cui essa dispone ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b, TFUE»; così Corte di Giustizia, Grande sez., 19 luglio 2016, C-526/14, Kotnik e altri, punti 43-44.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato generale Nils Wahl, presentate il 18 febbraio 2016, punto 42, osservando successivamente che «si può anche supporre ... che un governo possa non essere sempre pronto a correre il rischio di notificare alla Commissione misure di aiuto non completamente in linea con le disposizioni della comunicazione ... in talune circostanze, un'approvazione agevole e rapida dell'aiuto notificato possa essere di particolare importanza per un governo» (punto 43).

⁵³ In particolare la Corte di giustizia ha osservato conclusivamente che «il principio della tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà devono essere interpretati nel senso che non ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei detentori di titoli subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato» e che la Comunicazione dev'essere interpretata nel senso che «le misure di conversione o svalutazione del capitale ibrido e dei debiti subordinati ... previste ... non devono andare oltre quanto è necessario per superare la carenza di capitale della banca interessata».

dere di vicende in cui venga in rilievo un atto di *soft regulation* idoneo ad incidere direttamente nella sfera giuridica altrui, si debba spingere a vagliare la conformità del suo contenuto ai principi generali del diritto e ad esaminarne la legittimità, beninteso sempre tenendo conto della particolare natura e delle caratteristiche dell'atto stesso, nonché del potere d'apprezzamento di cui dispone il regolatore.

Così ha fatto il giudice francese, che di recente ha respinto l'eccezione di non ricevibilità del ricorso proposto da una società finanziaria avverso alcune *Communiqués* dell'*Autorité des marchés financiers*, destinate a mettere in guardia gli investitori contro le condizioni alle quali erano stati commercializzati determinati prodotti finanziari, rivolgendo così raccomandazioni di vigilanza.

Il *Conseil d'État* ha infatti riconosciuto che questi atti di *soft regulation* sono in grado di produrre effetti rimarchevoli, specialmente di natura economica («*ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique*»), avendo determinato come conseguenza una diminuzione brutale («*diminution brutale*») della sottoscrizione dei prodotti commerciali in questione, in quanto hanno influenzato in maniera significativa i comportamenti dei risparmiatori⁵⁴.

Quindi anche un comunicato stampa emesso dal regolatore è configurabile come atto direttamente impugnabile davanti al giudice amministrativo, con una notevole estensione – a fini di garanzia – del perimetro di ciò che rientra tra gli atti amministrativi sindacabili. Del resto, tutta la storia del provvedimento amministrativo sta a dimostrare che la qualificazione provvedimentale di atti dagli incerti confini consente di sottoporre questi ultimi al controllo giurisdizionale pubblicistico, soddisfacendo in questa maniera le istanze dei privati, siano essi destinatari degli atti in questione oppure soggetti terzi⁵⁵.

Se invece venisse a mancare quel fondamentale presidio di garanzia dato dalla giustiziabilità degli atti, la *soft regulation*, che nasce per soddisfare indubbi interessi di carattere generale, diverrebbe invece un *escamotage* difficilmente conciliabile con i valori di fondo del nostro sistema⁵⁶.

⁵⁴ *Conseil d'État*, 21 marzo 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, nos 368082, 368083, 368084, in www.conseil-etat.fr. Nel nostro ordinamento si è profilata invece la questione della mancata giustiziabilità della raccomandazione dell'EBA del dicembre 2011, volta a un rafforzamento della posizione patrimoniale delle banche mediante l'innalzamento della riserva di capitale bancario allo scopo di assicurare i mercati finanziari. L'atto era idoneo a produrre il vincolo proprio di un'autentica decisione, ma il *nomen* di raccomandazione ha impedito il ricorso presso la Commissione di ricorso delle autorità di vigilanza europee, prevista agli artt. 58 ss del relativo regolamento (si veda l'audizione dell'allora presidente dell'ABI presso la VI Commissione (Finanze e Tesoro) del Senato dell'8 febbraio 2012, pubblicata in *Bancaria*, 2012, n. 2, p. 2 ss.). Su questa vicenda cfr. M. SIMONCINI, *Nuovi regolatori*, cit., nt. 33; G. CERRINA FERONI, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle Banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority (EBA)*, in www.federalismi.it; sul tema dei meccanismi di riesame amministrativo cfr. P. CHIRULLI e L. DE LUCIA, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1305 ss.; M. CLARICH, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca Centrale europea*, *ivi*, 2015, p. 1513 ss.

⁵⁵ Per rimanere nell'ambito del diritto dell'economia, si pensi alla parabola qualificatoria delle sovvenzioni amministrative, sulla quale, se si vuole, cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 3 ss.

⁵⁶ Infatti, se manca la legittimazione democratica dell'organo emanante, se manca la consultazione procedimentale obbligatoria, se manca il sindacato giurisdizionale diretto, allora non esiste alcun tipo di garanzia nei confronti della *soft regulation*. Si vedano a tal riguardo le forti critiche di R. BIN, *Soft law no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 31 ss.

La regolazione del mercato dei contratti pubblici

di Luisa Torchia

ABSTRACT

The transposition of the new European directives on public procurement has been completed in Italy, with the overhauling of the old discipline and the enactment of a new national law (d.lgs. n. 50/2016). The new discipline provides for a large array of soft regulation powers, mostly attributed to the ANAC (Autorità nazionale AntiCorruzione). These powers are not well defined both in nature and for their effects. Anac has produced a number of guidelines and submitted them to the Council of State for its advice. The analysis of both the guidelines and of the Council of State observation on them provide materials for a discussion of the features and the problems concerning this new kind of regulation.

SOMMARIO: 1. Una regolazione flessibile, ma vincolante: la collocazione nel sistema. – 2. Le prime linee guida dell'Anac. – 3. Il mercato dei contratti pubblici preso sul serio.

1. Una regolazione flessibile, ma vincolante: la collocazione nel sistema.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) contiene molte novità rispetto al passato, sia perché recepisce un nuovo pacchetto di direttive europee in materia¹, sia perché il legislatore italiano ha ritenuto di introdurre nuove regole e nuovi istituti, anche al di là e al di fuori dell'operazione di recepimento.

Fra le novità più importanti c'è l'attribuzione di significativi poteri all'Anac, configurata come una vera e propria autorità di vigilanza del settore, dotata anche di poteri regolatori, da esercitarsi mediante «*strumenti di regolazione flessibile*» (art. 213, comma 2, del Codice).

La formula è stata letta come una traduzione dell'espressione "*soft law*" di origine anglosassone, anche se sono evidenti le differenze fra le due. La *soft law* si caratterizza in genere, infatti, come autoregolazione adottata da soggetti che operano in attività o su mercati per i quali non vale né una unica regolazione pubblica nazionale, né una sicura disciplina internazionale². Si

¹ Si tratta delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014, relative alla disciplina dei contratti pubblici nei settori ordinari, nei settori speciali e in materia di concessioni.

² Fra i primi studi in materia negli ordinamenti a diritto amministrativo v. R.J. DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la soft law*, in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Société Française de Droit International, Paris, 1975, pp. 132-148. Con specifico riferimento all'ordinamento europeo v. F. BEVERIDGE-S. NOTT., *A hard look at soft law*, in P. CRAIG, C. HARLOW, (a cura di), *Law making in the European Union*,

tratta quindi di un diritto per definizione atipico, composto di regole basate sul consenso e la cui efficacia dipende dall'adesione dei soggetti interessati, che raramente danno adito a controversie e difficilmente sono sottoposte al sindacato di un vero e proprio giudice, mentre possono essere oggetto di arbitrato³.

Il "trapianto" della nozione e dell'esperienza della *soft law* sono resi, peraltro, ancora più difficili dal terreno di destinazione. A differenza di altri settori per i quali vale una esperienza ormai pluridecennale di attività delle autorità di regolazione – i mercati finanziari, il mercato dell'energia e del gas, il mercato delle comunicazioni elettroniche – i contratti pubblici sono stati considerati tradizionalmente una materia (di studio e di disciplina), ma non un settore e tantomeno un mercato.

La finalità dell'attribuzione di poteri regolatori all'Anac è stata subito chiara e dichiarata: il superamento del regolamento di attuazione ed esecuzione in materia di appalti pubblici, tanto quanto a contenitore come quanto a contenuto.

Quanto a contenitore, il regolamento è sembrato un veicolo normativo troppo pesante e rigido, da sostituire, appunto, con una regolazione flessibile e più facilmente aggiornabile. Quanto al contenuto, la nuova regolazione dovrebbe sostituire prescrizioni minute e spesso farraginose con un insieme di regole e principi di più semplice applicazione.

I problemi, a partire dall'apparente ossimoro della formula normativa che mette insieme flessibilità e vincolatività⁴, sono stati subito segnalati, specie per quanto riguarda la collocazione dei nuovi atti nell'assetto delle fonti. Caratteristica principale ed originaria delle fonti nel nostro ordinamento è la loro tipicità, mentre la *soft law* è per definizione atipica quanto alla produzione come al meccanismo di produzione degli effetti. La formula del Codice sembra far pensare, invece, ad una regolazione flessibile quanto alla produzione, ma vincolante quanto agli effetti.

Non è un caso, quindi, che nelle prime analisi dedicate al tema⁵ si sia dubitato della legittimità costituzionale della norma attributiva dei poteri di regolazione, sia in ragione dell'assenza di criteri di esercizio di quei poteri, sia per la mancata definizione e tipizzazione, appunto, degli effetti.

The Hague, Kluwer Law International, 1998. Con riferimento in termini generali all'ordinamento italiano v. S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1992, pp. 307-330.

³ V. Conseil d'Etat, *Le droit souple*, Etude annuelle 2013, Doc. fr. n. 64, dove le caratteristiche di queste regole vengono individuate in tre caratteri: «ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit».

⁴ Il riferimento è all'art. 1, lett. t) della legge di delega n. 11/2016, che indica quale criterio direttivo l'attribuzione "all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa".

⁵ V. C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2016.

Può darsi che la Corte costituzionale si troverà prima o poi ad occuparsi della questione. Nel frattempo, però, qualche indicazione su una possibile ricostruzione dei nuovi poteri di regolazione entro il quadro giuridico vigente è venuta dal parere che il Consiglio di Stato ha reso sullo schema di decreto delegato contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici⁶.

Secondo il criterio “*distingue frequenter*”, nel parere si separa, innanzitutto, la potestà regolamentare ministeriale (in questo caso attribuita al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti) dalla potestà regolatoria dell’Anac. L’esercizio della prima potestà porta all’adozione di regolamenti dotati di natura normativa e quindi di efficacia innovativa dell’ordinamento, mediante disposizioni generali ed astratte⁷. Si tratta di regolamenti che presentano tratti tipici ben conosciuti: sono soggetti alla disciplina dell’art. 17, commi 3 e 4, legge n. 400/1988, resistono all’abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate, possono essere disapplicati dal giudice amministrativo.

Sussiste anche qui, però, una dissonanza rispetto al modello tradizionale, perché alcuni di questi regolamenti sono adottati dal Ministro su proposta o previo parere dell’Anac. Si tratta di un modulo procedimentale relativamente nuovo per l’ordinamento italiano – un precedente si trova per alcuni atti del Mise, adottati previo parere dell’AEEGSI – che mette insieme, per così dire, la “voce” di un’autorità indipendente e la “voce” di un’autorità politica, senza peraltro indicare le modalità di soluzione di possibili conflitti o differenze, come accade invece, ad esempio, per la determinazione degli standard tecnici per i mercati finanziari nel diritto europeo. Gli standard vengono adottati dalla Commissione su proposta delle autorità europee di regolazione dei mercati creditizi e finanziari, ma in qual caso sono determinati anche i margini di discrezionalità di ciascun soggetto e le modalità procedurali di coordinamento⁸.

Sempre proseguendo nell’opera di distinzione, il Consiglio di Stato divide poi, nel suo parere, gli atti dell’Anac in due categorie. Alla prima categoria appartengono gli atti privi di carattere vincolante, qualificati come atti amministrativi in senso proprio. Alla seconda categoria appartengono, invece, le linee guida o gli altri atti dotati con delibera dell’ANAC a carattere vincolante *erga omnes* o, ancora gli altri atti innominati, ma comunque riconducibili all’espressione «*altri atti di regolamentazione flessibile*» utilizzata dal Codice.

Per questa seconda categoria di atti, che qui specificamente ci interessa, il Consiglio di Stato esclude che sussista una vera e propria natura normativa e cerca di ricondurli al genere degli atti di regolazione, combinando la valenza certamente generale di questi atti e la natura del soggetto emanante, vale a dire l’Anac. L’Anac è annoverata fra le autorità amministrative indipendenti, con funzioni (non solo ma) anche di regolazione. Gli atti definiti dal Codice come atti di regolamentazione flessibile a carattere vincolante possono allora essere ricondotti alla categoria degli atti di regolazione delle autorità indipendenti: una categoria di atti ormai sufficientemente definita dalle

⁶ Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 855/2016.

⁷ Fra questi regolamenti il Consiglio di Stato annovera il regolamento sui requisiti dei progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici, previsto dall’art. 24, comma 2 del Codice, o il regolamento in materia di direzione dei lavori, previsto dall’art. 111, commi 2 e 3.

⁸ Per un esame del ruolo dei regolatori e della Commissione nella determinazione degli standard tecnici e nella adozione dei relativi atti sia consentito il rinvio a L. TORCHIA, *I poteri amministrativi delle autorità di controllo*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Collana della Rivista delle società, Giuffrè, Milano, 2016.

norme, dall'esperienza e, *last but not least*, dalla giurisprudenza, per poterne trarre alcuni tratti caratteristici, come la sottoposizione a procedure di consultazione, la necessità di analisi di impatto, la sindacabilità⁹.

2. Le prime linee guida dell'Anac

Questa soluzione è stata messa subito alla prova, perché l'Anac, pur non essendovi tenuta, ha richiesto il parere del Consiglio di Stato – e delle commissioni parlamentari competenti – sulle prime linee guida adottate, dopo averle sottoposte a consultazione.

I pareri del Consiglio di Stato sono stati resi su alcune linee guida vincolanti (relative al responsabile unico del procedimento e ai criteri di scelta dei commissari di gara), su alcune linee guida non vincolanti (relative all'offerta economicamente più vantaggiosa, ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici) e sul regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso¹⁰.

Quest'ultimo atto può essere escluso dall'analisi che segue, perché si tratta di un regolamento sostitutivo di regolamenti precedenti ed è stato qualificato dal Consiglio di Stato come un regolamento di organizzazione, non incluso quindi nel novero degli atti di regolamentazione flessibile individuati dal Codice.

Senza voler ripercorrere qui in dettaglio i contenuti di ciascun parere, si possono segnalare, invece, alcune questioni di fondo affrontate dal Consiglio di Stato sull'ampiezza e la portata del potere di regolazione attribuito all'Anac.

La prima questione è relativa, appunto, al modo in cui la legge – il Codice dei contratti – ha definito il potere di regolazione flessibile dell'Anac rispetto ai poteri attribuiti ad altre autorità indipendenti. Per queste ultime la legge in genere definisce lo scopo e le finalità da perseguire, senza tipizzare il potere di determinazione delle regole: questa possibilità, che la giurisprudenza ha definito come una «*delega in bianco*»¹¹, è compensata con le garanzie di un procedimento rafforzato, utilizzando la legalità procedurale per supplire all'indebolimento della legalità sostanziale.

Per quanto riguarda l'Anac, invece, la legge, secondo il Consiglio di Stato, «*ha definito in modo più preciso le condizioni ed i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precepto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e di dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi*». Ciò non comporta, peraltro, un alleggerimento delle garanzie procedurali, che anzi

⁹ V., in termini generali, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, p. 91 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 679 ss.; E. FERRARI-M. SICA-M. RAMAJOLI, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 189-219.

¹⁰ Consiglio di Stato Commissione speciale, parere 6 luglio 2016, n. 1767; parere 30 agosto 2016, n. 1903; parere 30 agosto 2016, n. 1424; parere 14 settembre 2016, n. 1919.

¹¹ V., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, n. 2006/2007.

dovrebbero essere rafforzate, ad esempio mediante una consultazione sistematica, l'indicazione dei cambiamenti attesi dalla nuova regolazione, la verifica *ex post* dei risultati raggiunti.

Per quanto riguarda specificamente le linee guida vincolanti, il Consiglio di Stato interviene innanzitutto sulla struttura, suggerendo che l'esposizione discorsiva sia distinta dal precetto vincolante, in modo che questo sia chiaramente individuabile e percepibile nella sua portata.

Più articolata e non sempre esente da contraddizioni è, invece, la ricostruzione dell'effetto vincolante. Nei pareri si legge che la natura vincolante delle regole comporta l'obbligo di dar loro attuazione, ma che, allo stesso tempo, la vincolatività non esaurisce la discrezionalità delle stazioni appaltanti¹². Questa discrezionalità viene qualificata come discrezionalità esecutiva: formula nuova, che cerca di tenere insieme vincolo e libertà di scelta, senza cancellare la seconda a favore del primo, al quale non si può non attribuire, però, un effetto riconoscibile. La conseguenza sembra essere la possibilità per la stazione appaltante di discostarsi dalla piena applicazione della regola, purché fornisca un'adeguata e puntuale motivazione della scelta.

Il Consiglio di Stato si preoccupa, inoltre, di perimetrare la potestà regolatoria per quanto riguarda le linee guida vincolanti, individuando alcuni limiti direttamente derivanti dalle norme primarie.

Queste non possono essere, in primo luogo, integrate dalla regolazione e quindi le linee guida non possono, ad esempio, imporre la riparametrizzazione come doverosa¹³, o introdurre nuove preclusioni legate allo *status* soggettivo degli operatori o, ancora, imporre un affidamento separato della relazione geologica non previsto dalle norme.

Di converso non è possibile, in secondo luogo, estendere l'imputazione soggettiva di obblighi che le norme circoscrivono in capo a determinate categorie. Non si possono, ad esempio, estendere gli obblighi valevoli per le amministrazioni aggiudicatrici anche agli enti aggiudicatori o utilizzare l'elenco annuale Istat per identificare le amministrazioni pubbliche¹⁴, in quanto l'elenco contiene soggetti sicuramente privati, inseriti secondo i criteri statistici elaborati per la misurazione del debito pubblico, mentre le linee guida contengono regole applicabili ai dipendenti pubblici.

Anche per quanto riguarda le linee guida non vincolanti – ricondotte alla ca-

¹² Nel parere n. 1273/2016 in materia di responsabile unico del procedimento, offerta economicamente più vantaggiosa e servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria si legge: «È bene puntualizzare che la 'vincolatività' dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre la 'discrezionalità' esecutiva delle amministrazioni. Occorre, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali. La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali».

¹³ Secondo il Consiglio di Stato, «poiché nessuna disposizione primaria la impone, la riparametrizzazione attiene a una scelta discrezionale della stazione appaltante e, per essere legittimamente adottata, come criterio di computo del punteggio, dev'essere espressamente e chiaramente prevista nel bando».

¹⁴ Si tratta dell'elenco predisposto sulla base del regolamento europeo sul Sistema europeo dei conti, che contiene una specifica definizione del «settore amministrazioni pubbliche», connessa al rispetto degli obblighi finanziari imposti dall'ordinamento europeo e dal patto di stabilità interno. Il legislatore italiano ha, però, frequentemente richiamato l'elenco Istat come strumento di individuazione di una complessiva platea di soggetti ai quali imporre regole organizzative o finanziarie.

tegoria degli atti d'indirizzo generale¹⁵ – si sottolinea la necessità di salvaguardare la discrezionalità delle stazioni appaltanti, in questo caso ricordando che non possono essere imposti obblighi di motivazione per le scelte comunque consentite direttamente dalla legge, come nel caso degli affidamenti sotto soglia.

Sul piano della sindacabilità si rievoca, invece, un fenomeno conosciuto, qualificando la violazione delle linee guida come un sintomo del vizio di eccesso di potere, al pari della violazione delle circolari¹⁶. Il Consiglio di Stato espressamente afferma, peraltro, che le considerazioni espresse in sede consultiva non hanno valenza cogente o preclusiva rispetto alle questioni che dovessero essere sollevate in sede contenziosa¹⁷, data anche l'espressa previsione normativa sulla piena sindacabilità e impugnabilità delle determinazioni dell'Anac.

Dall'esperienza delle prime linee guida emerge, dunque, una ancora incerta qualificazione dell'effetto vincolante, che andrà misurato rispetto alle concrete circostanze. Quanto alla natura delle linee guida, esse vengono comunque ricondotte alla categoria degli atti amministrativi generali¹⁸, ma si differenziano perché le linee guida vincolanti pongono precetti, mentre le linee guida non vincolanti contengono indirizzi. Per verificare quanto questa differenza rileverà rispetto alla discrezionalità esercitabile dalle stazioni appaltanti e alla specifica attuazione dei precetti e degli indirizzi è necessario, però, attendere che si sviluppi l'esperienza concreta di applicazione.

L'attribuzione della potestà regolatoria all'Anac pone, peraltro, oltre ai problemi specifici sinora analizzati, una più generale questione di fondo: si tratta di un fenomeno assimilabile a quello dei mercati regolati, o si tratta di una nuova evenienza, dotata di caratteri propri?

3. Il mercato dei contratti pubblici preso sul serio

Se si guarda al mercato dei contratti pubblici come un mercato regolato appaiono subito evidenti le differenze rispetto agli altri mercati sottoposti a regolazione indipendente, come ad esempio i mercati finanziari o il mercato delle comunicazioni elettroniche.

¹⁵ Secondo il Consiglio di Stato le linee guida non vincolanti «costituiscono innanzitutto uno strumento di ricognizione normativa e del suo tessuto connettivo, attraverso l'enucleazione dei principi generali in materia e la loro riconduzione in un quadro organico. Inoltre, sotto quest'ultimo profilo, nel contesto della loro non vincolatività, le linee guida si prestano a svolgere la fondamentale funzione di atto di indirizzo generale, al precipuo fine di delimitare la cornice della discrezionalità della committenza pubblica».

¹⁶ A proposito di sindacabilità, è interessante notare come il Conseil d'Etat in Francia abbia ritenuto ammissibili i ricorsi contro un comunicato dell'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari e contro una "presa di posizione" dell'Autorità antitrust (decisioni nn. 368082 e 390023 del 2016); v. anche D. COSTA, *La normatività graduata in diritto amministrativo francese: le linee direttrici*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, Annuario Aipda 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 187-192.

¹⁷ Si esclude, infatti che il controllo in sede consultiva possa poi fungere da "cappello protettivo di legittimità" ai fini dell'eventuale contenzioso.

¹⁸ Nel parere n. 1903/2016 si legge che anche le linee guida non vincolanti «sono anch'esse atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo e perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti».

La prima importante differenza è relativa ai destinatari della regolazione: prevalentemente soggetti privati sui mercati regolati tradizionali, prevalentemente amministrazioni pubbliche, nella loro qualità di stazioni appaltanti, nel caso del mercato dei contratti pubblici. La stessa strutturazione del mercato appare, quindi, diversa, perché le stazioni appaltanti, almeno per ora, non possono certo, a differenza degli operatori privati, scegliere se e quando entrare o uscire dal mercato di riferimento.

Questa condizione potrebbe peraltro modificarsi una volta che sarà a regime il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, in base al quale, almeno in ipotesi, non tutte le amministrazioni pubbliche potranno accedere alla qualifica e la stessa capacità di indire e gestire le gare sarà graduata a seconda dei requisiti acquisiti¹⁹. Anzi, come già oggi avviene per i soggetti aggregatori, le stazioni appaltanti dovrebbero divenire veri e propri operatori di mercato, che agiscono non solo per sé, ma anche per altre amministrazioni e che utilizzano quindi la loro capacità di gestire le gare come un fattore di produzione e di attrazione di commesse da parte di altre amministrazioni pubbliche.

Una seconda importante differenza rispetto ad altri mercati regolati sta nel rapporto tra atto di regolazione, soggetti regolati e soggetti che concorrono per l'acquisizione di un contratto pubblico. L'atto di regolazione potrà essere invocato, infatti, da questi ultimi soggetti contro la stazione appaltante che non abbia correttamente applicato la regola, facendo valere l'illegittimità dell'atto amministrativo in contrasto con l'atto di regolazione. La violazione dell'atto di regolazione può comportare, per altro verso, un procedimento sanzionatorio a carico della stazione appaltante con effetti sulla sua reputazione. Negli altri mercati regolati, invece di norma l'atto di regolazione si applica direttamente agli operatori, che possono eventualmente contestarne la legittimità in sede giurisdizionale.

Ancora: sui mercati regolati, di norma, le autorità indipendenti intervengono primariamente per garantire la concorrenza e la parità fra gli operatori (e la tutela degli utenti), mentre nel caso dei contratti pubblici la tutela della concorrenza è compito di ogni singola stazione appaltante. Proprio la necessità di tutelare la concorrenza è, del resto, fra le principali giustificazioni del ricorso ad una regolazione indipendente dall'indirizzo governativo, perché l'autorità politica potrebbe essere più incline a scegliere fa i giocatori, invece che far rispettare le regole del gioco. Questo schema è, però, più difficilmente applicabile al mercato dei contratti pubblici, proprio per la sua maggiore complessità, dovuta al fatto che agli operatori in concorrenza fra loro (in ogni singola procedura di gara) si aggiungono le amministrazioni pubbliche nella loro qualità di stazioni appaltanti.

È evidente, infine, che la presenza di un'autorità indipendente di regolazione è divenuta ormai, per la maggior parte dei mercati regolati, necessaria e obbligata in conseguenza dell'integrazione europea: così è sicuramente per i mercati finanziari, per il mercato elettrico e per il mercato delle comunicazioni elettroniche, per i quali, peraltro, i regolatori nazionali trovano la propria proiezione nei nuovi regolatori europei.

Le direttive europee non prevedono, invece, la costituzione di un'autorità

¹⁹ V. L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 80, febbraio 2016; M.P. GUERRA, *Dalla spending review a un "sistema" del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo*, in F. MANGANARO-F. SAIITA-F. ASTONE (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

indipendente per il mercato dei contratti pubblici e in effetti nella maggior parte dei paesi europei la regolazione è rimessa ad autorità governative. Di qui anche una ulteriore ragione di incertezza circa la qualificazione dei poteri regolatori, per la mancanza di un quadro di riferimento generale e diffuso negli altri ordinamenti soggetti alle regole delle direttive europee in materia ²⁰.

A fronte di queste difficoltà, sta però la possibilità di prendere sul serio la possibilità di costruire un vero mercato dei contratti pubblici, come un mercato regolato, concorrenziale, trasparente ed efficiente.

Il riconoscimento di poteri regolatori in capo all'Anac può essere visto come un'occasione importante per sviluppare una capacità di regolazione economica in senso proprio del mercato, con l'utilizzo degli strumenti tipici della regolazione economica, quali ad esempio le analisi di mercato, l'individuazione di regole proconcorrenziali diverse a seconda delle dimensioni dei contratti e delle stazioni appaltanti chiamate ad aggiudicarli, la periodica valutazione *ex post* dei risultati raggiunti dalla regole e la conseguente opera di affinamento e modifica, la raccolta e l'elaborazione di dati ed informazioni oggi dispersi in mille rivoli. Per fare solo un esempio, è evidente che il mercato dei contratti pubblici in Italia soffre di un duplice problema dimensionale, relativo sia alla frammentazione delle stazioni appaltanti, sia alla diffusa presenza di microimprese con limitata capacità di offrire prestazioni di qualità, sviluppare ricerca, produrre innovazione. L'elaborazione di strumenti di analisi di questo problema e la produzione di regole che l'affrontino e lo correggano sarebbe un contributo importante della regolazione indipendente alla costruzione di un mercato dei contratti pubblici più efficiente.

²⁰ La questione è resa inoltre complessa dall'attribuzione all'Anac di poteri ulteriori e diversi rispetto al potere di regolazione, non sempre coordinati fra loro: v. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2016; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2016; S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1, 2016.



SAGGI

Contractual Justice and Market Efficiency in the Supply Relationships within the Agro-Food Chain

di Antonio Albanese

ABSTRACT

Il paper esamina, da un punto di vista economico, etico e giuridico, alcuni strumenti normativi attraverso i quali il diritto civile può migliorare l'efficienza e l'equità del commercio nella filiera agroalimentare.

Al riguardo, i contratti di integrazione verticale svolgono un ruolo chiave nella regolazione dei rapporti di fornitura, obbligando gli agricoltori a rispettare specifici criteri e tecniche di coltivazione e di allevamento, nonché a vendere i loro prodotti alla controparte, che, a sua volta, ha l'obbligo di acquistarli previa verifica del rispetto di tutti i requisiti pattuiti. Tuttavia, un tale sistema integrato di produzione espone gli agricoltori al rischio di abusi, in ragione della loro posizione di dipendenza economica. Di conseguenza, sono necessari strumenti giuridici che possano impedire a una parte di approfittare del proprio potere contrattuale ai danni dell'altra.

Nei sistemi che identificano il fondamento dell'ordinamento giuridico nei valori sociali e nei diritti inviolabili incorporati nella Costituzione, sarebbe inaccettabile una lettura delle norme che governano le relazioni economiche come finalizzate esclusivamente a promuovere l'efficienza del mercato. La tutela di altri interessi non economici richiede una disciplina obbligatoria dei rapporti contrattuali, coerente con la funzione non solo economica ma anche etica del mercato.

Nel libero mercato, tuttavia, la legge non impone autoritativamente il contenuto del regolamento contrattuale, ma corregge gli squilibri generati dall'abuso di potere contrattuale che limitano la libertà della parte economicamente più debole, costringendola ad accettare condizioni inique. Secondo questo punto di vista, comunque, a differenza del modello neoliberale, l'intervento pubblico non si limita a stabilire le regole organizzative e procedurali, in ossequio a un principio di eguaglianza formale dei contraenti, ma mira a rimuovere gli ostacoli sociali ed economici che, limitando la libertà e l'uguaglianza delle parti, impediscono il pieno sviluppo della persona umana anche nel contesto dei rapporti economici.

SOMMARIO: 1. Vertical integration by contract farming agreements as a response to the needs of the contemporary society. – 2. Mandatory rules to prevent abuse of bargaining power: Ethics and Economics in the regulation of the agro-food market. – 3. The role of collective autonomy in agriculture and its limits. – 4. Examples and characters of public intervention on private autonomy in the food chain: prohibiting improper conducts of negotiations, requiring written form and minimum mandatory content for individual contracts and fighting against late payments. – 5. Justice and Freedom of Contract in the market regulation. Ethical foundations of positive law.

1. Vertical integration by contract farming agreements as a response to the needs of the contemporary society

A complex society such as ours, with its typical consumption's habits, implies, on the one hand, an agro-food system characterized by a strong specialization and labor division ¹ and, on the other hand, an ever-closer coordination of production, processing, and distribution ².

The industrialization process in the food system has in fact gradually changed the structure of the agricultural market, no longer based on direct sales from producers to consumers, but on a tight network of contractual relationships that govern the different stages and activities, through which the goods from production sites reach the final market ³. Instead, the so-called short chain and local markets of zero-kilometer products are marginal and, despite the renewed focus on them ⁴, cannot nowadays replace the food industry in the satisfaction of human needs.

In the present historical context, vertical integration by contract farming agreements plays a key role in regulating the relationships in the supply chain ⁵, requiring farmers to comply with specific criteria and techniques of cultivation and breeding, and to sell all their products to the other party, who, in turn, is obliged to purchase the products after having verified the compliance with all the agreed standards ⁶.

This approach not only benefits individual parties, but also increases the ef-

¹ H. KÖTZ-A. FLESSNER, *European Contract law*, Clarendon Press Oxford, 1997, pp. 4-5.

² E. REHBER, *Vertical integration in Agriculture and Contract Farming*, Working Paper #46, A Joint USDA Land Grant University Research Project, Food Market Policy Center, University of Connecticut, May 1998, pp. 1-2.

³ For a description of these changes P. OOSTERVEER, *Global Governance of Food Production and Consumption: Issues and Challenges*, Edward Elgar Publishing Cheltenham Glos, 2007, p. 22 ss.

⁴ S. D. HARDESTY, *The growing role of local food markets*, in *American Journal of Agricultural Economics*, 2008, 1289 ss.

⁵ With regard to other forms of cooperation, different from the pure vertical integration, see G. GALIZZI-L. VENTURINI, *Towards a Theory of Successful Vertical Cooperation in the Food System*, in *Vertical Relationship and Coordination in the Food System*, Physica-Verlag Heidelberg, 1999, pp. 61-92.

⁶ In literature there are many definitions of contract farming. The first one was by R.L. MIGHELL-L.A. JONES, *Vertical coordination in agriculture*, AER no. 19, USDA Washington D. C., 1963, but more relevance is given to that by E. REHBER, *Contract farming Theory and Practice*, ICFAI Press Hyderabad, 2007, according to whom contract farming is «a contractual arrangement by a farmer and a firm, whether oral or written, which provides resources and/or specifies one or more conditions of production, in addition to one or more marketing conditions, for an agricultural product, which is non-transferable». This general category includes at least three types of contract, following the progression of increasing dominance by one party. The former is the "market specification contract", in which farmer maintain a full control over production, the second one is the "resource providing contract", which is drafted between firm and farmer and requires certain quality standards, and the last one, the "production-management contract", in which the firm has the highest control over the farmer. About these issues see recently A. ROSI, *The growing role of contract farming for food security*, in *Envisioning a future without food waste and food poverty. Societal challenges* (L. Escajedo San-Epifanio – Mextre De Renobalese Scheffler eds.), Wagenigen Academic Publishers, 2015, 301 ss.

⁷ A. JANNARELLI, *I rapporti contrattuali nella filiera agroalimentare*, in *I contratti agrari* (A. Germanò-E. Rook Basile eds.), in *Tratt. dei contratti Rescigno-Gabrielli*, Utet, Torino, 2015, p. 282 ss.

⁸ This definition is outlined by K. J. BLOIS, *Vertical quasi-integration*, in *20 Journal of Industrial Economics*, 1972, p. 253 ss.

iciency of the whole food system ¹¹, both in terms of improving the quality of production, which can comply better with the needs of the end markets ¹², and in terms of harmonizing supply and demand quantity, thus avoiding the risk of *surplus* items that remain unsold. The development of integration contracts, in fact, makes it possible to overcome the connatural difficulty of the market to ensure, without high information costs, the correspondence between the supply and the demand from the processing and distribution sector ¹³.

2. Mandatory rules to prevent abuse of bargaining power. Ethics and Economics in the regulation of the agro-food market

However, this integrated system of production exposes farmers to the hazard of abuse because of their position of economic dependence ¹⁴, when in order to adjust their production to the other party's request, they make specific investments difficult to switch ¹⁵. Indeed, when the contract expires, the buyer can take advantage of the renegotiation by imposing unfair contractual terms and conditions on the farmer ¹⁶. Moreover, an economic dependence may result from other circumstances that limit the contractual freedom of a contracting party, regardless of the existence of previous relationships ¹⁷, and can induce it to accept an unfair deal ¹⁸.

As a consequence, it's necessary to develop legal instruments, which in accordance with the free market, could prevent and correct these imbalances produced by abuses of bargaining power.

In achieving these objectives, mandatory rules play a key role, since the

⁹ J. WILSON, *The Political Economy of Contract Farming*, in 18 (4) *Rev. of Radical Political Economics*, 1986, no. 4, 47 ss.

¹⁰ J. MACDONALD and others, *Contracts, Markets and Prices. Organizing the Production and Use of Agricultural Commodities*, in AER no. 837, USDA Washington D.C., 2004, p. 1.

¹¹ H.S. JAMES jr.-P.G. KLEIN-M. SYKUTA, *The Adoption, Diffusion and Evolution of Organizational Forms: Insights from the Agrifood Sector*, in *Managerial and Decision Economics*, 2011, p. 243 ss.

¹² J. MACDONALD and others, *Contracts, Markets and Prices. Organizing the Production and Use of Agricultural Commodities*, cit., p. 39 ss.

¹³ A. JANNARELLI, *I rapporti contrattuali nella filiera agroalimentare*, cit., p. 283.

¹⁴ L. COSTANTINO, *La tutela del contraente debole nelle relazioni negoziali lungo la filiera agroalimentare nelle più recenti esperienze giuridiche europee e statunitensi*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, p. 176. Even in cases of integration through network contracts A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1264 ss. highlights the risk of abuse of economic dependence.

¹⁵ P.L. JOSKOW, *Asset specificity and vertical integration*, in *The New Palgrave Dictionary of Law and Economics*, I, Macmillan Oxford, 1998, pp. 107-108.

¹⁶ B. KLEIN-R.G. CRAWFORD-A.A. ALCHIAN, *Vertical Integration, appropriable rents and the competitive contracting process*, in *The Journal of Law and Economics*, XXI, 1978, pp. 297-326. About the supply relationship as a general criterion for identifying the economic dependence see O. RAZZOLINI, *Perché avviare una riflessione su piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, in *Dir. rel ind.*, 2013, p. 1095 ss.

¹⁷ A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 120.

¹⁸ So, for example, it often happens that a contract charges to the farmer production costs, which depend on the counterparty's choices: see E.P. LORD, *Fairness for Modern Farmers: Reconsidering the Need for Legislation Governing Production Contract*, in 33 *Wake Forest L. R.*, 1988, 1125 ss.

“myth” of a liberal market – able to regulate itself according to a spontaneous order and to naturally increase the overall well-being ¹⁹ – is more and more illusory.

The very same economic sciences show that without adequate controls and corrections, the distortions of competition and market imperfections may cause this idealized market's failure ²⁰, as experimented also in the agro-food sector. Furthermore, there is the risk that free competition, in the absence of legal rules, may comply with economic criteria but violate fundamental human rights ²¹.

Therefore, protection of higher interests cannot be left to the spontaneous functioning of the market, but calls for a choice of legal policies resulting in a mandatory discipline of contractual relationships, coherent not only with the economic, but also with the ethical function of the market ²².

Indeed, recognizing the artificiality of the market as an institution governed by legal rules does not necessarily mean to agree with a merely positivistic model of the law, namely with the arbitrary will of the law imposed on the market ²³. In constitutional systems that identify the foundation of law in ethical values and inalienable rights incorporated in the Constitution, it would be unacceptable reading the rules governing economic relations as exclusively aimed to promote market efficiency ²⁴. However, regulation is legitimate when aimed at ensuring that the private economic initiative in agro-food market does not take place to the detriment of values, such as the individual right to healthy and sufficient food, preservation of the land, dignity of human labour in agriculture and, last but not least, justice and fairness in commercial relationships.

To this end, special protection should be granted to farmers, in view of the role they play in the food chain, not only in supplying products for the secondary sector, but being themselves recipients of services provided by other companies working in the field of primary production. Agriculture, industry and distribution are activities in continuous dialogue with each other and the chain is the element able to organize them into a functional unit ²⁵.

The supply chain is in fact characterized by the link between several markets, as sets of homogeneous and serial exchanges upstream and downstream agricultural production ²⁶. Because of this close link, the legal regula-

¹⁹ F.A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia, storia delle idee* (E. Coccia ed.), Armando, Roma, 1988, p. 90 ss.

²⁰ N. LIPARI, *Il problema degli strumenti di programmazione economica incidenti sull'autonomia dei privati (schema di riflessione)*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, I, Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata, 22-24 maggio 1970, Giuffrè, Milano, 1971, p. 158.

²¹ A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 274.

²² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma, 2004, p. 10 ss.

²³ L. MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, in *Metodo e teoria giuridica* (C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi eds.), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 55-71.

²⁴ G. BRENNAN-J.M. BUCHANAN, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, University Press Cambridge, 2008, 1p. 68. Similarly R.S. SUMMERS, *Economics and the Autonomy of Law. Legal Analysis and Legal Theory*, in *Rechtstheorie, Beiheft 10, Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Duncker & Humblot Berlin, 1986, p. 399 ss. argues that regulatory decisions cannot be based solely on an economic assessment of efficiency. Even R. POSNER, *The Ethical and Political Basis of The Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, in *Hofstra L. Rev.* 8, 1980, p. 846 recognizes that the overall usefulness is an ethical criterion of the common law that does not necessarily apply to other legal systems.

²⁵ F. ALBISINNI, *Mercati agroalimentari e disciplina di filiera*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2014, p. 7.

²⁶ R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2012, p. 2.

tion of contracts inevitably affects the proper and efficient functioning of the market²⁷. Therefore, the rules concerning contracts in the food supply chain should aim not only at increasing the quantity and quality of products, by offering consumers better goods at lower prices, but also at providing a more equitable distribution of the profits in the market among those active within it²⁸.

A system of contractual relationships that fairly allocates the profits is indeed a necessary prerequisite not only to increase the quantity and quality of goods, but also to ensure the lasting sustainability of agriculture production and its capability to fulfill people's needs.

However, public intervention, although necessary, cannot adopt authoritarian forms of government control and economic planning, but should respect the market as a social institution and ensure that its functioning is not only efficient, but also fair.

Therefore, the respect for fundamental values, placed at the top of the legal system, has to be combined with an economic system that, through the meeting of supply and demand, favors social progress and the full development of the human personality²⁹.

Determining the content of negotiation is not the goal of the law, but that of free negotiation between private parties. Fair trade, in fact, cannot deny the role of private autonomy by imposing a predetermined contractual settlement, but must be achieved by ensuring effective contractual freedom to the each party³⁰.

This logic does not require a complete and organic regulation of individual contracts in the food chain: it is sufficient to provide regulatory measures, applicable to an indefinite number of different kinds of agreements³¹, in order to restore balance in specific situations of unequal bargaining power³². In fact, even with the transition to a technologically advanced and industrialized agriculture, the conditions of structural weakness of the agricultural producer (farmer or breeder) still remain.

This inequality of bargaining power, in fact, is only partly determined by the small farm size³³, as it depends on the very structure of the market for agricultural products³⁴, which is characterized by the offer represented by a large mass of producers, facing the demand concentrated in significantly fewer buyers³⁵. In addition to this element, there are others such as goods perishabil-

²⁷ Compare C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Rel. ind.*, 1983, p. 195.

²⁸ About the purposes of the rules governing contracts compare M.J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993, p. 310 and A.M. POLINSKY, *An Introduction to Law and Economics*, Wolters Kluwer, 2011, p. 195.

²⁹ W.H. BALEKJIAN, *Legal Reasoning and Economic Reasoning*, in *Rechtstheorie. Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Duncker & Humblot, 1986, pp. 375-377.

³⁰ More in ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 7 ss.

³¹ In this sense M. CONFORTINI-A. ZIMATORE, *Contratti agro-industriali*, in N. IRTI (a cura di), *Diz. dir. priv.*, 4 *Dir. agr.* (A. Carrozza ed.), Giuffrè, Milano, 1983, p. 227 ss., exclude that these agreements fall under a specific type of contract as is the sale of goods.

³² A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto 2015*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 8.

³³ This point is highlighted by A. JANNARELLI, *I contratti dall'impresa agricola all'industria di trasformazione. Problemi e prospettive dell'esperienza italiana*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2008, p. 7.

³⁴ C. DEL CONT, *Filières agroalimentaires et contrat: l'expérience de contractualisation des relations commerciales agricoles*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2012, p. 1 ss.

³⁵ This concentration is particularly evident, despite the size of the market, in the US. On this point

ity ³⁶ and seasonality of production, which can contribute to reducing the contractual power of farmers, affecting negatively not only the fairness of individual contracts, but also the efficiency of the entire food system and the ability of those who work in it to make investments and innovations ³⁷.

3. The role of collective autonomy in agriculture and its limits

To remedy these disadvantages, *Producers' Organizations* (PO) play a fundamental role both in the USA ³⁸ and in the UE agricultural market structure ³⁹.

With reference to the latter, the *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU) provides a specific status for the agricultural sector with regard to competition rules and article 42 gives unique powers to the EU legislator to decide to what extent the competition rules, set out in the TFEU, apply to the sector, taking into account the five objectives of the *Common Agricultural Policy* (CAP) defined by article 39 as follows: 1) increasing productivity of agricultural production; 2) ensuring a fair standard of living for agricultural communities; 3) stabilizing markets; 4) assuring supplies and 5) ensuring reasonable prices for the consumer. For these reasons the production and trade of agricultural products, given the special nature of this market, "may" be exempted from the common competition laws.

This principle is laid out in the basic act for agricultural markets, the *Common Organization of the Market* (CMO) *Regulation* n. 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013. In particular article 209, by derogating from the general prohibition of agreements restricting competition under article 101 § 1 TFEU, allows joint activities by agricultural producers, provided that there is no obligation to charge an identical price, no exclusion of competition and this does not jeopardize Common Agricultural Policy (CAP) objectives ⁴⁰. As a consequence, they might engage in various joint activities such as marketing and selling, in order to reach a larger scale on the markets. In this logic farmers may establish PO in order to rebalance their position towards their commercial partners, without preventing the proper competitive functioning of the market ⁴¹.

see N.D. KEY-J.M. MACDONALD, *Local Monopsony Power in the Market for Broilers? Evidence from a Farm Survey*, in *Paper at the Annual Meeting of the AAEA*, Orlando Florida, 2008, pp. 27-29. A similar situation is also represented in the Green Paper of the European Commission *On Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and non-Food Supply chain in Europe*, 2013/037, that points out the risk of unfair trade practices resulting from the negotiating power imbalances.

³⁶ L. COSTANTINO, *La tutela del contraente debole nelle relazioni negoziali lungo la filiera agroalimentare nelle più recenti esperienze giuridiche europee e statunitensi*, cit., pp. 169-172.

³⁷ L. PETRELLI, *L'art. 62 dopo le ultime decisioni*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2014, p. 11.

³⁸ See G.D. MARCUS-D.A. FREDERICK, *Farm Bargaining: Group Action, Greater Gain*, in *ACS Research Report*, USDA Washington D. C., 1994, 130, with special reference to bargaining co-operatives.

³⁹ On this point L. COSTATO-L. RUSSO, *Corso di Diritto agrario italiano e dell'Unione europea*⁴, Giuffrè, Milano, 2015, especially p. 92 ss. and p. 1160 ss.

⁴⁰ A case (C-671/15 *APVE*) is currently pending before the Court of Justice which raises the issue of whether certain measures adopted by PO, which may be necessary to attain their objective, are also outside the scope of the competition rules even though the CMO does not expressly consider them. It should be noted however that this case concerns the interpretation of the CMO Regulation of 2007 and thus the situation before the entry into force of the CMO of 2013.

⁴¹ In this sense C. DEL CONT, *Filières agroalimentaires et contrat: l'expérience française de*

As a result, on the one hand, they are able to concentrate supply, selling products supplied by their members⁴² and, on the other hand, they may balance the bargaining power of buyers⁴³, for example determining the content of individual farming contracts by means of *Framework Agreements* (FA) with the opposing organizations, representing companies involved in processing, distribution, and marketing. This possibility is expressly recognized by EU law, which in certain production sectors⁴⁴ allows the PO to negotiate, on behalf of their members, the content of future individual contracts that these will enter into with buyers.

The content of these contracts is not predefined by law, but is determined by collective autonomy through the preparation of a standard contract, i.e. a contract model designed to regulate future contractual relationships between individual parties⁴⁵. Even for contracts in the food supply chain, similarly to employment contracts⁴⁶, collective agreements are functional to balance unequal bargaining power.

Furthermore the law can facilitate the access to FA by favoring, in the allocation of public funding, companies that have signed individual agreements for cultivation, breeding and supply in accordance with FA⁴⁷. The law can also enhance and extend the subjective effectiveness of such agreements, stating that the terms of these contracts cannot be derogated by individual contracts damaging farmers' interests and entitling them to ask for it, even when they are not members of an organization that signed the agreement⁴⁸. Instead, they are not normally bound to the FA either farmers or their commercial partners, when these did not join the organizations that have signed it. Moreover, enhanced protection has been introduced into French law by art. L 326-4 *Rural Code*, according to which commercial and industrial companies are obliged to

contractualisation des relations commerciaux agricoles, cit., p. 2 highlights the need to strengthen the bargaining power of farmers, considered their position of *price takers* and not *price makers*. On this point see also L. COSTATO-L. RUSSO, *Corso di Diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, cit., p. 97.

⁴² This purpose is clearly stated in Italian law art. 2, comma 1, lett. b), d. lgs. n. 102/2005 and is supported by the following art. 3, comma 2, letter. a), which requires PO statutes to provide for the obligation of members to confer for selling at least 75% of their production directly to the organization, with the right to sell in the name and on behalf of them up to 25% of their products.

⁴³ H.L. MOORE, *Ensuring Contract Producers' Interests are Protected*, in Am-Coop. National Council of Farmer Cooperatives, Washington D.C., 1994, p. 28 ss. On this aspect see also A. JANNARELLI, *I rapporti contrattuali nella filiera agroalimentare*, cit., p. 276 ss. and p. 340 ss.

⁴⁴ Identified by reg. n. 13/1308/EU at articles 149 (milk and milk products), 169 (olive oil), 170 (beef and veal) e 171 (certain arable crops).

⁴⁵ M. GIUFFRIDA, *I contratti di filiera nel mercato agroalimentare*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2012, p. 4 ss.

⁴⁶ L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997, p. 251 ss.

⁴⁷ With regard to funding for innovations see e.g. Italian law art. 14 d.lgs. 102/2005. Regulatory measures to promote the conclusion of collective agreements in order to increase the bargaining power of the weaker party within the food supply chain is not a unique exclusive feature of European legal systems, but are found also in the US legislation: D. O'BRIEN, *Policy approaches to address problems associated with consolidation and vertical integration in agriculture*, in *Drake Journal of Agricultural Law*, 2004, p. 33 ss.

⁴⁸ See e.g. artt. 164 ss. reg. 13/1038/EU and Italian law art. 13, commi 1-2, l. 102/2005. However P. SURACE, *Agricoltori, accordi interprofessionali e contratti*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2008, p. 8 points out the risk that the extension of benefits to non-member farmers may be a disincentive to join and then a possible cause of failure of collective bargaining.

enter into collective contracts in accordance with the FA approved by the administrative authority, when they have entered into a number of vertical integration contracts more than that provided by the Ministry of Agriculture or this has been requested by at least 2/3 of the farmers, which are their partners in individual contracts.

However, even though applicable, FA cannot regulate all the essential elements of future individual relationships. In fact, in compliance with antitrust laws, they can only predict the procedures and criteria for price differentiation in relation to the production process followed and the quality of products; they cannot intervene on the supply's prices⁴⁹ that can only be established by the parties through individual contracts⁵⁰.

Nonetheless, these restrictions to collective bargaining, if compatible with the principles of the free market, may induce farmers to accept unfair and not sufficiently profitable remuneration and can affect the functionality of the market as a means for efficient and fair resources' allocation.

4. Examples and characters of public intervention on private autonomy in the food chain: prohibiting improper conducts of negotiations, requiring written form and minimum mandatory content for individual contracts and fighting against late payments

In order to overcome this and other situations of unequal bargaining power within the supply chain, regulatory intervention is also appropriate at the level of individual bargaining⁵¹.

This intervention may imply prohibiting improper conducts of negotiation in order to ensure an effective freedom of contract to the weaker party, identified in the farmer.

In most European legal system the protection of agricultural producers focuses primarily on the end runtime of the farming contract, when they sell their products to wholesalers, supermarket chains or to the processing industry⁵².

⁴⁹ Critical towards this choice of legal policy A. JANNARELLI, *L'associazionismo dei produttori agricoli ed il "tabù" dei prezzi agricoli nella disciplina europea della concorrenza. Considerazioni critiche sul reg. 261 del 2012 in materia di latte e prodotti lattiero-caseari*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, p. 179 ss.

⁵⁰ In this way see art. 209, comma 1, reg. 13/1038/EU. It is indeed an exception art. 149 reg. 13/1038/EU, that, by derogating from the competition rules, allows to PO to negotiate, under certain conditions and within certain limits, the price of milk with the processing industry. This provision is explicitly aimed at «ensure the viable development of production and a resulting fair standard of living for dairy farmers», so that «their bargaining power vis-à-vis processors» could «be strengthened, which should result in a fairer distribution of added value along the supply chain» (see *Whereas* 128).

⁵¹ Compare A. SCHWARTZ-R.E. SCOTT, *Contract Theory and Limits of Contract Law*, in *Yale Law Journal* 113, 2003, pp. 541-620.

⁵² In this sense Italian law art. 62, comma 2, d.l. n. 1/2012 states that in commercial relationships between economic operators, including contracts for the sale of the goods set out in first paragraph it is forbidden to: a) directly or indirectly impose unfair purchase or sales terms or other unjustified contract terms, as well as retroactive non-contractual conditions; b) apply objectively dissimilar conditions to equivalent transactions; c) subject the conclusion, the execution of contracts and the continuity and regularity of performing the same trade relations to a performance by the other contracting parties which, by its nature and according to the commercial practice, have no connection with the subject of the first ones and of the latter; d) obtain undue

This choice of legal policy can largely be explained as an expression of a more general trend of European law to shape the legislation on contract to the liberal model of commercial sale, by transforming long-term partnerships into synallagmatic spot relations⁵³. But it is also based on the empirical finding that the imbalance of bargaining power between producers and buyers, even in vertical integration relations, is typically crystallized in the sale of goods⁵⁴.

In this case, the protection of contractual freedom of farmers requires the judge to control the fairness of the exchange and avoid its terms, which are not authentic expression of both parties autonomy but the consequence of the abuse of bargaining power by one of them⁵⁵.

It can also be appropriate to impose some formal requirements and a minimum mandatory content for the contract, in order to establish more transparent contractual relationship and prevent buyer's requests for undue benefits⁵⁶. According to this logic the legislative provision of form in order to protect weaker party has been gradually extended from the consumerist legislation to the business regulation⁵⁷.

In particular, binding the stronger party to determine the sale price at the time of signing the contract fights the common practice of setting it, in case of future agricultural products, by reference to lists and mercurial at harvest. In this way, the negative effects of price volatility in the agricultural market are attenuated⁵⁸ and the farmer can plan investments according to more rational and efficient criteria⁵⁹.

In both cases the law does not impose political terms, but it requires the stronger party to make the economic content of the exchange more reliable and transparent⁶⁰.

For the same reason the contractual freedom of the parties may be limited by requiring them to determine the duration of the supply and by excluding the

unilateral performance, not justified by the nature or content of trade relations; e) take any further business conduct that is unfair, even taking into account the complex commercial relations which characterize the provision terms.

⁵³ See *European Social Contracts (EuSoCo) Declaration* no. 5, in *Life time contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law* (L. Nogler-U. Reifner eds.), The Hague Eleven International Publishing, 2014, XXXII.

⁵⁴ C. DEL CONT, *Filières agroalimentaires et contrat: l'expérience de contractualisation des relations commerciales agricoles*, cit., p. 3.

⁵⁵ A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, cit., p. 25 ss.

⁵⁶ See Italian law art. 62, comma 1, d.l. n. 1/2012, according to which the contracts for the sale of agricultural products and food, except for those entered into with the final consumers, under penalty of nullity, must be in writing and have to indicate the duration, the quantity and characteristics of the product sold, the price, the conditions of delivery and payment.

⁵⁷ Among all F. ADDIS, *"Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 6 ss. and G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 50 ss.

⁵⁸ On this point S. W. MARTINEZ, *Vertical Coordination of Marketing Systems: Lessons From the Poultry, Egg, and Pork Industries*, in *Agricultural Economic Report* no. 807, USDA Washington D.C., 2002, p. 8.

⁵⁹ A. JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, pp. 575-576.

⁶⁰ According to G. BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa "dipendente" e filiera agroalimentare*, in *Europa dir. priv.*, 2015, pp. 623-624 and p. 663 the written form assumes also relevance in an eventual trial, as a means to facilitate judicial review on the balance of contractual settlement and the fairness of the overall economic transaction.

eligibility of relations of indefinite duration. In this way the farmer could plan better his economic activity, safe from sudden cancellations often instrumental to a renegotiation not favorable for him ⁶¹.

Another important protection is aimed at countering the delays in the payment for the supplies of food products, which should take place within a maximum peremptorily required by law, providing for default interest as an effective deterrent against late payment ⁶².

5. Justice and Freedom of Contract in the market regulation. Ethical foundations of positive law

All these regulatory measures share a common concern toward minimizing unequal bargaining power, as a prerequisite for a contract legitimately balanced according to a criterion of justice, operating not in opposition to parties' autonomy, but simply ensuring effective freedom of contract for everyone ⁶³.

This discipline complies with a specific trend in modern legal systems: following the demands of the post-liberal society, the principle of freedom of contract is here replaced by a judicial review of the agreement ⁶⁴, that takes into account not only the unfairness of its content, but also the inequality of bargaining power between the parties and the improper conduct of one of them in the formation of the contract ⁶⁵.

In this way, the protection of the weaker party is gradually extended by law from consumer contracts to businesses relations. According to some scholars these cases fall within the scope of a uniform regulation of "contracts with asymmetry of bargaining power", while according to others they represent an autonomous contract category (the so-called "third contract"), with their own and distinct discipline ⁶⁶.

Indeed, without a specific provision of law, the judge can neither automatically apply the consumer protection to businesses who are in a weak bargaining position, nor rule out such an extension on the basis of a difference between the two situations, always considered essential. Instead, he has to extend by analogy the rules governing certain contracts to other contracts, where there are the required conditions (*casus omissus* and same legal reasoning) ⁶⁷.

⁶¹ O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institution of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press New York, 1985, p. 450 ss.

⁶² On these issues G. BISCONTINI, *Art. 62 d.l. n. 1 del 2012 e direttiva n. 7 del 2011: il problema della disciplina dei termini di pagamento tra inderogabilità e determinazione pattizia*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, 1, p. 1 ss.

⁶³ P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Cedam, Padova, 1970, p. 545.

⁶⁴ H. KÖTZ-A. FLESSNER, *European Contract law*, cit., p. 137 ss.

⁶⁵ In this sense A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 187 ss.

⁶⁶ On the different opinions, see A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 370 ss.

⁶⁷ In this sense A. ALBANESE, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondari*, in *Jus*, 2009, p. 355 ss.

In this approach both formal and substantive justice are involved ⁶⁸. According to the idea of procedural justice ⁶⁹, the law does not impose authoritatively a contractual settlement, considered as an *a priori* right, but it corrects the imbalances generated by abuse of bargaining power that would limit the freedom of the economically weaker party, forcing it to accept unfair conditions ⁷⁰.

Indeed, the direct intervention of the State in socio-economic relations, also in terms of control of trade negotiations, does not adequately cope with the complexity of a technological society, also due to the insufficient cognitive competence of the legislative bodies and to the difficulty of founding legal choices on the majority principle as a criterion of truth ⁷¹.

The overcoming of natural law theories, as they have been developed before Kantian critical philosophy, and the failure of the historical experiences of legal positivism, raise the need for new criteria for legitimizing the law. Legitimization cannot be any more represented either as conformity to abstract, self-evident values or as the arbitrary will of a political majority.

The issue of the ethical foundation of positive law, instead, can be framed in terms of a social consensus on the founding values of the legal system and its being compliant with them.

According to this neo-institutional theory of the legal system, governments should leave more space to the market, as an instrument of social self-regulation, and should entrust to private autonomy – as defined by the law – the task of providing concrete answers to people's needs. In this view, differently from the neo-liberal model, public intervention is not limited to establishing organizational and procedural rules, with reference to a principle of formal equality of contracting parties. Instead, it aims at removing social and economic barriers that, by limiting the freedom and equality of the parties, prevent the full development of the human person even in the context of contractual relationships ⁷².

⁶⁸ C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, pp. 29-50.

⁶⁹ R.M. UNGER, *Law in Modern Society. Toward a criticism of Social Theory*, The Free Press New York, 1976, p. 315. Differently C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., p. 47 ss. speaks of «corrective justice» as such commutative in form, but distributive in substance.

⁷⁰ H. COLLINS, *The Law of Contract 2*, Butterworths London, 1993, p. 260 ss.

⁷¹ L. MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, cit., p. 65.

⁷² L. RAISER, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Athenäum-Verlag Regensburg, 1977, p. 263.



COMMENTI

Il finanziamento delle autorità di regolazione tra contribuzione “di scopo” degli operatori e tagli alla spesa pubblica. Il caso AGCOM

Commento a Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 28 luglio 2016 nella causa C-240/15

di Gloria Maria Barsi

MASSIME

1. L'articolo 3 della direttiva 2002/21/CE e s.m.i. (c.d. direttiva quadro) e l'articolo 12 della direttiva 2002/20/CE (c.d. direttiva autorizzazioni) devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che assoggetta un'Autorità nazionale di regolazione, ai sensi della direttiva quadro, a disposizioni nazionali applicabili in materia di finanza pubblica e, in particolare, a disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche quali quelle di cui al procedimento principale.

2. Previa verifica da parte del giudice del rinvio, l'articolo 3 della direttiva quadro non può ostare a che siano applicate a un'Autorità nazionale di regolazione, ai sensi di tale direttiva, disposizioni nazionali in materia di finanza pubblica nonché, segnatamente, disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, quali quelle di cui agli artt. 1, c.5, l. 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005) e 22, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223.

3. I diritti amministrativi che gli Stati membri possono imporre, in forza dell'art. 12 della direttiva autorizzazioni, alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso, al fine di finanziare le attività dell'Autorità, devono essere destinati a coprire complessivamente i soli costi amministrativi relativi alle attività menzionate all'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), di tale direttiva. Essi non possono quindi essere destinati a coprire spese relative a compiti diversi da quelli elencati da tale disposizione, e segnatamente, non possono coprire i costi amministrativi di qualsivoglia natura sopportati dall'Autorità nazionale di regolazione. Deve, inoltre, esservi equilibrio tra tali costi e il gettito complessivo dei diritti percepito in modo che il totale dei costi (relativi a tali attività) non ecceda i diritti riscossi.

4. Sebbene l'articolo 12 della direttiva autorizzazioni consenta alle Autorità nazionali di regolazione di finanziare una parte delle loro attività attraverso la riscossione di diritti amministrativi, non si può ritenere che tale disposizione conferisca all'Autorità un diritto assoluto di fissare l'importo di tali diritti senza tenere conto delle disposizioni nazionali applicabili in materia di finanza pubblica e dirette a contenere e limitare la spesa pubblica. Detti diritti presentano, infatti, carattere tributario e rientrano nella generale potestà impositiva dello Stato italiano. La fissazione del loro importo da parte dell'Autorità non può dunque sottrarsi all'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, comma 5, l. 30 dicembre 2004, n. 311 e 22, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, in quanto, inoltre, tali disposizioni non violano l'articolo 3 della direttiva quadro.

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti: questioni principali. – 2. Il contributo “di scopo” degli operatori per il finanziamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. – 3. L’assoggettamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai tagli alla spesa previsti dalle leggi di bilancio. – 4. La sentenza della Corte di giustizia (prefigurata dall’ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato). – 5. Conclusioni.

Premessa

Con la sentenza del 28 luglio 2016 resa nella causa C-240/15, la Corte di giustizia dell’Unione europea si è pronunciata in merito alla richiesta di interpretazione pregiudiziale ex art. 267 TFUE formulata dalla sesta sezione del Consiglio di Stato con ordinanza del 15.05.2015, n. 2475 circa la compatibilità delle disposizioni di cui agli artt. 1, comma 5, l. 30 dicembre 2004, n. 311 e 22, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 con la disciplina contenuta agli artt. 3 della direttiva quadro (2002/21/CE) e 12 della direttiva autorizzazioni (2002/20/CE).

La Corte di Lussemburgo si è espressa nel senso della compatibilità della normativa nazionale che assoggetta l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni alle disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione della spesa delle amministrazioni pubbliche con la normativa europea che, invece, impone agli Stati di dotare le Autorità nazionali di regolazione di tutte le risorse economiche necessarie ad assicurare la loro indipendenza e il loro corretto funzionamento.

Le considerazioni che seguono intendono ricostruire il contesto normativo e giurisprudenziale che ha portato alla pronuncia della Corte e le implicazioni che da essa possono discendere.

1. Il finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti: questioni principali

Secondo un’espressione ricorrente, non esiste indipendenza che non sia anche indipendenza finanziaria¹.

Il tema del finanziamento delle Autorità indipendenti riveste un ruolo di primo piano nel dibattito sulla reale portata dell’indipendenza di questa particolare tipologia di pubblica amministrazione.

Ciò, essenzialmente, perché il finanziamento delle *authorities* è stato fortemente condizionato dal dispiegarsi della crisi economica e finanziaria globale degli ultimi anni che, in Italia, ha condotto ad una progressiva, ma inesorabile, revisione (*i.e.*, riduzione) della spesa pubblica. Di qui, la preoccupazione che la riduzione delle risorse economiche a disposizione delle Autorità per la gestione delle proprie attività si traduca in una menomazione del connotato di indipendenza.

A destare attenzione sono stati alcuni interventi normativi messi in campo negli ultimi anni – motivati dal rispetto dei vincoli di bilancio che l’Italia è tenuta a rispettare in virtù dei trattati sottoscritti nell’ambito dell’appartenenza all’U-

¹Documento approvato dalla I Commissione permanente a conclusione dell’indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti (di seguito, Indagine conoscitiva), DOC. XVII, n. 17, Roma, Camera dei deputati, p. 17.

nione europea – con cui si è inteso ridurre la spesa destinata alle amministrazioni pubbliche, ivi comprese le Autorità indipendenti².

Non è un caso, infatti, che all'indomani di tali interventi normativi si sia levata qualche voce critica³ secondo cui – proprio in relazione al tema dell'indipendenza – è auspicabile l'assunzione da parte del Parlamento di un ruolo maggiormente centrale e consapevole in ordine alla definizione periodica del fabbisogno finanziario destinato alle Autorità indipendenti.

È stato, cioè, sostenuto che una maggiore valorizzazione del confronto con il Parlamento (e con l'opinione pubblica) rappresenti – data la necessità di garantire l'indipendenza di tali amministrazioni dall'esecutivo nonché la difficoltà di predeterminare in anticipo un vincolo di bilancio – l'unica via per assoggettare proficuamente le Autorità indipendenti ai tagli di spesa. In questo modo, l'organo legislativo si renderebbe sostanzialmente garante dell'adeguatezza delle risorse finanziarie a disposizione⁴ arginando il potere dell'esecutivo.

In ogni caso, è un dato ormai acquisito che la pressante necessità di contenimento della spesa pubblica ha spinto il legislatore italiano verso l'implementazione di nuove forme di finanziamento alternative a quella statale le quali hanno progressivamente integrato – e, in alcuni casi, sostituito – gli oneri a carico dello Stato. Ci si riferisce al metodo del ricorso alla contribuzione da parte dei soggetti operanti nei settori di pertinenza di ciascuna Autorità⁵ fondato sulla considerazione per cui è giusto che della spesa necessaria al funzionamento delle stesse si facciano carico i diretti beneficiari delle attività da esse svolte.

Attualmente, il quadro delle modalità di finanziamento delle Autorità indipendenti in Italia presenta una spiccata eterogeneità.

Un significativo numero di esse (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni – AGCOM, Autorità nazionale anti corruzione – ANAC, Commissione nazionale per le società e la borsa – CONSOB e Commissione di vigilanza sui fondi pensione – COVIP) è finanziato tramite il ricorso ad un sistema misto basato su due pilastri: il finanziamento stanziato dalle leggi di bilancio, da una parte, e il contributo dei *players* del mercato di riferimento, dall'altra.

Un altrettanto significativo numero (Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM, Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico – AEEGSI, Autorità di regolazione dei trasporti – ART e Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni – IVASS), invece, è totalmente basato sulla contribuzione a carico degli operatori.

² Le autorità indipendenti rientrano a pieno titolo nel novero delle pubbliche amministrazioni in senso stretto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014.

³ Assonime – associazione fra le società italiane per azioni, *Autorità indipendenti, un migliore quadro giuridico per il buon funzionamento del mercato* in Note e studi, 11/2012, pp. 17-22.

⁴ Assonime-associazione fra le società italiane per azioni, *Autorità indipendenti, un migliore quadro giuridico per il buon funzionamento del mercato*, cit., suggerisce l'adesione al modello statunitense che prevede la presentazione annuale al Congresso da parte delle autorità di «un documento (*Congressional Budget Justification*) per illustrare le loro richieste sul piano finanziario collegandole al proprio programma di azione e ai risultati conseguiti». Prosegue poi il documento «va sottolineata la particolare importanza per le autorità indipendenti dell'adozione di un orizzonte pluriennale, invece che annuale, di programmazione del fabbisogno e delle entrate. La prevedibilità e la stabilità delle entrate sono indispensabili per definire il programma di azione e le priorità di intervento. Le stime, naturalmente, possono essere oggetto di aggiustamenti, in caso di eventi imprevisti; ciò che è importante è evitare il negoziato annuale sulle risorse, che rischia di indebolire l'indipendenza nei confronti dell'esecutivo».

⁵ *Indagine conoscitiva*, cit., p. 18

Le fasi di realizzazione di una situazione così variegata sono rinvenibili in un processo di stratificazione normativa inaugurato dalla legge finanziaria per il 2006 (legge 23 dicembre 2005, n. 266) che all'art. 1, comma 65 dispone che le spese di funzionamento di CONSOB, ANAC (già AVCP), AGCOM e COVIP ricadono sul mercato di competenza per la parte non coperta dal bilancio dello Stato.

Tale disposizione ha, altresì, stabilito che il finanziamento da parte del mercato di competenza avviene «secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità». Dunque, non soltanto una parte del fabbisogno di queste particolari amministrazioni ricade sul mercato di competenza, ma le Autorità dispongono altresì della facoltà – riconosciuta in virtù del loro particolare status – di definire il *quantum* di prelievo imposto ai soggetti regolati.

Parallelamente alla progressiva “dismissione” degli oneri finanziari in favore della contribuzione privata, il legislatore ha disposto una serie di tagli alla spesa delle amministrazioni pubbliche attraverso le previsioni di cui agli artt. 1, comma 5, legge 30 dicembre 2004, n. 311 e 22, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 i quali hanno stabilito, rispettivamente, il limite del 2% all'aumento della spesa complessiva e il taglio del 10% delle spese sostenute per i consumi intermedi.

Altra tappa di non trascurabile rilievo – sintomatica anch'essa della tendenza al progressivo disimpegno della spesa pubblica nel settore – è stata la legge finanziaria per il 2010 (l. 23 dicembre 2009, n. 191) che ha introdotto una forma di “prestito” solidale a carico di alcune Autorità – “più ricche” – in favore di altre – “meno abbienti”.

L'introduzione di tale prestito, tuttavia, ha suscitato diverse critiche.

In via generale, deve osservarsi che disporre un trasferimento di risorse in favore di Autorità “meno abbienti” evidenzia una encomiabile *ratio* egualitaria volta ad avvantaggiare la complessiva efficacia delle regolazione e della vigilanza nei settori strategici laddove l'Autorità preposta non sia nelle condizioni economiche per farlo nel migliore dei modi.

Per converso, è stato altresì osservato⁶ che proprio tale ispirazione egualitaria ha costituito la principale fragilità dell'intervento.

La norma, infatti, stabiliva che nei tre anni successivi all'emanazione della legge finanziaria 2010, AGCOM, AEEGSI, IVASS e AVCP (oggi, ANAC) avrebbero dovuto trasferire ad AGCM, Garante della privacy e Commissione di garanzia per gli scioperi una certa quota delle proprie entrate.

Il senso di questa operazione era di consentire ad Autorità sprovviste di un mercato di riferimento cui attingere – ovvero connotate da competenze troppo trasversali per essere localizzate in un unico mercato – di finanziarsi adeguatamente⁷. Così facendo, però, qualcuno ha evidenziato⁸ come si fosse finito col gravare i soggetti operanti in un singolo mercato anche di oneri relativi ad attività di cui fruisce un altro settore (o l'intera collettività) violando proprio il principio di uguaglianza. Senza contare, poi, che disporre un trasferimento di risorse *ex lege* può operare da disincentivo rispetto a pratiche virtuose di re-

⁶ Assonime-associazione fra le società italiane per azioni, *Autorità indipendenti, un migliore quadro giuridico per il buon funzionamento del mercato*, cit.

⁷ Cfr. *Indagine conoscitiva*, cit., p. 18

⁸ Assonime-associazione fra le società italiane per azioni, *Autorità indipendenti, un migliore quadro giuridico per il buon funzionamento del mercato*, cit.

sponsabilizzazione delle amministrazioni nella gestione delle risorse⁹.

In ogni caso, il prestito fra Autorità è stato superato dal legislatore che, nel caso – ad esempio – dell'Autorità *antitrust*, ha introdotto – con il d.l. n. 1/2012 che ha novellato l'art. 10 della legge n. 287 del 1990 inserendo il comma 7-ter – un sistema di autofinanziamento¹⁰ che fa ricadere le spese per il funzionamento dell'AGCM integralmente sulle imprese controllate¹¹.

La varietà di modelli esistenti ha, peraltro, posto l'interrogativo su quale sia, in definitiva, il sistema migliore di finanziamento. Tuttavia, il dibattito che pure ne è scaturito non è riuscito ad individuare una soluzione unitaria. Nel senso che il tema dell'autofinanziamento se, da una parte, presenta il pregio della valorizzazione dell'indipendenza dall'esecutivo, dall'altra, si espone al pericolo di conflitti di interesse¹², ragion per cui non è semplice trovare una soluzione che contemperi tutte le istanze emergenti dal dibattito.

In un contesto così fluido e in continua evoluzione assume, infine, un significato particolarmente rilevante la tendenza espressa dal diritto dell'Unione europea che sembra spingere verso una direzione, se non opposta, comunque non coincidente con quella della normativa nazionale.

Nel settore delle telecomunicazioni ciò emerge dalla direttiva 2002/21/CE e s.m.i. (c.d. direttiva quadro) e dalla direttiva 2002/20/CE (c.d. direttiva autorizzazioni).

La direttiva quadro, in particolare, evidenzia la preoccupazione che gli Stati forniscano alle *authorities* tutte le risorse necessarie, ivi compresi i mezzi finanziari, per assolvere i compiti peculiari loro assegnati in modo da evitare fenomeni c.d. di “cattura” del regolatore.

La direttiva autorizzazioni, invece, pur consentendo alle Autorità di prelevare le risorse finanziarie dai prestatori di servizi di comunicazione elettronica, limita questa facoltà alla sola copertura dei costi effettivamente sostenuti per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso. Dunque, è richiesta una perfetta sovrapponibilità fra il peso imposto ai privati e i costi sostenuti per gestire le dette attività senza che le risorse raccolte dal mercato possano andare a finanziare altre voci di spesa per il funzionamento dell'Autorità destinataria.

La preoccupazione comune ad entrambe le discipline è duplice: da un lato, evitare oneri ingiustificati a carico degli operatori; dall'altro, scongiurare meccanismi di “corrispettività” tra prelievo subito (dai *players*) e attività svolta (dall'Autorità di regolazione) tale per cui ad un'elevata contribuzione corrisponda una funzione regolatoria “accomodante” ovvero una attività sanzionatoria accondiscendente.

⁹ *Idem*, che sempre ragionando sulle soluzioni preferibili in tema di finanziamento delle autorità indipendenti salutava con favore lo stralcio, dal d.l. n. 1/2012, della previsione per cui le sanzioni dell'AGCM per le pratiche commerciali scorrette erano in parte destinate a finanziare il funzionamento dell'Autorità stessa. In particolare, il documento osserva come ciò presenti la rischiosa controindicazione di incentivare l'autorità procedente ad irrogare la sanzione per fare fronte alle proprie spese.

¹⁰ M. CLARICH, *Indipendenza e autonomia delle autorità amministrative indipendenti*, 2013, in Studi e contributi, www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Art. 10, comma 7-ter. «All'onere derivante dal funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si provvede mediante un contributo di importo pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dalle società di capitale, con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro, fermi restando i criteri stabiliti dal comma 2 dell'articolo 16 della presente legge. La soglia massima di contribuzione a carico di ciascuna impresa non può essere superiore a cento volte la misura minima».

¹² *Indagine conoscitiva*, cit., p. 21.

Proprio in un'ottica di garanzia dell'indipendenza, il Parlamento europeo ed il Consiglio, nel 2009, sono nuovamente intervenuti sulla direttiva quadro per specificare che «[...] *Gli stati membri assicurano che le [ANR] dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti loro assegnati*» (nuovo art. 3, c.3).

In definitiva, l'orientamento che emerge dalla disciplina europea si fonda sul convincimento che il grado di qualità, efficacia ed imparzialità dell'attività svolta dalle Autorità indipendenti discende direttamente dal rapporto – o, per meglio dire, dal mancato rapporto – delle stesse con forme di “dipendenza” dal mercato regolato. Il che, come visto, trova un importante ostacolo nella pressante esigenza interna di ridurre la spesa pubblica al fine di rispettare i vincoli di bilancio imposti dall'adesione ai trattati.

Prevedibilmente, questa divergenza di prospettive nell'ambito di due ordinamenti così intimamente compenetrati l'uno nell'altro che, per il momento, riescono a convivere viaggiando su binari paralleli, è destinata, nel tempo, a trovare un punto di sintesi¹³.

2. Il contributo “di scopo” degli operatori per il finanziamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Un caso emblematico, nell'ambito del dibattito sul finanziamento delle Autorità indipendenti, è rappresentato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni che è stata interessata, negli ultimi anni, da un contenzioso molto significativo sviluppatosi su due versanti. Su un primo crinale, si è discusso della latitudine della contribuzione a carico dei privati e i relativi criteri di determinazione; su un altro versante, invece, si è dibattuto sulla legittimità dell'assoggettamento dell'AGCOM ai tagli di risorse previsti dalla legislazione nazionale.

Rispetto al primo dei due aspetti, è di recente pubblicazione la decisione del Consiglio di Stato¹⁴ secondo cui l'Autorità ha violato la normativa europea in materia di costi per diritti amministrativi imponendo alle imprese operanti nel settore delle reti e dei servizi esborsi indebiti.

Si è già avuto modo di accennare in precedenza che, in virtù dell'art. 1, cc. 65 e 66 della legge finanziaria 2006, il fabbisogno finanziario dell'AGCOM grava attualmente sui soggetti operanti nei mercati regolati dalla stessa per la parte non coperta dal bilancio dello Stato secondo un sistema di finanziamento misto che prevede il concorso di operatori privati e spesa pubblica. A ben vedere, tuttavia, l'Autorità attualmente trae dai contributi versati dai soggetti regolati oltre il 90% del fabbisogno a copertura dei propri costi, dunque l'apporto statale è poco più che simbolico.

¹³ Particolarmente significativo è quanto previsto dal disegno di legge, A.S. n. 2388 presentato il 13 maggio 2016 recante “*Disposizioni in materia di accorpamento e riordino delle autorità amministrative indipendenti*” e sottoposto all'esame delle Commissioni riunite affari costituzionali e industria, commercio e turismo dal 26 luglio 2016. Tale progetto normativo propone l'accorpamento di tutte le principali autorità indipendenti in un'unica realtà. Segnatamente l'art. 3, comma 10, sembra prefigurare un sistema di finanziamento interamente a carico dello Stato, si legge infatti «*L'Autorità provvede all'autonoma gestione delle spese per il proprio funzionamento nei limiti del fondo stanziato a tale scopo nel bilancio dello Stato ed iscritto in apposito capitolo dello stato di previsione della spesa del Ministero dell'economia e delle finanze, con apposito decreto da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge*».

¹⁴ Cons. Stato, sez. III, 17 febbraio 2015, n. 810.

Al riguardo, la disciplina contenuta nella direttiva autorizzazioni riveste un'importanza centrale riconoscendo alle Autorità nazionali di regolazione il potere di imporre ai prestatori di servizi di comunicazione elettronica il pagamento di diritti amministrativi a copertura delle spese sostenute per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione di diritti d'uso¹⁵.

Segnatamente, l'art. 12 prevede che le Autorità di regolazione nel settore delle telecomunicazioni, in relazione a specifiche attività – tassativamente enunciate –, possono chiedere agli operatori il versamento di diritti amministrativi secondo una imposizione proporzionata, obiettiva e trasparente in modo da minimizzare i costi e gli oneri accessori¹⁶.

Tale disposizione è stata peraltro oggetto di recepimento all'art. 34, d.lgs. n. 259/2003 (c.d. codice delle comunicazioni elettroniche) – ancorché la disciplina sovra nazionale sia, in ogni caso, di applicazione immediata e incondizionata all'interno dell'ordinamento italiano¹⁷ – secondo una formulazione che il giudice italiano ha ritenuto non perfettamente in linea con quanto disposto dalla direttiva autorizzazioni e che, in effetti, ha condotto all'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia¹⁸ conclusasi con la riscrittura di parte della norma¹⁹.

¹⁵ Cfr. considerando 30 della direttiva autorizzazioni.

¹⁶ Art. 12, direttiva autorizzazioni «1. I diritti amministrativi imposti alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso:

a) coprono complessivamente i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici [...], che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione;

b) sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi e gli oneri accessori.

2. Le [ANR] che impongono il pagamento di diritti amministrativi sono tenute a pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi. Alla luce delle differenze tra l'importo totale dei diritti e dei costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche».

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 febbraio 2015, n. 810.

¹⁸ Procedura di infrazione n. 2013/4020 – ex art. 258 TFUE.

¹⁹ L'attuale formulazione della norma recita: «Diritti amministrativi 1. Oltre ai contributi di cui all'articolo 35, possono essere imposti alle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti di uso, diritti amministrativi che coprano complessivamente i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti di uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, ivi compresi i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, ed in particolare di decisioni in materia di accesso e interconnessione. I diritti amministrativi sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori. 2. Per la copertura dei costi amministrativi sostenuti per le attività di competenza del Ministero, la misura dei diritti amministrativi di cui al comma 1 è individuata nell'allegato n. 10. 2-bis. Per la copertura dei costi amministrativi complessivamente sostenuti per l'esercizio delle funzioni di regolazione, di vigilanza, di composizione delle controversie e sanzionatorie attribuite dalla legge all'Autorità nelle materie di cui al comma 1, la misura dei diritti amministrativi di cui al medesimo comma 1 è determinata ai sensi dell'articolo 1, commi 65 e 66, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in proporzione ai ricavi maturati dalle imprese nelle attività oggetto dell'autorizzazione generale o della concessione di diritti d'uso. 2-ter. Il Ministero, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, e l'Autorità pubblicano annualmente i costi amministrativi sostenuti per le attività di cui al comma 1 e l'importo complessivo dei diritti riscossi ai sensi, rispettivamente, dei commi 2

A fronte di ciò, nel periodo 2010 – 2011 – anche in virtù del già citato art. 1, cc. 65 e 66, legge finanziaria 2006 e dell'intervenuta previsione del prestito "solidale" in favore di alcune Autorità "sorelle" – AGCOM ha adottato una serie di delibere diffidando alcuni operatori del settore a corrispondere le differenze contributive relative agli anni 2006 – 2010 che essa riteneva non essere state versate nonché – per l'anno 2011 – ha operato la rideterminazione in aumento dell'aliquota contributiva relativa all'importo dovuto.

Dal canto loro, gli operatori hanno impugnato dinanzi al giudice amministrativo sia gli atti di diffida con cui l'Autorità contestava loro di non aver inserito alcune voci nel calcolo della base imponibile, sia l'aumento dell'aliquota disposto a partire dall'anno 2011 sostenendo che gli esborsi loro imposti esorbitassero significativamente dalle spese sostenute dall'amministrazione per la gestione del regime di autorizzazione e la concessione dei diritti d'uso²⁰ violando la corrispondenza tra "speso" e "versato" richiesta dalla direttiva.

Il TAR adito, riscontrato lo squilibrio lamentato dagli operatori e constatata la presenza di una norma interna che ammette le Autorità a prelevare risorse dal mercato per autofinanziarsi (art. 1, comma 65, legge finanziaria 2006 cit.), ha ravvisato un possibile contrasto tra la normativa italiana e quella sovranazionale e, dunque, ha investito della questione la Corte di giustizia europea.

Chiamati a pronunciarsi, i giudici di Lussemburgo²¹ hanno, per un verso, chiarito che l'art. 12 cit. non osta alla normativa di uno Stato membro che faccia ricadere sul mercato il peso economico dei costi sostenuti dall'Autorità di regolazione non finanziati dallo Stato, per altro verso, hanno però specificato che una tale scelta è legittima solo ove l'esborso richiesto «*sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione, che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*²²».

Dunque, il prelievo imposto ai regolati, per quanto legittimo, non può in alcun modo andare a finanziare altre voci di spesa per il funzionamento dell'Autorità diverse da quelle enunciate all'art. 12 cit., come invece è accaduto nel caso di AGCOM.

Secondo la Corte è, quindi, compito del giudice del rinvio investigare "in concreto" l'effettiva compatibilità tra la normativa italiana e quella comunitaria in base a tre criteri: (1) che l'importo versato sia destinato esclusivamente alla copertura di costi relativi alle attività di cui al par. 1, lettera a), dell'art. 12 cit., (2) che la totalità dei ricavi ottenuti a tale titolo non superi i costi complessivi effettivamente sostenuti per lo svolgimento delle dette attività e (3) che l'imposizione risulti proporzionata, obiettiva e trasparente.

Alla luce di ciò, il TAR ha ritenuto che le somme calcolate dall'AGCOM in base ai provvedimenti gravati non fossero integralmente riconducibili alle tipo-

e 2-bis. In base alle eventuali differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche».

²⁰ Al riguardo, si è posta anche una rilevante questione di "retroattività" della decisione adottata dall'AGCOM che in questa sede non può essere affrontata per ragioni di brevità ma in riferimento alla quale si rinvia a F. SCLAFANI, *Ottemperanza al giudicato di annullamento e regolazione retroattiva*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fascicolo 1/2016.

²¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12 resa il 18 luglio 2013.

²² Sentenza ult. cit., par. 43.

logie di attività ammesse ai sensi dell'art. 12 cit. e, dunque, imponessero degli esborsi superiori rispetto a quelli strettamente necessari per coprire i costi effettivamente sostenuti per le dette attività²³ con ciò disponendone l'annullamento previa disapplicazione dell'art. 1, commi 65 e 66, legge finanziaria 2006 ritenuto in contrasto con l'art. 12 della direttiva autorizzazioni.

Il Consiglio di Stato²⁴ ha, poi, sostanzialmente confermato la statuizione di primo grado circostanziando ulteriormente le motivazioni espresse dal TAR ed affermando che il prelievo disposto per il finanziamento del regime autorizzatorio di cui all'art. 12 cit. configura, a ben vedere, *“una tassa di scopo, ossia un'imposizione parzialmente commutativa. Essa infatti finanzia non già l'AGCOM in sé o per l'universo delle funzioni comunque afferenti al settore delle comunicazioni elettroniche, ma il servizio che rende agli operatori di sola quella frazione di tal settore che afferisce al mercato della telefonia vocale mobile, di cui alla delibera n. 34/2006/CONS e nella sola misura in cui è fin tanto che quest'ultimo abbisogni di regolazione. In quanto tributo di scopo, ha un montante predefinito — corrispondente ai costi effettivamente per la gestione di tutti gli aspetti della regolazione di tal mercato—, pur se la legge che fissa l'ammontare non indica con esattezza i cespiti imponibili. Ma questi ultimi, per contro, si desumono facilmente proprio dalla natura del prelievo de quo e dalla delimitazione di questo ai soli ricavi (ritratti sul mercato di competenza) ex art. 1, c. 66 della legge 266/2005, corrispondenti ai costi di gestione di cui all'art. 34 CCE (afferenti al mercato stesso), come specificamente descritti nella rendicontazione ex art. 12, § 2) della direttiva n. 20”* (par.8).

Da questo punto di vista, dunque, l'art. 1, cc. 65 e 66 deve essere letto in uno con le disposizioni sovranazionali (art. 12 cit.) e la *ratio* ispiratrice della disciplina regolatoria *ex ante* la quale essendo *«preordinata ad impedire gli effetti abusivi e distorsivi nel mercato relativo prima che se ne verifichino i danni»* giustifica il finanziamento da parte degli operatori delle *«sole attività [...] strumentali al rilascio ed a TUTTI [sic!] gli aspetti di disciplina e gestione della stessa autorizzazione generale»*²⁵. Pertanto, secondo il Collegio, l'interpretazione della normativa nazionale fatta propria dall'AGCOM è contraria a buona fede e improntata alla fissazione di significati unilaterali²⁶.

In definitiva, dunque, il dato che emerge è quello di un'interpretazione sostanzialmente restrittiva dei presupposti che giustificano l'imposizione di esborsi da parte del mercato i quali – nonostante l'ampia previsione di cui ai commi 65 e 66, art. 1, legge finanziaria 2006 – non possono considerarsi omnicomprensivi ma, piuttosto, “di scopo” in relazione alle attività normativamente previste.

3. L'assoggettamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai tagli alla spesa previsti dalle leggi di bilancio

Parallelamente alla controversia relativa alla ampiezza del finanziamento di natura “privatistica”, si è aperto un altro fronte di discussione concernente

²³ Soggiunge, inoltre il TAR, che la mancata previsione di un tetto massimo di prelievo escludeva anche il requisito della proporzionalità.

²⁴ Cons. Stato, sez. III, 17 febbraio 2015, n. 810.

²⁵ Sentenza ult. cit., par. 2.

²⁶ Cfr. sentenza ult. cit., par. 10.

l'assoggettamento dell'AGCOM ai tagli disposti con le leggi statali che variamente si sono occupate di bilancio e spesa pubblica. In questo modo, la questione del finanziamento dell'AGCOM si è intrecciata con quella della sua riconducibilità al novero delle amministrazioni pubbliche e la conseguente applicazione del relativo statuto.

Il *casus belli* è stato l'inclusione dell'Autorità nell'ambito del conto economico consolidato stilato ogni anno dall'Istituto nazionale di statistica (c.d. conto ISTAT).

La vicenda dell'inclusione nel conto ISTAT, in particolare, ha conosciuto un *iter* piuttosto travagliato che si è infine concluso con l'inclusione *expressis verbis* delle Autorità indipendenti ad opera del d.l. 2 marzo 2012, n. 6.

A ben vedere, però, l'elemento veramente rilevante non è tanto la questione astratta della riconducibilità o meno delle Autorità indipendenti nel *genus* delle amministrazioni pubbliche per gli effetti dell'elenco ISTAT bensì la circostanza che, a partire dal 2004, le amministrazioni ivi elencate sono state interessate dai già accennati tagli alla spesa.

In particolare, con l'art. 1, comma 5 della legge finanziaria 2005 (legge 30 dicembre 2004, n. 311) è stato deciso che la spesa complessiva delle amministrazioni incluse nel conto economico consolidato ISTAT non possa superare il limite del 2% rispetto alle previsioni dell'anno precedente risultanti dalla Relazione previsionale e programmatica.

Sulla stessa scia, l'art. 22, comma 1 della legge finanziaria 2006 (legge 23 dicembre 2005, n. 266) ha disposto nei confronti delle amministrazioni elencate un taglio pari al 10% dei consumi intermedi.

Di qui, la centralità strategica di tale elenco e la contestazione dell'appartenenza ad esso da parte di alcune amministrazioni²⁷, fra cui AGCOM. Quest'ultima ha, infatti, richiamato l'attenzione del giudice amministrativo proprio sulla disciplina di cui alle direttive quadro ed autorizzazioni assumendo che la propria inclusione nell'elenco ISTAT ne implicasse la violazione. Ancora una volta, dunque, la disciplina sovra nazionale riveste un ruolo centrale nella definizione del concetto di indipendenza in relazione al finanziamento delle Autorità di regolazione e costituisce, altresì, il punto di intersezione tra la vicenda della contribuzione del mercato e quella statale.

L'Autorità – in sede di impugnazione del comunicato ISTAT con cui veniva inclusa nel conto economico consolidato – contestava sia la legittimità del provvedimento adottato dall'Istituto sia la correttezza della scelta del legislatore di assoggettare le Autorità indipendenti alla rigida disciplina di spesa imposta alle amministrazioni c.d. tradizionali. Le contestazioni mosse dall'AGCOM, in particolare, valorizzavano la disciplina della direttiva quadro secondo cui è obbligo degli Stati membri “*di garantire l'indipendenza delle Autorità nazionali di regolazione in modo da assicurare l'imparzialità delle loro decisioni*”²⁸ e assicurare l'imparzialità significa dotare le Autorità “*di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti a loro assegnati*”²⁹.

Da questo punto di vista, i tagli di spesa imposti dal legislatore italiano di fatto introdurrebbero vincoli di natura finanziaria (e, per tale via, anche di natura organizzativa) non rispettosi dell'autonomia dell'Autorità e potenzial-

²⁷ Anche l'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico ha ritenuto di contestare tale inclusione.

²⁸ Considerando n. 11, direttiva quadro.

²⁹ Art. 3, par. 3, direttiva quadro.

mente in grado di incidere sulla efficienza dell'intervento regolatorio.

E ciò, secondo l'Autorità, è proprio l'opposto del risultato auspicato dalla direttiva autorizzazioni (art. 12 cit.) che invece intendeva garantire una maggiore autonomia nell'ambito delle decisioni di spesa. Tanto più che il legislatore italiano ha inteso riferire le percentuali di taglio della spesa non soltanto alle somme (minime) di provenienza statale bensì anche a quelle che AGCOM riceve direttamente dagli operatori.

Le considerazioni di fondo da cui muove AGCOM sono quindi due: la prima, che la propria inclusione nell'elenco ISTAT è illegittima a motivo della "specialità" delle Autorità indipendenti rispetto alle amministrazioni "tradizionali"; la seconda, che sussiste un conflitto fra la tendenza espressa dal legislatore italiano a diminuire le risorse disponibili e quella espressa dal legislatore comunitario volta a salvaguardare funzionalità e indipendenza.

In relazione alla prima delle due considerazioni, il Consiglio di Stato³⁰ – pronunciandosi nell'ambito di giudizio diverso³¹ – ha giudicato pienamente legittima la decisione dell'Istituto nazionale di statistica di includere AGCOM (e altri) nel novero delle c.d. amministrazioni pubbliche. La sesta sezione ha infatti affermato che le Autorità indipendenti sono *"amministrazioni pubbliche in senso stretto, poiché, composte da soggetti ai quali è attribuito lo status di pubblici ufficiali (art. 2 comma 10 legge n. 481 del 1995), svolgono, in virtù del trasferimento di funzioni operato dall'art. 2, comma 14 della medesima legge istitutiva, compiti propri dello Stato, e così di potere normativo secondario (o, altrimenti, il potere di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi) (art. 2, comma 12, lett. h), l. n. 481 del 1995) di poteri sanzionatori, di ispezione e di controllo, hanno, in conclusione, poteri direttamente incidenti sulla vita dei consociati che si giustificano solo in forza della natura pubblica che deve – necessariamente – essere loro riconosciuta"*³². D'altra parte – prosegue il Collegio – *"le "Autorità amministrative indipendenti" sono definite tali dal legislatore (anche per l'applicazione delle disposizioni processuali sui riti speciali: v. art. 119, comma 1, lett. b) in ragione della loro "piena indipendenza di giudizio e di valutazione", la quale:*

– non va intesa, contrariamente a quanto ha affermato il TAR, come ragione di esonero dalla applicazione della disciplina di carattere generale riguardanti le pubbliche amministrazioni;

*– più limitatamente, comporta che, tranne i casi espressamente previsti dalla legge, il Governo non può esercitare la tipica funzione di indirizzo e di coordinamento, nel senso che non può influire sull'esercizio dei poteri tecnico-discrezionali, spettanti alle Autorità"*³³.

Dunque, il carattere di indipendenza che contraddistingue le Autorità rappresenta certamente un elemento "specializzante" il quale, tuttavia, non ne intacca la natura intrinseca di pubblica amministrazione.

I giudici hanno reputato infondata anche la ricostruzione proposta dall'AGCOM secondo cui l'autonomia finanziaria si ripercuoterebbe sulla natura dei contributi versati dagli operatori o, comunque, le riconoscerebbe un potere impositivo suo proprio. Al contrario, i contributi che gli operatori versano

³⁰ Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014.

³¹ Le contestazioni mosse da AGCOM avverso l'inclusione nell'elenco ISTAT si sono spiegate nell'ambito di due giudizi separati.

³² Sentenza ult. cit., par. V.3).

³³ Sentenza ult. cit., *ibidem*.

all'Autorità sono da ritenersi a tutti gli effetti dei tributi³⁴ che ben potrebbero essere pagati in favore di un Ministero tenuto poi a ritrasferirli presso le casse dell'Autorità.

Si tratta, cioè, di una mera semplificazione contabile quella in virtù della quale è possibile “saltare un passaggio” (e procedere direttamente al versamento in favore dell'Autorità), che tuttavia non muta la sostanza dell'attribuzione patrimoniale effettuata dagli operatori la quale resta giustificata unicamente dalla potestà impositiva dello Stato e non dell'Autorità in sé considerata.

Pertanto, il legislatore è pienamente nella facoltà – tramite la legislazione di bilancio – di disporre la riduzione della pressione fiscale a carico degli operatori in relazione allo svolgimento di una funzione amministrativa (quale è quella regolatoria svolta da AGCOM).

Data l'inequivocità delle considerazioni svolte dal Consiglio di Stato (in altro giudizio) nonché l'inclusione di AGCOM nel conto ISTAT per via normativa ad opera del d.l. n. 6/2012, l'Autorità ha “corretto il tiro” concentrandosi sulla contrarietà della legislazione nazionale – ora ad essa indubitabilmente applicabile attesa la sua espressa inclusione nell'elenco ISTAT – con la disciplina di diritto europeo in punto di imparzialità ed indipendenza delle Autorità nazionali *sub specie* di autofinanziamento delle relative attività di gestione.

Il Consiglio di Stato³⁵ ha ritenuto di rinviare la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea attesa la natura obbligatoria di tale rinvio³⁶ a fronte della richiesta avanzata dalla parte ricorrente dinanzi ad un giudice nazionale di ultima istanza in relazione a norme del diritto comunitario rilevanti per la decisione finale.

A ben vedere, l'obbligatorietà del “passaggio” alla Corte in questi casi sembra l'unico vero motivo per cui la sesta sezione ha disposto la remissione.

4. La sentenza della Corte di giustizia (prefigurata dall'ordinanza di remissione del Consiglio di Stato)

Il principale dubbio di compatibilità della disciplina italiana con il diritto sovranazionale si concentra intorno al significato da attribuire al concetto di “indipendenza” in relazione a quello di “autonomia”. In particolare, poiché il connotato di indipendenza caratterizzante le Autorità di regolazione è posto a presidio di imparzialità e trasparenza, può non essere peregrino ritenere che indipendenza significhi non solo il riconoscimento di risorse finanziarie adeguate *“ma anche la piena autonomia per le [autorità] stesse di decidere se e in quale misura operare eventuali riduzioni della spesa complessiva”*³⁷.

Il giudice rimettente ipotizzava alcuni scenari possibili nell'eventualità in cui si fosse ritenuto che alle Autorità di regolazione spettasse di stabilire non solo il *quantum* di prelievo ma anche l'importo della propria spesa complessiva.

³⁴ Il Collegio richiama, in merito, Corte Cost., sent. n. 256/2007.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI., ord., 15 maggio 2015, n. 2475.

³⁶ Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia (per tutte, CGUE, sentenza in causa C-136/12), laddove non sussista alcun ricorso in via ordinaria avverso la decisione di un giudice nazionale quest'ultimo è tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE nella misura in cui debba pronunciarsi su una questione relativa all'interpretazione del diritto europeo.

³⁷ Cons. Stato, sez. VI., ord., 15 maggio 2015, n. 2475, par. 5.8.1.1.

Segnatamente, il Collegio ipotizzava una *“integrale sottrazione delle ANR alle disposizioni in materia di finanza pubblica che valgono per la generalità delle amministrazioni pubbliche”* oppure la *“sola possibilità per il Legislatore nazionale di imporre alle ANR vincoli e obiettivi ‘di risultato’, lasciando comunque le Autorità medesime libere di individuare, nell’ambito della loro autonomia, le modalità concrete con cui perseguire le finalità generali di finanza pubblica”*³⁸ impedendo, quindi, l’applicazione di tagli c.d. lineari.

Altra ipotesi immaginata dai giudici, in virtù del principio di autofinanziamento, era l’esclusione dai tagli di bilancio delle quote di finanziamento di provenienza non statale (che, come visto, rappresentano la quasi totalità dei fondi a disposizione dell’AGCOM).

Investita della questione, la Corte di giustizia³⁹ non ha ravvisato alcun profilo di incompatibilità fra la normativa interna e quella sovranazionale disattendendo tutte le soluzioni prospettate.

Sottoposte al vaglio dei giudici sono state le norme di diritto interno di cui agli artt. 1, comma 5, legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005) e 22, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 in relazione alle norme (di diritto europeo) di cui agli artt. 12 della direttiva autorizzazioni – visto in precedenza – e 3 della direttiva quadro secondo il quale ultimo «[...] 3. Gli Stati membri provvedono affinché le rispettive [ANR] esercitino i loro poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo. Gli Stati membri assicurano che le [ANR] dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate a svolgere i compiti loro assegnati. 3-bis. [...] Le [ANR] responsabili della regolamentazione ex ante del mercato [...] operano in indipendenza e non sollecitano né accettano istruzioni da alcun altro organismo nell’esercizio dei compiti loro affidati ai sensi della normativa nazionale che recepisce quella comunitaria. Ciò non osta alla supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale [...]».

La Corte ha statuito che tali disposizioni non ostano, di per sé, alla sottoposizione delle Autorità nazionali di regolazione alle disposizioni nazionali di finanza pubblica *«nonché, in particolare, a disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, quali quelle di cui al procedimento principale»*. Tale conclusione è giustificata dalla valorizzazione dell’inciso – contenuto al comma 3 bis del citato art. 3 – *«ciò non osta alla supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale»* il quale dimostra come l’autonomia strutturale propria delle Autorità non valga comunque a sottrarle a qualsiasi tipo di controllo.

Dunque, in astratto, le Autorità di regolazione possono senz’altro essere *«assoggettate a determinate norme di controllo dei bilanci da parte del parlamento nazionale, compresa l’applicazione ex ante di misure di contenimento della spesa pubblica»*⁴⁰.

Tale compatibilità in astratto, tuttavia, può venire meno – a giudizio della Corte – laddove la legislazione interna di bilancio rappresenti un ostacolo anche solo potenziale al corretto e regolare esercizio delle funzioni regolatorie ovvero sia contraria alle condizioni che la direttiva quadro impone agli Stati per garantire alle Autorità un livello di indipendenza e imparzialità accettabile.

Tuttavia, l’accertamento circa l’attitudine delle norme interne a costituire un pericolo per l’efficacia dell’azione regolatoria spetta al giudice nazionale. Per-

³⁸ Sentenza ult. cit., par. 5.8.1.1.

³⁹ Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza in causa C-240/15 resa il 28 luglio 2016.

⁴⁰ Sentenza ult. cit., par. 38.

tanto, sarà quest'ultimo a dover valutare l'impatto concreto della disciplina interna con quella sovranazionale – anche alla luce degli elementi proposti (e provati) dalle Autorità ricorrenti – e, dunque, ad avere l'ultima parola circa la effettiva compatibilità o meno del diritto nazionale con quello europeo.

La Corte di giustizia ha indugiato, poi, su altri due elementi ritenuti sintomatici della legittima inclusione delle Autorità di regolazione nell'ambito dei tagli disposti dalle leggi di bilancio e che riguardano la discussione sulla possibilità che vengano imposti alle Autorità tagli lineari ovvero obblighi di risultato.

Si tratta della circostanza per cui l'art. 1, c.5, legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005) dispone soltanto il contenimento dell'aumento della spesa destinata a finanziare le Autorità e l'art. 22, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 stabilisce una riduzione delle spese per i soli «consumi intermedi» lasciando alle Autorità ampio margine di adeguamento proprio in omaggio al loro particolare *status*. Tanto più che il diritto nazionale non incide sulla prerogativa delle Autorità di disporre un bilancio annuo separato e pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 3 *bis* della direttiva quadro⁴¹.

Pertanto, alla non incompatibilità astratta tra l'assoggettamento a norme di bilancio e diritto europeo, la Corte ha aggiunto un altro tassello: ossia che, nel caso concreto, i tagli disposti costituiscono, di fatto, un vincolo di risultato che lascia sostanzialmente impregiudicata l'autonomia delle Autorità nelle modalità di adeguamento.

I giudici di Lussemburgo hanno, infine, disatteso la ricostruzione operata dall'Autorità che riteneva decisiva ai fini dell'esonero delle risorse a propria disposizione dall'applicazione delle norme sulla riduzione della spesa la facoltà riconosciuta dal diritto europeo di finanziarsi attraverso la riscossione di diritti amministrativi, facoltà che non potrebbe essere limitata da disposizioni di bilancio interne.

La Corte ha, infatti, osservato che i contributi versati dagli operatori rivestono «*carattere tributario e rientrano nella generale potestà impositiva dello Stato italiano*»⁴². Pertanto, la facoltà riconosciuta all'AGCOM di finanziarsi tramite risorse prelevate dal mercato non è indice della titolarità in capo alla stessa di una potestà impositiva sua propria trattandosi, al contrario, sempre di una proiezione di quella statale. Dunque, lo Stato è pienamente libero di decidere se diminuire la spesa pubblica e, con ciò, la pressione fiscale comunque esercitata.

Ciò è tanto più vero, aggiunge la Corte, se si tiene conto che le disposizioni interne di bilancio in questione non violano – per le ragioni anzidette – l'art. 3 della direttiva quadro.

È appena il caso di evidenziare, peraltro, che i limiti alla spesa imposti dagli artt. 1, comma 5, legge 30 dicembre 2004, n. 311 e 22, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 sono introdotti per il raggiungimento degli obiettivi europei discendenti dai trattati sottoscritti anche dall'Italia.

In definitiva, dunque, la normativa europea non osta ad una disciplina nazionale che assoggetti le Autorità di regolazione a disposizioni in materia di finanza pubblica e, segnatamente, di contenimento e revisione della spesa.

Peraltro, il giudice *a quo* – l'unico competente secondo la Corte di giustizia a decidere della effettiva compatibilità tra la normativa interna e quella sovranazionale – ritiene che le disposizioni censurate dall'AGCOM non sono in con-

⁴¹ Sentenza ult. cit., par. 45.

⁴² Sentenza, ult. cit., par. 47.

trasto con il diritto europeo. Già nell'ordinanza di rimessione, infatti, si legge che le pur innegabili prerogative di imparzialità e indipendenza riconosciute alle Autorità di regolazione non valgono ad identificare *«uno status talmente differenziato e speciale rispetto alla generalità delle altre amministrazioni pubbliche da rendere ipso facto illegittima una qualunque disposizione nazionale la quale assoggetti tali Autorità alle disposizioni in materia di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica che operano per la generalità delle amministrazioni pubbliche»*⁴³.

Pertanto, le norme che dispongono il taglio della spesa possono entrare in contrasto con la normativa europea solo ove sia dimostrato *«in concreto che, per i caratteri quantitativi o qualitativi del taglio disposto si determini un impedimento effettivo e concreto alla capacità, per la singola ANR, di disporre “di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l'assolvimento dei compiti loro assegnati (direttiva 2002/21/CE, considerando 11)”»*⁴⁴.

A ben vedere il Collegio, nel rimettere la questione alla Corte di giustizia, aveva pronosticato che l'ampia discrezionalità riconosciuta alle Autorità in punto di adeguamento delle norme sulla revisione della spesa fosse tale da assicurare, in concreto, la compatibilità fra i tagli disposti e il diritto europeo, considerato altresì che l'AGCOM non ha fornito alcuna prova circa l'effettiva limitazione della propria autonomia finanziaria⁴⁵.

Quindi, da un lato, la Corte di giustizia ritiene che non vi sia conflitto e rinvia, a sua volta, al giudice rimettente affinché verifichi la concreta compatibilità della normativa italiana con quella comunitaria; dall'altro, il giudice italiano ha già chiarito⁴⁶ che non ritiene sussistente alcuna incompatibilità.

5. Conclusioni

La sentenza della Corte europea in commento rappresenta un ulteriore tassello nel mosaico relativo al rapporto tra indipendenza e autonomia in punto di finanziamento alle Autorità di regolazione chiarendo che le leggi con cui lo Stato si occupa di bilancio e di tagli alla spesa possono senz'altro incidere sulle risorse economiche destinate a tali amministrazioni.

Ciononostante, l'autonomia finanziaria rimane uno dei valori fondanti delle Autorità indipendenti in quanto costituisce il baluardo più importante contro il potere di influenza esercitabile dall'esecutivo. Circostanza, peraltro, confermata sia dalla disciplina europea di settore sia dall'interpretazione che di essa ne fa la Corte di giustizia.

⁴³ Cons. Stato, sez. VI., ord., 15 maggio 2015, n. 2475, par. 5.8.2.

⁴⁴ Sentenza ult. cit., par. 5.8.2.1.

⁴⁵ La sesta sezione ha altresì ritenuto di disattendere la richiesta avanzata dall'AGCOM di vedersi assimilata alla Banca d'Italia chiarendo che *«il motivo non può essere condiviso in quanto esso non mira a lamentare la violazione di una puntuale norma del diritto dell'Unione, quanto – piuttosto – a censurare l'esercizio della discrezionalità normativa del Legislatore nazionale. Oltretutto, il contestato vizio di disparità presuppone una diversità di trattamento a fronte di situazioni sostanziali del tutto equiparabili, mentre l'AGCOM non ha allegato elementi convincenti tali da far ritenere la sua piena assimilabilità – ai fini che qui interessano – alla Banca d'Italia; [...]»* (par. 5.8.2.2).

⁴⁶ Almeno in sede di ordinanza di rimessione.

Tuttavia, tale autonomia non è avulsa da ogni influenza da parte dello Stato soprattutto in tempi – quali sono quelli correnti – che richiedono, da una parte, significativi tagli di spesa in vista di un minore impatto della “macchina” amministrativa sulle casse dell'erario, dall'altra, la riduzione della pressione fiscale a carico dei contribuenti.

In ragione di ciò, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni appare stretta tra due “fuochi”.

Per un verso, essa è condizionata dalla necessità che il contributo versato dagli operatori non sia destinato a coprire voci di spesa estranee al regime di autorizzazione generale. Sicché, la prerogativa dell'Autorità di determinare il *quantum* di imposizione a carico del mercato è temperata dalla previsione che la somma prelevata corrisponda (soltanto) ai costi effettivamente sostenuti (soltanto) per le attività previste dalla disciplina di settore.

Per altro verso, essa è assoggettata ai tagli di spesa pubblica disposti con la legislazione di bilancio la quale è stata ritenuta compatibile con la normativa europea. In questo modo, l'Autorità, oltre a vedersi ridotta la (già esigua) entrata derivante dal gettito pubblico, subisce un taglio anche delle entrate derivanti dal prelievo applicato agli operatori posto che si tratta di un vero e proprio tributo.

In conclusione, chiarito in cosa essa “non consiste”, rimane però da chiedersi se l'autonomia finanziaria delle Autorità amministrative indipendenti sia qualcosa di diverso dal semplice potere di decidere – entro certi limiti – “come” procedere ai tagli di spesa.



COMMENTI

L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa

di Antonio Dell'Atti *

COM(2016) 356 final. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Un'agenda europea per l'economia collaborativa

«L'economia collaborativa crea nuove opportunità per i consumatori e gli imprenditori. La Commissione ritiene quindi che possa dare un contributo importante alla crescita e all'occupazione nell'Unione europea, se promossa e sviluppata in modo responsabile. L'innovazione ha stimolato lo sviluppo di nuovi modelli imprenditoriali che hanno la potenzialità di contribuire in modo significativo alla competitività e alla crescita. Il successo delle piattaforme di collaborazione a volte rappresenta una sfida per gli attuali operatori del mercato e per le pratiche esistenti, ma dando ai singoli cittadini l'opportunità di offrire servizi tali piattaforme promuovono anche nuove opportunità di occupazione, flessibilità e nuove fonti di reddito. Per i consumatori i vantaggi dell'economia collaborativa sono l'accesso a nuovi servizi, a un'offerta più ampia e a prezzi più bassi. Essa può inoltre incoraggiare la condivisione e l'uso più efficiente delle risorse, contribuendo in questo modo al programma di sostenibilità dell'UE e alla transizione verso l'economia circolare.

Allo stesso tempo, l'economia collaborativa spesso solleva questioni relative all'applicazione del quadro normativo vigente, dal momento che rende meno nette le distinzioni tra consumatore e prestatore di servizi, lavoratore subordinato e autonomo, o la prestazione di servizi a titolo professionale e non professionale. Ciò può causare incertezza sulle norme applicabili, specie se si unisce alla frammentazione normativa derivante da approcci normativi divergenti a livello nazionale o locale e ciò, a sua volta, ostacola lo sviluppo dell'economia collaborativa in Europa e impedisce la piena realizzazione dei benefici che essa comporta. Allo stesso tempo esiste il rischio che si sfruttino le "zone grigie" normative per aggirare le norme intese a tutelare l'interesse pubblico.

Il settore dell'economia collaborativa è ancora piccolo ma sta crescendo rapidamente, guadagnando quote di mercato importanti in alcuni settori. I ricavi totali lordi nell'UE di piattaforme e prestatori di servizi di collaborazione sono stati stimati a 28 miliardi di EUR nel 2015. Rispetto all'anno precedente i ricavi nell'UE di cinque settori chiave sono quasi raddoppiati e si prevede che continueranno stabilmente a crescere. Si registra fin dal 2013 una forte crescita che ha subito una ulteriore accelerazione nel 2015, grazie ai notevoli investimenti di grandi piattaforme che hanno ampliato la loro attività in Europa. Alcuni esperti stimano che in futuro l'economia collaborativa potrebbe apportare all'economia dell'UE da 160 a 572 miliardi di EUR di ulteriore giro d'affari. Le nuove imprese dispongono quindi di un enorme potenziale di conquista di mercati in rapida crescita. L'interesse dei consumatori in effetti è forte, come confermato da una consultazione pubblica e da un sondaggio Eurobarometro. Lo scopo della presente comunicazione è agevolare la piena fruizione di questi vantaggi e rispondere alle preoccupazioni circa l'incertezza sui diritti e sugli obblighi di coloro che par-

* Dottore di ricerca, Università di Siena (dellatti@unisi.it). Avvocato in Lecce (avv.antoniodellatti@gmail.com).

tecipano all'economia collaborativa. Essa fornisce orientamenti giuridici e strategici per le autorità pubbliche, gli operatori di mercato e i cittadini interessati, ai fini di uno sviluppo equilibrato e sostenibile dell'economia collaborativa, come annunciato nella strategia per il mercato unico. Tali orientamenti non vincolanti su come il diritto vigente dell'UE dovrebbe essere applicato all'economia collaborativa trattano questioni fondamentali che interessano sia gli operatori del mercato che le autorità pubbliche, lasciando impregiudicate le iniziative che la Commissione potrebbe adottare in questo settore in futuro e le prerogative della Corte di giustizia in merito all'interpretazione del diritto dell'UE».

SOMMARIO: Un'introduzione. – 1. Economia collaborativa ed innovazione tecnologica. – 2. Gli obiettivi dell'agenda europea in tema di economia collaborativa. – 3. Economia collaborativa e requisiti di accesso al mercato: il prestatore di servizi professionali, il *peer-to-peer* e la piattaforma di collaborazione. – 4. Il regime di *accountability* dei gestori delle piattaforme di collaborazione. – 5. La tutela degli utenti. – 6. La distinzione tra lavoratori autonomi e subordinati nell'economia collaborativa. – 7. Il trattamento fiscale delle attività dell'economia collaborativa. – 8. Conclusioni.

Un'introduzione

La lettura *demitizzata*¹ della comunicazione della Commissione europea dello scorso 2 giugno 2016², ci pone, da subito, dinanzi al problema della individuazione del campo di ricerca ed analisi cui soffermare l'attenzione e la riflessione giuridica.

Ed il termine “economia collaborativa” pare, ad una analisi probabilmente formale ma significativa, inadeguato ed inadatto poiché incapace di descrivere un fenomeno che ha in ben altre qualità i propri tratti caratterizzanti.

Collaborare, d'altro canto, nella sua accezione letterale (composto di *con-* e *laborare*), è verbo che ben si adatta prevalentemente ai modelli economici tradizionali se è vero, come è vero, che la collaborazione è elemento che qualifica sia l'attività dell'imprenditore (ovvero, nel diritto europeo, dell'impresa) sia quella del lavoratore subordinato.

Dell'*imprenditore* il quale organizza l'azienda e, quindi, anche le risorse umane, *lavorando con* esse al fine della *produzione di beni e servizi*. Del *lavoratore subordinato*, il quale, per comune esperienza prima ancora che per previsione codicistica, si obbliga, mediante retribuzione, a *collaborare* (significativo il dato letterale contenuto nell'art. 2094 c.c.) nell'impresa prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'*imprenditore*.

La collaborazione è, dunque, una caratteristica *endemica* dell'economia tradizionale e, soprattutto, è l'oggetto di valorizzazione della regolazione che

¹ Il mito, come noto, è concetto filosofico che, nell'accezione tradizionale, riconducibile a Platone, si pone in antitesi al *logos* (la dimostrazione ben fondata della verità) e che è in rapporto ad esso esattamente come l'opinione è in rapporto alla scienza, come l'incertezza del sensibile alla certezza del razionale. Ebbene, la comunicazione in commento, si ritiene, contiene spesso delle mere *opinioni* in ordine alla bontà dell'economia collaborativa, lì dove esprime, ad esempio, il *sentimento* che questa possa dare «un contributo importante alla crescita e all'occupazione nell'Unione europea» oppure che possa «incoraggiare la condivisione e l'uso più efficienti delle risorse».

² Cfr. COM(2016) 356 della Commissione Europea del 2 giugno 2016.

quell'economia *regola* e disciplina. Ed anzi, è proprio il riconoscimento della *collaborazione sociale* quale interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento che giustifica tutto un impianto regolatorio che fonda principi, normative e regolamenti sulla tutela di buona fede, correttezza e legittimo affidamento.

E, sicuramente, l'attività di intermediazione per la messa in *contatto* di detti interessi meritevoli di tutela (situazioni giuridiche soggettive autonome) si colloca nella catena causale del rapporto giuridico, *collaborando* anch'essa nella formazione del circuito economico (domanda ed offerta di beni e servizi).

Senza un meccanismo di tutela di buona fede, correttezza e legittimo affidamento nei vari stadi e gradi dei rapporti economico-sociali, prima ancora che giuridici, la *collaborazione* potrebbe non esser perseguita ed un'economia non collaborativa potrebbe condurre al fallimento dell'economia (non solo di un mercato) ed al fallimento del diritto nella misura in cui lo Stato non riesca ad adempiere al *dovere di solidarietà economica*.

Ci si chiede, dunque, se sia questo il tema affrontato dalla Commissione europea con la comunicazione oggetto di commento e se i termini di analisi, in quella sede proposti, siano corretti³.

In questo contesto, è sicuramente apprezzabile l'approccio del regolatore europeo lì dove – pur tentando di definire un fenomeno con termini, per quanto detto, probabilmente non appropriati – si propone di fornire dei riferimenti interpretativi di massima e delle linee di indirizzo in ordine alle modalità applicative del diritto, si badi bene, già esistente in un contesto sociale di forte conflittualità tra operatori della c.d. economia collaborativa (o, per meglio individuarla, delle piattaforme digitali) ed i prestatori di servizio nei mercati cc.dd. tradizionali⁴ e soprattutto in ambiti di regolazione spesso caratterizzati dalla presenza di regimi di riserva di attività nell'ottica della tutela di uno, ovvero più, interessi generali (salute, sicurezza, stabilità economica, ecc.).

³ La domanda, si ritiene, non è un mero sforzo teorico fine a sé stesso. La creazione di "fenomeni" giuridici asseritamente *nuovi* conduce il giurista, spesso, ad estraniarsi dalla realtà di riferimento per ricercare soluzioni altrettanto *nuove*, a volte non necessarie. E questa attività creativa aggiunge normativa spesso confliggente con quella esistente.

⁴ Due esempi su tutti. Il primo nazionale, ossia l'ordinanza del Tribunale di Milano, Sez. Specializzata per le Imprese, Pres. Rel. Marina Tavassi, in sede di reclamo dei procedimenti riuniti R.G. nn. 35445/2015 e 36491/2015, del 15 luglio 2015, nel procedimento cautelare atipico proposto da diverse società esercenti attività di taxi contro le società riconducibili a vario titolo a Uber, nonché le Associazioni dei consumatori intervenute *ad adiuvandum* rispetto alle ragioni di Uber, con cui il Giudice Ambrosiano, a conferma dell'ordinanza del Giudice monocratico, ha inibito «l'utilizzazione sul territorio nazionale dell'app denominata *Uber Pop* e comunque la prestazione di un servizio – comunque denominato e con qualsiasi mezzo promosso e diffuso – che organizzi, diffonda e promuova da parte di soggetti privi di autorizzazione amministrativa e/o di licenza un trasporto terzi dietro corrispettivo su richiesta del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta» (cfr. A. DONINI, *Regole della concorrenza e attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 1, 2016, p. 46 ss.; V. C. ROMANO, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 2015, p. 133 ss. il quale evidenzia come il servizio *Uber Pop* non vada ricompreso nel modello di *sharing economy* poiché «il conducente non avrebbe alcun interesse a raggiungere il luogo indicato dall'utente e, se il servizio non fosse retribuito, il primo non opererebbe alcun servizio di trasporto. Dunque, Uber ha caratteristiche di mercato che ne evidenziano il carattere esclusivamente commerciale, quantunque collocato nel segmento low cost del trasporto pubblico non di linea»). Il secondo, dagli Stati Uniti e, più in particolare, da San Francisco, lì dove è stato effettuato un referendum per introdurre una norma volta a limitare a 75 notti all'anno la possibilità di locare stanze ovvero appartamenti a tempo determinato con lo scopo di limitare, dunque, l'operatività di piattaforme come Airbnb. Il 55% degli elettori ha respinto la proposta referendaria (cfr. *IlSole24Ore*, *Airbnb vince il referendum a San Francisco con il 55% dei voti*, 4 novembre 2015).

1. Economia collaborativa ed innovazione tecnologica

Se la *collaborazione* tra individui che, a qualsiasi titolo, operano nel settore della c.d. economia collaborativa, non può dirsi elemento capace di descrivere detto fenomeno, al fine di distinguerlo dall'economia tradizionale, v'è da chiedersi quale sia detto elemento, anche per meglio interpretare ed *intercettare* le linee di interesse regolatorio.

Occorre, dunque, un approccio descrittivo, che tenga conto delle fattispecie oggetto di attenzione, al fine di catturare i tratti caratterizzanti fenomeni quali l'*economia collaborativa*, il *consumo collaborativo*, la *sharing economy*, l'*economia peer-to-peer* o l'*economia on demand*⁵.

Guardando al dato empirico, è opinione condivisa⁶ che le economie della collaborazione variamente intese descrivano quei fenomeni di ampliamento di mercati esistenti (c.d. tradizionali) e, in determinati casi, di creazione di nuovi mercati, attraverso lo sfruttamento di strumenti tecnologici innovativi capaci di ridurre, se non abbattere, i costi di intermediazione⁷.

Detti "strumenti tecnologici" sono quelli che la Commissione europea chiama "piattaforme della collaborazione", ossia piattaforme digitali⁸ che sfruttano *software* intelligenti ed algoritmi per fornire beni e servizi spesso in concorrenza con quelli offerti nell'economia tradizionale.

Il tema, dunque, è tutt'altro che nuovo.

Riguarda il rapporto tra diritto e tecnica e di come il primo inseguia, costantemente, la regolazione della seconda⁹. Così il diritto si pone in un anacronismo sistemico rispetto alla tecnica in un circolo vizioso che riconsegna una regolazione perennemente in affanno.

La *tecnica* delle piattaforme della collaborazione, tuttavia, impone riflessioni

⁵ Per una veloce descrizione dei "fenomeni" appena citati, cfr. F. NOTARI, I. OREFICE, *Gli ultimi sviluppi del dibattito sulla sharing economy*, in *Amministrazione in Cammino*, 12 settembre 2016. Sul consumo collaborativo, si veda R. BOTSMAN, *What's Mine is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, Harper Collins Business, New York, 2010, *passim*.

⁶ Cfr. F. NOTARI-I. OREFICE, *op. cit.*, p. 1.

⁷ Si veda, in tal senso, l'opinione di L. ZINGALES, «Uber Act»: come liberare il Paese dalle piccole caste, su *IlSole24Ore*, 24 aprile 2016.

⁸ Sia consentito evidenziare come il termine "piattaforma" consenta di fornire stabilità ad un sistema di infrastrutture digitali i cui confini sono incerti ed in continuo divenire ed i cui soggetti partecipanti non sempre siano facilmente identificabili.

⁹ Già Heidegger evidenziava che «ciò che è veramente inquietante non è che il mondo si trasformi in un completo dominio della tecnica. Di gran lunga più inquietante è che l'uomo non è affatto preparato a questo radicale mutamento del mondo. Di gran lunga più inquietante è che non siamo ancora capaci di raggiungere, attraverso un pensiero meditante, un confronto adeguato con ciò che sta realmente emergendo nella nostra epoca» (cfr. M. HEIDEGGER, *L'abbandono*, 1959, p. 36).

Oggi, sotto un profilo filosofico, si dice che la tecnica sia divenuto l'ambiente ove vive ed abita l'uomo e che solo la prima sia il vero soggetto della storia, mentre il secondo si limiterebbe ad essere un funzionario degli apparati tecnici cui appartiene (U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 207, ss.). Per quanto detta opinione sia di fascino, ritengo che la regolazione volta a far emergere (e prevalere) gli interessi generali dell'uomo sui bisogni di sviluppo ed innovazione della tecnica – lì dove in contrasto, s'intende – possa essere strumento capace di restituire dignità all'autorità statuale (nei vari segmenti in cui la stessa si esprime), troppo spesso inerte dinanzi le esigenze dell'efficienza (cfr. L.R. PERFETTI, *Prefazione*, in D. Vesse, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pacini, Pisa, 2016, p. 5, il quale denuncia la resa dell'autorità dello Stato in favore del potere delle forze economiche del mercato).

attente rispetto a concetti giuridici consolidati, quali, per citarne solo alcuni, il tema del controllo della capacità di intendere e volere dei soggetti partecipanti a transazioni su dette piattaforme, quello del trattamento dei *big data* personali riversati dagli stessi partecipanti spesso inconsapevolmente, quello delle garanzie patrimoniali necessarie per sostenere un efficace sistema di *accountability* dei gestori delle piattaforme e, più in generale, la necessità di “*far incontrare*” gli attori dell’economia delle piattaforme con il regolatore, anche attraverso meccanismi di *soft law* che prevedano meri obblighi di registrazione.

Ed allora, se da un lato deve condividersi l’entusiasmo con cui la Commissione europea si mette alla prova nella individuazione dei riferimenti normativi da applicare alle piattaforme della collaborazione, dall’altro, ci si deve interrogare sulla opportunità di produrre nuova regolamentazione per un fenomeno che, in fondo, di nuovo probabilmente ha solo, giustappunto, l’avanzamento tecnologico¹⁰ e, in caso di risposta affermativa, quali e quanti strumenti di regolazione utilizzare per raggiungere gli obiettivi di volta in volta prefissati.

2. Gli obiettivi dell’agenda europea in tema di economia collaborativa

La comunicazione si inserisce in un più ampio progetto di riforma, volto, per quanto accennato, ad un’armonizzazione a livello europeo delle normative in tema di *collaborative economy* e, più in particolare, nel quadro della strategia sul mercato unico, adottata nell’ottobre 2015¹¹, e della strategia sul mercato digitale, del maggio precedente.

Con detta iniziativa, cui si accompagna un’analisi di supporto¹², la Commissione riconosce all’economia collaborativa un ruolo di impulso della crescita dell’Unione Europea, quale motore di nuove opportunità di impiego di risorse economiche ed umane, con possibilità di lavoro più flessibili ed un uso di beni e servizi più efficiente nell’ottica della creazione ovvero rafforzamento di un’economia definita *circolare*. Il giudizio della Commissione è, dunque, tutto orientato verso la valorizzazione degli aspetti *innovativi* del fenomeno, non essendovi accenno alcuno a problemi quali le esternalità negative che lo stesso potrebbe produrre, nonché il rischio costante di elusione della normativa (non

¹⁰ A favore di un intervento regolatorio *ad hoc* in materia di economia collaborativa, cfr. S. R. MILLER, *First principles for regulating the sharing economy*, in *Harv. J. on Leg.*, 2016, p. 151 ss., sulla base della circostanza che «*sharing economy businesses do typically maintain certain characteristics. Most commonly, these businesses use an Internet-based application, often called a web platform, which permits individuals to share or sell things where previously the transaction costs would have prohibited such commerce. That change in how the transactions occur tends to focus conversation on the Internet format of the transaction; however, a regulatory response to the sharing economy requires recognition that the types of transactions occurring differ substantially in how they affect the real world and thus require a differentiated regulatory response*». Proprio il fatto che l’elemento differenziale rispetto all’economia tradizionale sia l’utilizzo di *internet-based application* dimostra che trattasi di fenomeno connesso sostanzialmente allo sviluppo tecnologico.

¹¹ Sul mercato unico digitale, si rimanda al sito del Consiglio europeo, al seguente link: <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/digital-single-market-strategy> ed alla comunicazione della Commissione europea COM(2015)192, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*.

¹² Cfr. SWD(2016) 184, *European agenda for the collaborative economy – supportin analysis*, disponibile sul sito della Commissione europea, <http://ec.europa.eu>.

solo nazionale) posta a presidio di interessi generali e la tendenza di detto fenomeno – soprattutto nella sua versione *peer-to-peer* – di spostare il “rischio di impresa” dal gestore della piattaforma agli utenti “pari”.

Invero, l'attenzione del legislatore europeo verso detta tipologia di impresa pare esser stato stimolato dagli importanti redditi che l'economia delle piattaforme digitali si stima abbia generato negli ultimi anni ¹³.

In un contesto di continua e consistente crescita di un fenomeno economico (ovvero tecnologico) non specificatamente regolato, la comunicazione della Commissione europea si pone, dunque, l'obiettivo di fornire un orientamento *politico* alle autorità pubbliche nazionali, agli operatori del mercato di riferimento ed agli stessi cittadini interessati, al fine di sorreggere uno sviluppo equilibrato, sostenibile e responsabile della *collaborative economy*.

Inoltre, con l'iniziativa in questione, la Commissione ha inteso fornire un quadro giuridico di riferimento comune europeo in risposta alle iniziative dei legislatori nazionali degli ultimi mesi ¹⁴. La economia collaborativa, nell'ottica della Commissione, è tema che deve essere affrontato avendo quale punto di riferimento un quadro comune tra gli Stati membri al fine di non ostacolare l'innovazione, la creazione di posti di lavoro e la crescita.

Proprio a tal fine, nella predetta comunicazione è dato leggere che si debba *«incoraggiare un contesto normativo che permetta ai nuovi modelli imprenditoriali di svilupparsi proteggendo i consumatori e garantendo condizioni eque sia in materia fiscale che di occupazione»*.

Le poche criticità rilevate dalla Commissione europea attengono alla circostanza che il fenomeno della *collaborative economy* renda meno nette le distinzioni tra categorie tipiche del diritto contrattuale, come quelle di consumatore e prestatore di servizi, lavoratore subordinato ed autonomo, o di prestazione di servizi a titolo professionale e non professionale ¹⁵. Tanto potrebbe condurre, da un lato, ad una incertezza sulle norme applicabili e, dall'altro, al rischio di sfruttamento di “zone grigie” normative, per aggirare le norme volte alla tutela dell'interesse pubblico. Insomma, il problema sarebbe unicamente di individuare delle categorie giuridiche “certe” per sussumerle nella cornice regolamentare adeguata.

La comunicazione, di poi, dopo aver individuato una nozione di economia collaborativa, si interroga sulla legittimità di normative che prevedano requisiti di accesso al mercato, sul regime di responsabilità applicabile ai gestori delle piattaforme della collaborazione, sui meccanismi di tutela degli utenti finali, sulla distinzione tra lavoratori autonomi e subordinati nell'ambito di detto settore e sul regime fiscale da applicare a dette attività.

¹³ In particolare, uno studio di PwC ha restituito un reddito lordo originato da piattaforme della collaborazione nell'Unione Europea di circa 28 miliardi di euro nel 2015, con stime di crescita per i prossimi anni. Cfr. PWC UK, *The sharing economy*, in *Consumer Intelligence Series*, disponibile sul sito www.pwc.com.

¹⁴ Si veda, in Italia, la recente proposta di Legge presentata alla Camera dei Deputati, consultabile sul sito istituzionale www.camera.it.

¹⁵ Sul punto, vi è chi sostiene che l'economia collaborativa sia fenomeno esemplificativo della crisi degli istituti giuridici cc.dd. statici, meno flessibili all'innovazione (anche “concettuale”), come quello del diritto di proprietà, quale diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, insidiato dall'affermarsi di concetti come quello di *utilità diffusa* del bene, dell'economia orizzontale e dematerializzata della condivisione o «*à la demande*», della (talvolta fittizia) disintermediazione, della semplificazione di processi preesistenti, del consumo collaborativo e delle *disruptive technologies*. Cfr., in tal senso, N. RAMPAZZO, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, II, fasc. 6, 2015, p. 957 ss.

3. Economia collaborativa e requisiti di accesso al mercato: il prestatore di servizi professionali, il *peer-to-peer* e la piattaforma di collaborazione

La Commissione, nel descrivere le caratteristiche tipiche dell'economia collaborativa, evidenzia come le imprese che operano in detto settore creino dei veri e propri nuovi mercati, ove non si inseriscano in mercati serviti da prestatori di servizi tradizionali. In questo contesto, questione fondamentale per il regolatore europeo e gli operatori di mercato è comprendere se e, in caso di risposta affermativa, in quale misura, le piattaforme di collaborazione ed i prestatori di servizi dell'economia collaborativa possano essere soggetti a requisiti di accesso al mercato¹⁶ nell'ottica della tutela dell'interesse generale. Il motivo di detto interrogativo, esplicitato nell'analisi di supporto, consiste nella necessità di armonizzare legislazioni nazionali ed orientamenti giurisprudenziali non sempre coerenti tra gli Stati membri, anche al fine di evitare fenomeni di arbitraggio regolatorio.

A tal scopo, il regolatore europeo individua i principi di massima da applicarsi in materia distinguendo tra i prestatori di servizi a titolo professionale, i prestatori di servizi "tra pari" e le piattaforme di collaborazione.

Con riferimento ai prestatori di servizi a titolo professionale, il parametro legislativo di riferimento viene individuato nella c.d. Direttiva Servizi (direttiva 2006/123/CE, c.d. Direttiva *Bolkestein*)¹⁷, che – in tema di requisiti di accesso – prevede che gli Stati membri possano prevedere un regime di autorizzazione soltanto a determinate condizioni, nonché negli artt. 49 e 56 del TFUE, rispettivamente in tema di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi.

In particolare, l'eventuale regime di autorizzazione deve essere non discriminatorio nei confronti del prestatore di servizi¹⁸, giustificato da un motivo imperativo di interesse generale¹⁹ e proporzionale rispetto all'obiettivo persegui-

¹⁶ Requisiti di accesso che possono consistere in autorizzazioni, licenze, rispetto di requisiti organizzativi (quali un capitale minimo, ovvero l'obbligo di avere una copertura assicurativa, ecc.).

¹⁷ Giova evidenziare che detta normativa non si applichi alla disciplina dei trasporti, sicché è discutibile che la stessa possa applicarsi a servizi che offrano detta tipologia di servizio, magari in concorrenza con il servizio taxi.

¹⁸ Il principio di non discriminazione si applica in via generale ed è funzionale alla realizzazione proprio del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi. L'art. 14 della direttiva *Bolkestein*, sul punto, prevede, quali *requisiti vietati*, i requisiti discrezionali fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per le società, sull'ubicazione della sede legale; il divieto di avere stabilimenti in più di uno Stato membro o di essere iscritti nei registri o ruoli di organismi, ordini o associazioni professionali di diversi Stati membri; il coinvolgimento diretto o indiretto di operatori concorrenti, anche in seno agli organi consultivi, nel procedimento di conseguimento di un'autorizzazione a entrare nel mercato. Sul punto, F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 26; V. HATZOPOULOS, *Regulating services in the European Union*, OUP, Oxford, 2012, p. 146; N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 3-4, 2013, p. 603 ss. In giurisprudenza, si veda Corte di Giustizia UE, 23 febbraio 2016, n. 179, *Commissione Europea c. Ungheria*, in *Foro Amm.*, 2, 2016, p. 256 ss.

¹⁹ I "motivi imperativi di interesse generale" richiamati sono quelli previsti dall'art. 4 della direttiva *Bolkestein* e, segnatamente, «*motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la pro-*

to²⁰. Ulteriormente, le condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione devono essere chiare, proporzionate ed obiettive e l'autorizzazione stessa dovrebbe avere, in linea di principio, durata illimitata²¹. I principi cui deve uniformarsi il procedimento amministrativo volto all'ottenimento del provvedimento autorizzativo sono quelli fissati dall'art. 13, direttiva *Bolkestein*, tra cui i principi di rapidità e di silenzio assenso²².

Al fine di valutare la giustificazione e la proporzionalità della normativa in

prietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale». Sul punto, si veda, Corte di Giustizia, II sezione, 24 marzo 2011, causa C-400/08, *Commissione europea/Regno di Spagna sostenuto da Regno di Danimarca*, secondo cui «costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE una normativa nazionale che imponga limiti attinenti all'ubicazione e alla dimensione degli esercizi commerciali e che subordini lo stabilimento di un'impresa in un altro Stato membro al rilascio di un'autorizzazione preventiva. Restrizioni alla libertà di stabilimento possono tuttavia essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che siano atte a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso. Fra tali motivi imperativi figurano, tra gli altri, la protezione dell'ambiente, la razionale gestione del territorio, nonché la tutela dei consumatori. Per contro, finalità di natura puramente economica non possono costituire un motivo imperativo di interesse generale». In dottrina, diffusamente, N. LONGOBARDI, *op. cit.*, p. 603 ss.

²⁰ Ossia, requisiti che non impongano più obblighi di quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo perseguito. I divieti assoluti e le restrizioni quantitative all'esercizio dell'attività costituiscono, dunque, misure di ultima istanza, da applicarsi solo se non sia possibile conseguire un legittimo obiettivo di interesse generale con una disposizione meno restrittiva. Il test di proporzionalità impone che lo Stato membro dimostri che la misura sia idonea a raggiungere l'obiettivo perseguito senza eccedere quanto strettamente necessario per il suo raggiungimento, nonché che detta misura sia effettivamente necessaria al raggiungimento del predetto obiettivo in modo coerente e sistematico, non esistendo altri mezzi meno vincolanti a tal fine. Sul punto, in giurisprudenza, si veda, Corte di Giustizia, 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punto 35; Corte di Giustizia, 08 settembre 2009, causa C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Bwin International Ltd.*, punti 57 e ss. In dottrina, sul test di proporzionalità quale strumento basato non soltanto sui parametri di adeguatezza e necessità della misura rispetto al motivo imperativo di interesse generale che si vuole tutelare, bensì anche sulla valutazione di coerenza e sistematicità nel perseguimento dell'obiettivo, si veda G. MATHISEN, *Consistency and coherence as conditions for justification of Member State measures restricting free movement*, in *Common Market Law Review*, 47, 2010, p. 1021. Per un approfondimento sul punto, di recente, si veda G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della Legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 1-2, 2016, p. 107 ss. e nota 55; N. LONGOBARDI, *op. cit.*, p. 603 ss.

²¹ In particolare, sul punto, viene in rilievo il disposto di cui all'art. 11 della direttiva *Bolkestein* il quale, dopo aver fissato il principio generale della durata illimitata delle autorizzazioni, prevede quali eccezioni le seguenti ipotesi: «a) l'autorizzazione prevede il rinnovo automatico o è esclusivamente soggetta al costante rispetto dei requisiti; b) il numero di autorizzazioni disponibili è limitato da un motivo imperativo di interesse generale; o c) una durata limitata è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale».

²² Con riferimento al meccanismo di definizione del procedimento amministrativo con il silenzio assenso, interessante è il recente parere del Consiglio di Stato che qualifica detto esito procedimentale come una sanzione e rimedio rispetto all'inerzia della Pubblica Amministrazione. In particolare, in detto parere, il massimo organo della Giustizia Amministrativa evidenzia come «il meccanismo del silenzio-assenso stigmatizza l'inerzia dell'amministrazione coinvolta, ancorché non fisiologica, tanto da ricollegarvi la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei rimedi: la definitiva perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento» (cfr. Consiglio di Stato, comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640). Sul tema, più in generale, P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva «servizi» (2006/123/CE)*, Jovene, Napoli, 2008, *passim*; M. A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *Monografias de la Revista Aragonesa de Administración pública*, XII, 2010, disponibile anche sul sito www.aragon.es, *passim*, ai quali si rimanda anche per i riferimenti dottrinari specifici (cfr., in particolare, pp. 53-54, nota 5).

tema di servizi, la Commissione invita il regolatore nazionale a tener conto della specificità dei modelli imprenditoriali della economia collaborativa, come i sistemi di reputazione e valutazione ovvero gli altri meccanismi volti a scoraggiare comportamenti dannosi da parte degli operatori di mercato e capaci anche di ridurre i rischi per i consumatori derivanti da asimmetrie informative. Proprio con specifico riferimento a detto profilo, viene correttamente posto in rilievo il rischio che il meccanismo di *feedback* del consumatore si basi su recensioni ovvero valutazioni non verificabili²³.

Con riferimento, di poi, al tema della fornitura di servizi tra pari (*peer-to-peer*), ossia tra soggetti privati che offrono un servizio in maniera occasionale, la Commissione europea si limita a porsi il problema della individuazione della linea di confine tra servizio prestato *peer-to-peer* e servizio prestato in maniera professionale, evidenziando, anche in tal caso, la disomogeneità delle scelte nazionali²⁴.

Da ultimo, rispetto al generale tema dei requisiti di accesso al mercato, vengono fissati dei principi applicabili alle piattaforme di collaborazione definite dal regolatore europeo come piattaforme che forniscono un servizio della società dell'informazione ai sensi dell'art. 2, lett. a), direttiva 2000/31/CE (direttiva sul commercio elettronico) e dell'art. 1, par. 1, lett. b), direttiva 2015/1535, poiché offrono «*un servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi*». Precipitato di detta definizione è che le citate piattaforme, ai sensi dell'art. 4 della direttiva sul commercio elettronico, non possano essere soggette ad autorizzazione preventiva ovvero ad altri requisiti ad effetto equivalente che riguardino specificatamente ed esclusivamente tali servizi²⁵, essendo detto principio un postulato del principio di libera circolazione dei servizi della società dell'informazione.

Ovviamente, nella comunicazione viene esplicitato che, laddove le piattaforme della collaborazione prestino direttamente servizi che non rientrano

²³ Certo è che il meccanismo basato sul *feedback* dell'utente deve il proprio successo proprio all'anonimato che generalmente lo caratterizza, poiché giusto detta caratteristica conferisce l'idea al soggetto che rilascia la recensione ovvero la valutazione di essere esente da responsabilità. Sul tema, O. ABRAMOVA-T. SHAVANOVA-A. FUHRER-H. KRASNOVA-P. BUXMANN, *Understanding the Sharing Economy: the Role of Response to Negative Reviews in the Peer-to-peer Accommodation Sharing Network*, ECIS 2015 Completed Research Papers, Paper 1, *passim*.

²⁴ In particolare, la Commissione europea evidenzia che «alcuni Stati membri definiscono come servizi professionali i servizi forniti dietro retribuzione, mentre i servizi tra pari si basano sul semplice rimborso dei costi sostenuti dal prestatore di servizi. Altri Stati membri operano questa distinzione utilizzando delle soglie. Tali soglie sono spesso determinate su base settoriale, tenendo conto del livello di reddito generato o della regolarità con cui si fornisce il servizio. Al di sotto di tali soglie, i prestatori di servizi sono di solito soggetti a requisiti meno restrittivi. Le soglie, stabilite in modo ragionevole, possono rappresentare un criterio utile e possono contribuire a creare un quadro normativo chiaro a beneficio dei prestatori di servizi non professionali» (cfr. p. 5 della comunicazione).

²⁵ Il principio dell'assenza dell'autorizzazione preventiva è stato recepito in Italia con l'art. 6, d.lgs. n. 70/2003, il quale riproduce alla lettera il disposto dell'art. 4 della direttiva sul commercio elettronico. Trattasi di un principio rivoluzionario nella storia delle attività economiche e del commercio in particolare, in quanto spezza «*un secolare patto fra amministrazione ed esercenti una professione o un commercio: la prima li regolamentava per far pesare la propria presenza, i secondi accettavano l'interferenza perché era un modo per disciplinare gli accessi al settore e dunque ottenere variegate forme di protezionismo*» (cfr. C. ROSSELLO, *La nuova disciplina del commercio elettronico. Principi generali e ambito di applicazione*, in *Dir. comm. internaz.*, fasc. 1, 2004, p. 43 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D. Lgs. 70/03*, in *Dir. informatica*, fasc. 3, 2003, p. 50 ss.).

nell'ambito della società dell'informazione, con peculiare riferimento alla prestazione dei servizi sottostanti, saranno soggette alla normativa settoriale applicabile, compresa l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di impresa e gli obblighi di licenza secondo i principi già sopra menzionati, obblighi connessi alla necessaria patrimonializzazione dell'ente ovvero di predisposizione di meccanismi di assicurazione, e così via.

In particolare, gli elementi sulla base dei quali dovrà valutarsi se una piattaforma di collaborazione presti direttamente un determinato servizio consteranno nella verifica della sua capacità di imporre prezzo e condizioni essenziali, quali termini e condizioni, al prestatore del servizio nei confronti dell'utenza, nonché l'eventuale proprietà dei beni essenziali usati per fornire il servizio sottostante. Laddove siano soddisfatte tutte e tre le condizioni sopra menzionate, la piattaforma di collaborazione eserciterà un'influenza dominante ovvero un controllo significativo sul prestatore del servizio, tanto da potersi considerare anch'essa prestatore di servizio sottostante²⁶.

4. Il regime di *accountability* dei gestori delle piattaforme di collaborazione

Un tema *caldo* è sicuramente quello del regime di responsabilità cui assoggettare le piattaforme di collaborazione, anche in ragione della vivacità della giurisprudenza in materia di responsabilità del prestatore di servizi della società dell'informazione²⁷. La circostanza che la Commissione europea se ne oc-

²⁶ La comunicazione precisa che, di volta in volta, possano venire in rilievo altri criteri quali, a titolo esemplificativo, la circostanza che la piattaforma di collaborazione sostenga le spese e si assuma i rischi connessi alla prestazione del servizio sottostante ovvero l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la piattaforma ed il prestatore del servizio sottostante. Di contro, è scarsamente rilevante l'eventuale fornitura di servizi accessori rispetto alla prestazione sottostante, quali la fornitura di sistemi di pagamento, di una copertura assicurativa, della predisposizione di meccanismi di assistenza *post vendita* ovvero di valutazione e recensione del servizio.

²⁷ In ambito nazionale, si veda Tribunale Roma, sez. IX, 15 luglio 2016, n. 6515/2011 R.G.C.A., *Reti Televisive Italiane S.p.A. c. Megavideo LTD*, secondo cui «anche in riferimento al semplice prestatore di un servizio dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (e non quindi dell'hosting "attivo" della fattispecie in esame), va esclusa l'esenzione da responsabilità prevista dall'art. 14 della direttiva 2000/31 quando il prestatore "dopo aver preso conoscenza, mediante un'informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo, della natura illecita di tali dati o di attività di detti destinatari abbia ommesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi" sancendo quindi che la conoscenza, comunque acquisita (e non solo se conosciuta tramite le autorità competenti o a seguito di esplicita diffida), della illiceità dei dati fa sorgere la responsabilità civile e risarcitoria dell'ISP»; Tribunale di Roma, sez. Spec. Impresa, 5 maggio 2016, R.G. n. 24707/2012, *Reti Televisive Italiane s.p.a. c. Pulsevision s.a., Kevego s.a.s.*, secondo cui «ai fini dell'affermazione della responsabilità del provider, occorre dimostrare che questi fosse a conoscenza o potesse essere a conoscenza dell'illiceità commessa dall'utente mediante l'immissione sul sito/server del materiale in violazione dei diritti di sfruttamento economico detenuti da terzi; nel valutare la condotta esigibile dal provider, inoltre, si deve tener conto dell'impossibilità per quest'ultimo di procedere ad una verifica preventiva del materiale immesso quotidianamente dagli utenti, avuto riguardo alla complessità tecnica che un controllo del genere richiederebbe e al divieto, previsto dall'art. 15 della direttiva 2000/31/CE, di un obbligo generale di sorveglianza a suo carico sulle informazioni che trasmettono o memorizzano e di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite». In ambito europeo, si veda Corte di Giustizia, sez. III, 16 febbraio 2012, n. 360, *S. c. Netlog NV*, in *Dir. Comm. Int.*, 4, 2012, p. 1075.

cupi specificatamente, per quanto in maniera generale, dimostra la necessità di specificare l'affermazione, resa qualche anno addietro dallo stesso regolatore, secondo cui «*ciò che è illegale fuori dalla rete è illegale anche sulla rete*»²⁸ verificando i modi attraverso cui l'illegalità si manifesta e si combatte “nella rete” delle piattaforme della collaborazione.

Il tema della responsabilità civile nell'ambito dei rapporti che si instaurano nell'economia collaborativa è variegato sia sotto il profilo dei soggetti interessati della fattispecie di responsabilità sia sotto il profilo dell'oggetto della tutela, dal diritto contrattuale a quello delle obbligazioni, dal diritto d'autore al diritto industriale, sino alla tutela della riservatezza informatica²⁹.

Sul punto, la comunicazione, dopo aver sancito il principio generale di applicazione delle *pertinenti* norme in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale previste dal diritto nazionale degli Stati membri, precisa che le piattaforme *online*, in qualità di fornitori intermediari di servizi della società dell'informazione, nell'ambito dell'attività di *hosting*³⁰, sono esonerate dalla responsabilità per le informazioni memorizzate purché siano soddisfatte le condizioni di cui all'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico³¹, non vigendo un generale obbligo di sorveglianza ovvero ricerca attiva di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite relativamente alla trasmissione ovvero alla memorizzazione di informazioni messe a disposizione da terzi³².

In particolare, affinché possano giovare della deroga prevista dal predetto art. 14 della direttiva sul commercio elettronico, è necessario che le piattaforme di collaborazione non svolgano un ruolo attivo tale da conferire loro la conoscenza, il controllo ovvero la consapevolezza delle informazioni eventualmente illecite e, nel caso in cui vengano a conoscenza di detta illiceità, non provvedano a cancellare ovvero disabilitare l'accesso alle stesse immediatamente³³. Ed infatti, il sistema delineato dalla normativa in tema di commercio

²⁸ Cfr. Comunicazione Commissione europea COM(1996)487 del 16 ottobre 1996 sul tema «*Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet*».

²⁹ In tal senso, più genericamente con riferimento alla responsabilità “su Internet”, cfr. E. TOSI, *Responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider*, in *Dig. priv.*, 2016, p. 689.

³⁰ Nel contesto dell'economia collaborativa, l'attività di *hosting* può assumere un significato peculiare, potendo essere intesa in generale come un'attività riguardante la memorizzazione dei dati dei clienti e la messa a disposizione di uno spazio in cui gli utenti incontrano i prestatori dei servizi sottostanti. Le deroghe di cui agli artt. 12 e 13 della direttiva sul commercio elettronico, solitamente, non si applicano a questo proposito, poiché le piattaforme di collaborazione normalmente non forniscono servizi di semplice trasporto (“*mere conduit*”) o di memorizzazione temporanea (“*caching*”) ai sensi di tali disposizioni. Cfr., sul punto, E. TOSI, *op. ult. cit.*, pp. 692-693; M. COCUCCHIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, in *Resp. Civ. Prev.*, 4, 2015, p. 1312 ss.

³¹ In Italia, detta direttiva è stata recepita con d.lgs. n. 70/2003.

³² Cfr. E. TOSI, *op. ult. cit.*, pp. 692-693; M. COCUCCHIO, *op. ult. cit.*, p. 1312 ss.; C. DI CIOCCO, G. SARTOR, *Temi di diritto dell'informatica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 93; A. DI MAJO, *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, in *Corr. Giur.*, 4, 2012, pp. 553 ss.; G. FACCI, *La responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1, 2002, p. 265 ss.

³³ Sul punto, si veda il considerando 42 della direttiva *Bolkestein*, nonché la sentenza della Corte di Giustizia, 23 marzo 2010, cause riunite C-236/08 e C-238/08, *Google France c. Louis Vuitton*. Sul tema, E. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 705, il quale fornisce indicazioni sull'elaborazione giurisprudenziale in tema di ISP attivo, la cui definizione si è resa necessaria per analizzare soggetti quali motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti caricati da terzi (come YouTube). Al fine di verificare se detti soggetti possano essere considerati ISP attivi e quindi non destinatari dell'esonero di responsabilità contenuto nella direttiva sul commercio elettronico, occorrerà verificare se, in concreto, questi selezionino, organizzino ed indicizzino i contenuti,

elettronico deve considerarsi eccezionale rispetto al generale sistema di responsabilità civile d'impresa, di guisa che le deroghe in essa contenute devono considerarsi tassative e soggette ad interpretazione restrittiva³⁴.

La predetta deroga si ritiene non possa applicarsi alle attività collegate o ausiliarie, quali sistemi di valutazione e recensione, sistemi di pagamento, servizi assicurativi, verifica dell'identità, nonché all'ipotesi in cui la piattaforma di collaborazione possa svolgere direttamente (ovvero con influenza dominante) il servizio sottostante offerto ai clienti finali.

La suddetta deroga, inoltre, non esclude la responsabilità della piattaforma di collaborazione ai sensi della legislazione applicabile in materia di protezione dei dati personali, per quanto riguarda le attività proprie della piattaforma³⁵. Al contrario, il semplice fatto che una piattaforma svolga anche altre attività – oltre a fornire servizi di *hosting* – non importa necessariamente che tale piattaforma non possa più fare affidamento sulla deroga alla responsabilità di cui alla direttiva sul commercio elettronico.

Di per certo, il regime di responsabilità previsto dalla normativa europea analizzata appare insufficiente a garantire tutela alle variegate forme di responsabilità che possono manifestarsi nei rapporti contrattuali intessuti nell'ambito della economia collaborativa.

provvedano al loro filtraggio e provvedano allo sfruttamento degli stessi a fini pubblicitari. La sussistenza di detti elementi importerebbe la qualifica soggettiva *atipica* di *hosting attivo* ovvero ISP attivo al quale non sarebbe applicabile il regime di responsabilità del *safe harbour*.

Sul tema, in giurisprudenza, si veda Tribunale di Catania, 29 giugno 2004, in *Foro It.*, 2005, I, col. 1259; Tribunale di Milano, 02 marzo 2009, *RTI c. RCS Quotidiani S.p.A.*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3, 2009, p. 521; Tribunale di Roma, 15 dicembre 2009, *RTI c. YouTube*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2009, p. 521 ss.; Tribunale di Roma, 11 febbraio 2010, reclamo *RTI c. YouTube*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2010, p. 275 ss.; Tribunale di Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, *Vividown c. Google*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 328 ss. Per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinari in tema di ISP attivo, si rinvia ai contributi di E. Tosi, *op. ult. cit.*, *passim* e di M. Cocuccio, *op. ult. cit.*, p. 1312 ss., in particolare paragrafo 5. Più di recente, in giurisprudenza, si vedano i precedenti già sopra citati e, segnatamente, Tribunale Roma, sez. IX, 15 luglio 2016, n. 6515/2011 R.G.C.A., *Reti Televisive Italiane S.p.A. c. Megavideo LTD* e Tribunale di Roma, Sez. Spec. Impresa, 05 maggio 2016, R.G. n. 24707/2012.

³⁴ Cfr., in tal senso, altresì, E. Tosi, *op. ult. cit.*, p. 692.

³⁵ Sul punto, di particolare interesse è il regolamento (UE) n. 679/2016 in materia di protezione dei dati personali il quale, con riferimento ai servizi forniti dalla società dell'informazione evidenzia che lo stesso non pregiudica l'applicazione del codice del commercio elettronico (considerando 21). Nondimeno, il recente regolamento prevede, in ordine alle modalità di espressione del consenso al trattamento dei dati che questo debba avvenire attraverso un atto positivo inequivocabile e che tanto potrebbe comprendere «la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tal contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto» (considerando 32). A tal fine non sono sufficienti, ad esempio, le caselle "preselezionate".

Sempre sotto il profilo della responsabilità, ai gestori delle piattaforme si applicherà la previsione in tema di diritto all'oblio di cui all'art. 17, par. 1, lett. f) del regolamento. Ulteriormente, il regolamento in esame prevede il diritto di opposizione del titolare del trattamento dati anche nel contesto dell'utilizzo di servizi della società dell'informazione con mezzi automatizzati che utilizzano specifiche tecniche (art. 21).

In generale, è previsto che la Commissione europea valuti, se del caso, di presentare opportune proposte di modifica del regolamento in materia di privacy tenuto conto, in particolare «degli sviluppi delle tecnologie dell'informazione e dei progressi della società dell'informazione» (art. 97).

Sul tema, di recente, si veda A. SPINA, *Alla ricerca di un modello di regolazione per l'economia dei dati. Commento al Regolamento (UE) 2016/679*, in questa *Rivista*, 1, 2016.

Ed anzi, debbono in questa sede condividersi le perplessità³⁶ legate alla efficacia e coerenza della normativa europea in tema di responsabilità degli ISP (*Internet Service Provider*). Anche e nonostante la giurisprudenza nell'istante formatasi in materia³⁷, residuano dubbi in ordine alla conoscenza effettiva del contenuto illecito da parte dell'ISP passivo, efficaci meccanismi di rimozione selettiva dei contenuti digitali illeciti³⁸, la previsione di un esonero di responsabilità in capo all'ISP passivo in caso di ordine di rimozione di contenuti poi rivelatosi infondato, l'aggiornamento della classificazione degli ISP passivi e la definizione di criteri normativi specifici dei soggetti ascrivibili nella categoria degli ISP attivi.

5. La tutela degli utenti

Si è già accennato alla circostanza che l'economia collaborativa metta in crisi le tradizionali definizioni di "professionista" e "consumatore" con la conseguente opacità dei sottostanti rapporti di forza, risultando, per l'effetto, complesso individuare il soggetto "debole" che possa esser destinatario di una disciplina di favore.

In generale, la disciplina consumeristica si applicherà nelle transazioni tra utente consumatore e piattaforma collaborativa ovvero prestatore del servizio sottostante, mentre non sarà applicabile nelle transazioni tra consumatori "pari" (*peer-to-peer transactions*).

In detto contesto, il problema che si pone è quello della individuazione delle condizioni necessarie affinché in una prestazione di servizi astrattamente tra "pari", il prestatore del servizio sottostante si qualifichi come professionista. A tal fine, la Commissione europea individua tre criteri di riferimento e, segnatamente, la frequenza con cui un utente presta i servizi, la eventuale finalità di lucro ed il fatturato eventualmente generato dalla specifica prestazione³⁹.

In generale, la comunicazione presta particolare attenzione agli eventuali obblighi informativi che possano ricadere in capo alla piattaforma di collaborazione a seconda del rapporto che dovesse instaurarsi con gli utenti.

In particolare, dette piattaforme potrebbero esser tenute a rispettare gli obblighi di informazione per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ai sensi dell'art. 6, direttiva n. 2011/83/UE⁴⁰ e, a titolo

³⁶ Cfr., in tal senso, altresì, E. Tosi, *op. ult. cit.*, p. 708.

³⁷ Cfr. *supra*, nota 32.

³⁸ Magari sulla falsa riga della procedura *notice and take down* così come prevista nel *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*.

³⁹ Emblematico è, a tal fine, l'esempio proposto nella comunicazione, lì dove si esplicita che «una persona che offre regolarmente servizi di giardinaggio (tramite l'uso di piattaforme di collaborazione) e ne ricava una retribuzione consistente potrebbe rientrare nella nozione di professionista, ma una babysitter professionista che offre occasionalmente servizi di giardinaggio (tramite l'uso di piattaforme di collaborazione) in linea di principio non si qualificherebbe come professionista in relazione a tali occasionali servizi di giardinaggio».

⁴⁰ Direttiva recentemente recepita in Italia con d.lgs. n. 21/2014. Sugli obblighi informativi in materia, si veda, F. DE LEO, *La nuova disciplina dei contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali tra uniformità, innovazione e perdurante silenzio del legislatore*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 4, 2014, p. 1397 ss., il quale lamenta l'omessa indicazione, da parte del legislatore italiano, dei rimedi esperibili in caso di violazione degli obblighi informativi, anche e nonostante l'art. 24 della direttiva 2011/83/UE prevedesse che fosse compito degli Stati membri quello di

esemplificativo, informazioni sulle caratteristiche principali dei beni o dei servizi prestati, l'identità del professionista ed il suo indirizzo di stabilimento, contatti quali telefono, fax ed indirizzo elettronico ed il prezzo del servizio con le modalità di pagamento. Nel caso in cui il servizio non sia reso nei confronti di un consumatore, in ogni caso, la piattaforma di collaborazione sarà tenuta a prestare le informazioni previste in materia di servizi ai sensi dell'art. 22, direttiva n. 123/2006. In ogni caso, quale soggetto che presta servizi della società dell'informazione, la piattaforma è tenuta a fornire le informazioni previste dall'art. 5, direttiva n. 31/2000.

Ovviamente, le piattaforme di collaborazione devono uniformarsi all'attuale quadro giuridico applicabile in materia di protezione dei dati personali, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento n. 2016/679/UE, al pari di tutti gli altri responsabili della raccolta e trattamento dati all'interno dell'UE e tanto soprattutto al fine di accrescere la fiducia del mercato dell'economia collaborativa.

Proprio la capacità affidante generata da determinati meccanismi tipici dell'economia collaborativa, quali le recensioni ed i *feedback*, sono valorizzati dalla Commissione al fine di supplire alla tutela dei singoli partecipanti al mercato, soprattutto in ipotesi in cui le discipline di settore, come quella consumeristica, non trovino applicazione.

Certo è che, al fine di sfruttare al meglio la capacità *disciplinante* del meccanismo di recensione, sarebbe stato opportuno che la Commissione sollecitasse l'adozione di interventi regolamentari volti a garantire la correttezza di detti meccanismi, soprattutto sul fronte della verificabilità dell'identità del soggetto recensore e dei meccanismi di responsabilità che il sistema di *feedback* produce.

6. La distinzione tra lavoratori autonomi e subordinati nell'economia collaborativa

L'economia collaborativa, sostiene la Commissione, è in grado di sviluppare nuove opportunità lavorative, tendenzialmente caratterizzate da ampia flessibilità. Proprio detta caratteristica potrebbe provocare incertezza in ordine alla normativa applicabile ed al grado di protezione da individuare alla tipologia di prestazione lavorativa di volta in volta in esame.

Ed in effetti, la comunicazione evidenzia come, nell'ambito della economia collaborativa, le prestazioni di lavoro si basino prevalentemente su attività occasionali, negoziate *ad hoc*, piuttosto che su rapporti lavorativi stabili e continuativi. Per effetto di tanto, si ritiene sia sempre meno chiaro il confine tra lavoratori autonomi e subordinati⁴¹.

determinare le sanzioni «da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali adottate conformemente alla presente direttiva». In tal caso, il rimedio che parrebbe più adeguato, avendo riguardo alla disciplina generale, sarebbe quello dell'applicazione dell'art. 1337 c.c. e, per l'effetto, un rimedio sostanzialmente risarcitorio per violazione di legittimo affidamento secondo uno schema oggi riconosciuto quale contrattuale (cfr. Cassazione civile, 12 luglio 2016 n. 14188, *Italia Service s.r.l. c. Min. Difesa*, in *Guida al diritto*, 2016, 33, p. 24, su cui C. COTICELLI, *Prescrizione decennale per la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 32, 2016, p. 4).

⁴¹ Con specifico riferimento a detto profilo, la Commissione cita le statistiche Eurostat se-

A tal fine, la Commissione propone degli orientamenti facendo riferimento alla normativa ed alla giurisprudenza europea, pur non mancando di evidenziare come le disposizioni in materia prevedano soltanto degli *standard* minimi, non occupandosi, dunque, di tutti gli aspetti della legislazione sociale applicabili ai rapporti di lavoro.

In particolare, su detto specifico aspetto, il regolatore europeo ha già avuto modo di individuare, avendo riguardo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro nella circostanza che «una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione»⁴². Per l'effetto, elementi essenziali del rapporto di lavoro consisterebbero nella retribuzione, anche in termini di vantaggi in natura⁴³, nella subordinazione, da intendersi quale dipendenza dalle scelte del datore di lavoro in ordine a tipo di attività da prestare, retribuzione e, generalmente, condizioni di lavoro⁴⁴, ed, infine, nella circostanza che l'attività prestata abbia un valore economico reale ed effettivo, restando, dunque, escluse le attività talmente ridotte da potersi definire meramente marginali ed accessorie⁴⁵.

Nell'ambito dell'economia collaborativa, dunque, la valutazione in ordine alla esistenza di un rapporto di lavoro tra piattaforma e prestatore di servizio sottostante deve essere realizzata *case by case* esaminando, dunque, la presenza di una retribuzione, l'esistenza di un rapporto di subordinazione e la natura del lavoro, se cioè avente lavoro reale ed effettivo ovvero se avente contenuto meramente marginale ed accessorio.

Con riferimento al primo criterio, deve verificarsi se la piattaforma di collaborazione sia in grado di negoziare autonomamente il prezzo con l'utente finale per poi trasferire, secondo modalità predefinite, determinate risorse al pre-

condo cui vi sarebbe un aumento dei contratti a tempo parziale e determinato e secondo cui sarebbero in crescita le persone che hanno un secondo lavoro.

Leggendo la proposta di Legge n. 3564 avanzata alla Camera dei Deputati in Italia, addirittura, nella definizione di economia della condivisione, si esclude che possa sussistere un rapporto di lavoro subordinato tra gestori delle "piattaforme digitali" e gli utenti (sia gli "utenti operatori", quelli che la Commissione europea chiama "prestatori del servizio sottostante", che gli "utenti fruitori", quelli che la Commissione europea chiama più semplicemente utenti).

⁴² Cfr. COM(2010)373, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni in tema di «*Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi*», del 13/07/2010.

⁴³ Cfr. Corte di Giustizia, 5 ottobre 1998, causa n. C-196/1987, *Steymann/Staatssecretaris van Justitie*, lì dove la corte ha evidenziato che «*costituiscono attività economiche le attività svolte dai membri di una comunità fondata su una religione o su un'altra concezione spirituale o filosofica della vita nell'ambito delle attività commerciali esercitate da tale comunità, qualora le prestazioni fornite dalla comunità ai suoi membri possano essere considerate come l'indiretta contropartita di attività reali ed effettive*». Nello stesso senso, Corte di Giustizia, 7 settembre 2004, causa n. C-456/2002, *Michel Trojani/Centre public d'aide sociale de Bruxelles*. Si ritiene debba escludersi soltanto l'attività di volontariato senza alcuna forma di retribuzione.

⁴⁴ Cfr. Corte di Giustizia, 20 novembre 2001, causa C-268-1999, *Aldona Malgorzata Jany e altri/Staatssecretaris van Justitie*.

⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia, 23 marzo 1982, causa n. 53/1981, *D. M. Levin/Segretario di Stato per la giustizia*. Proprio su detto requisito, la Commissione europea prende atto degli orientamenti giurisprudenziali comunitari secondo cui «*la breve durata dell'impiego, gli orari di lavoro ridotti o la bassa produttività non possano impedire ad un cittadino dell'UE di essere considerato un lavoratore migrante nell'UE dovendosi, a tal fine, tener conto di tutte le circostanze legate alla natura delle attività in questione e alla tipologia del rapporto di lavoro*». Cfr. COM(2010)373, cit.; Corte di Giustizia, 6 novembre 2003, causa n. C-413/2001, *Franca Ninni-Orasche/Bundesminister für Wissenschaft, Verkehe und Kunst*.

statore del servizio oppure se questa si limiti a trattare il pagamento depositato dall'utente trasmettendolo al prestatore del servizio.

Nel primo caso, la struttura del rapporto fa sì che il prestatore del servizio venga, di fatto, remunerato per la propria attività direttamente dalla piattaforma; nel secondo caso, invece, la piattaforma funge da mero collante per il pagamento, ma non ha alcun potere di negoziazione del prezzo⁴⁶.

In ordine, poi, al requisito della subordinazione, occorrerà verificare la capacità della piattaforma di imporre, anche indirettamente, la tipologia e la modalità di svolgimento del servizio da prestare. A tal fine, importante sarà la verifica delle pattuizioni contrattuali del rapporto che lega la piattaforma al prestatore del servizio⁴⁷.

Da ultimo, con riferimento al criterio della natura del lavoro, il prestatore del servizio sottostante dovrà svolgere un'attività avente valore economico reale ed effettiva e, a tal fine, potrà farsi riferimento a delle soglie di fatturato ovvero di orario di lavoro⁴⁸.

7. Il trattamento fiscale delle attività dell'economia collaborativa

In tema di fiscalità, la comunicazione della Commissione europea fissa il principio generale di assoggettamento alla normativa tributaria degli operatori economici nell'ambito dell'economia collaborativa.

D'altro canto, posto che, per quanto s'è detto, la peculiarità di detta "economia" risieda negli strumenti utilizzati, tecnologicamente innovativi e capaci di ridurre i costi di intermediazione, nonché di intersecare domande ed offerte che un tempo viaggiavano *"su rette parallele"*, non v'è ragione per pervenire ad un meccanismo di detassazione ovvero di particolare favore.

L'adempimento degli obblighi fiscali, in tema di economia collaborativa, secondo la Commissione europea, trova ostacoli nella identificazione dei contribuenti e dei redditi imponibili, nella mancanza di informazioni sui prestatori di servizi, nella assenza di pianificazione fiscale aggressiva, nelle differenze delle pratiche fiscali in tutta l'UE e nell'insufficiente scambio di informazioni.

La soluzione proposta nella comunicazione, dunque, si concreta nella *alfabetizzazione* dei funzionari dell'Amministrazione Finanziaria rispetto al fenomeno della *collaborative economy*.

In materia, la soluzione contenuta nella proposta di legge n. 3564 avanzata alla Camera dei Deputati del Parlamento italiano, prevede l'istituzione di una specifica voce di reddito, *"da attività di economia della condivisione non professionale"*, cui sarebbe destinata un'apposita sezione della dichiarazione redditi, e la diversificazione del regime fiscale secondo la soglia di reddito prodotto (individuato nell'ammontare di € 10.000,00 annui), al di sotto del quale si dovrebbe applicare un'aliquota fissa del 10%, mentre per i redditi superiori a detta soglia è previsto il cumulo con quelli derivanti da lavoro di-

⁴⁶ Cfr. V. DE STEFANO, *The rise of "just-in-time-workface": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"*, International Labour Office, Ginevra, 2016, p. 17, disponibile sul sito www.dilo.org.

⁴⁷ Cfr. V. DE STEFANO, *op. cit.*, 2016, p. 16; Corte di Giustizia, 11 novembre 2010, causa n. C-232/2009, *Dita Danosa/LKB Lizings SIA*.

⁴⁸ Cfr. C. O'BRIEN, E. SPAVENTA, J. DE CONINCK, *Comparative Report 2015 – The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, April, 2016, p. 24 ss.

pendente ovvero autonomo e l'applicazione della corrispondente aliquota.

Nella proposta italiana, si prevede, altresì, che i gestori delle piattaforme della collaborazione agiscano quali sostituti di imposta per i redditi conseguiti dagli utenti e si impone, per quei gestori che hanno sede estera, di avere una stabile organizzazione in Italia.

Di per certo, la occasionalità dei servizi prestati nell'ambito dell'economia della collaborazione e la ubiquità e non sempre facile identificabilità degli utenti, rende detta economia fortemente esposta al rischio di elusione della normativa fiscale.

In questo senso, la Commissione, in maniera condivisibile, giudica favorevolmente l'iniziativa del governo Estone di incentivare la collaborazione tra le autorità fiscali del Paese e le imprese dell'economia collaborativa attraverso la predisposizione di una procedura semplificata di dichiarazione fiscale dei guidatori, prevedendo un obbligo di comunicazione dei dati fiscali di questi ultimi in capo alle piattaforme di *carpooling* ed la conseguente pre-compilazione dei moduli fiscali da parte delle autorità al fine di aiutare i contribuenti ad adempiere i loro obblighi fiscali in maniera efficace e con il minimo sforzo.

Di per certo, la predisposizione di un apposito registro ove annotare quanto meno i gestori delle piattaforme *peer-to-peer* ed i prestatori di servizi sotto-stanti professionali per le transazioni diverse da quelle "tra pari", consentirebbe al regolatore un più agevole controllo del fenomeno.

Ulteriormente, la Commissione europea ritiene che lo sviluppo di detto fenomeno economico potrà avvenire attraverso una netta riduzione degli oneri amministrativi dei privati e delle imprese della collaborazione attraverso un efficace scambio di informazioni in materia fiscale tra autorità, piattaforme e prestatori di servizio, nonché attraverso la creazione di sportelli unici e lo sviluppo di meccanismi di *feedback online*.

Sempre a tal fine, il regolatore europeo sottolinea l'opportunità di sviluppare *standard* comuni per affrontare le questioni della fiscalità in maniera coerente.

Attenzione peculiare viene, da ultimo sul punto, rivolta dalla Commissione europea al problema dell'assoggettabilità ad imposta sul valore aggiunto delle transazioni che avvengono nell'ambito dell'economia collaborativa, soprattutto nelle fattispecie in cui i partecipanti mettono in comune determinati beni e servizi in cambio del diritto di farne uso.

8. Conclusioni

La Commissione europea si propone, a margine delle riflessioni realizzate in tema di disciplina applicabile all'economia collaborativa, di avviare un piano di monitoraggio attraverso indagini periodiche presso consumatori ed imprese in merito all'uso di detta economia, mappatura degli sviluppi normativi negli Stati membri, dialogo con le parti interessate e sintetizzazione dei risultati.

La comunicazione appare, dunque, una bozza preliminare di un impegno regolatorio, si spera, più concreto e pragmatico, capace di introdurre efficaci modifiche normative alla regolamentazione esistente e colmare le lacune generate dalle incertezze interpretative nel settore.

Di per certo, il processo di armonizzazione deve essere cauto, posto che l'economia collaborativa, per quanto già evidenziato, interessa settori della regolazione nazionale spesso caratterizzati da regimi di riserva di attività a tutela

di interessi generali, come, a titolo meramente esemplificativo, la salute, la sicurezza e la stabilità economica.

La contemperazione delle esigenze connesse allo sviluppo dell'economia collaborativa, sì tanto valorizzate nella comunicazione della Commissione europea, e di quelle di tutela degli interessi generali che, di volta in volta, legittimano i regimi di riserva esistenti, è attività complessa e da integrarsi con meccanismi di *enforcement* pubblico di *soft law*, per un graduale avvicinamento delle singole normative nazionali e per un affinamento delle disposizioni tecniche di settore.

Difficile prevedere un intervento più incisivo.

La trasversalità che caratterizza l'ambito di interesse della *sharing economy* non consente di introdurre una normativa comune che riesca a disciplinare gli effetti del fenomeno *tout court*.

La prossima mossa spetterà ai governi ed ai giudici nazionali. Una reazione protezionista dei sistemi e degli istituti conosciuti ed autorizzati ritengo non sarà percorsa e ciò per diversi motivi.

Innanzitutto, la velocità con cui il mercato si è adattato a detti nuovi strumenti tecnologici è tale da rendere inverosimile un ritorno al passato, con la previsione di "lacci e laccioli" (per scomodare, ingiustamente, Guido Carli e Tommaso Campanella⁴⁹) da legare ai gestori delle piattaforme della collaborazione ed ai prestatori dei servizi.

Di poi, la verifica di applicabilità della legislazione prevista per categorie già "positivizzate" (professionista, consumatore, ecc.) andrà realizzata *case by case*, privilegiando – così come suggerisce la Commissione europea – le interpretazioni che favoriscono lo sviluppo e l'operatività delle piattaforme (e dei relativi servizi) a quelle che condurrebbero al fallimento delle stesse, verificando il grado di indipendenza ed autonomia dei prestatori del servizio rispetto al gestore della piattaforma ed applicando i divieti secondo un criterio di *stretta* proporzionalità e sussidiarietà, senza mai perder di vista l'interesse generale tutelato dalla norma di volta in volta in gioco.

Il caso *Uber* è, d'altro canto, emblematico di come proprio detto ultimo profilo assuma una rilevanza cruciale nella valutazione della singola fattispecie.

Dopo il *black-out* di *Uber Pop* a seguito della inibitoria del Tribunale di Milano del 2015, si attende l'esito del procedimento cautelare atipico instato dinanzi il Tribunale di Roma⁵⁰ da alcune associazioni di categoria dei tassisti e degli esercenti servizio di noleggio con conducente (NCC) contro *Uber black*⁵¹.

Un nuovo banco di prova per i gestori delle piattaforme di collaborazione per la verifica di tenuta del sistema (*car sharing*) e, più in generale, della *collaborative economy*, in un mercato ove le frizioni con i prestatori dei servizi tradizionali assumono un significato particolare, lì dove i tentativi invani di semplificazione e liberalizzazione hanno attraversato le legislature, restando una costante.

Un nuovo banco di prova, soprattutto, per la verifica di compatibilità dei nuovi strumenti tecnologici con gli istituti (tipicamente, di natura provvedimentale) posti a presidio dell'interesse generale. Con il solito interrogativo sullo sfondo: quale interesse generale?

⁴⁹ Cfr. I. Visco, *Guido Carli e la modernizzazione dell'economia*, 2014, su www.bancaditalia.it.

⁵⁰ Il ricorso è stato depositato nel dicembre 2016 e l'udienza di comparizione delle parti fissata per l'11 gennaio 2017 è stata rinviata al 2 marzo 2017 per consentire alle parti di depositare memorie di replica.

⁵¹ Trattasi del servizio tradizionale *Uber* offerto su berlina e con "autisti" che, secondo le prime dichiarazioni di Uber BV, debbono comunque avere ottenuto una licenza per NCC.



COMMENTI

Note minime sulla protezione dei depositanti bancari dopo il recepimento della direttiva 2014/49/UE

Commento al d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30

di Gian Luca Greco

d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30 (Attuazione della direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi).

Art. 1 (Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385)

1. Al comma 1 dell'articolo 69-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) la lettera d), è sostituita dalla seguente:

«d) “depositi ammissibili al rimborso”: i depositi che, ai sensi dell'articolo 96-bis.1, commi 1 e 2, sono astrattamente idonei a essere rimborsati da parte di un sistema di garanzia dei depositanti;»;

b) la lettera e) è sostituita dalla seguente:

«e) “depositi protetti”: i depositi ammissibili al rimborso che non superano il limite di rimborso da parte del sistema di garanzia dei depositanti previsto dall'articolo 96-bis.1, commi 3 e 4;».

2. Al comma 1-bis, lettera a), numero 1), dell'articolo 91 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le parole: «dall'articolo 96-bis, comma 5» sono sostituite dalle seguenti: «dall'articolo 96-bis.1, commi 3 e 4».

(omissis)

6. Dopo l'articolo 96-bis sono inseriti i seguenti:

«Art. 96-bis.1 (Depositi ammissibili al rimborso e ammontare massimo rimborsabile). – 1. Sono ammissibili al rimborso i crediti che possono essere fatti valere nei confronti della banca in liquidazione coatta amministrativa, secondo quanto previsto dalla Sezione III, relativi ai fondi acquisiti dalla banca con obbligo di restituzione, sotto forma di depositi o sotto altra forma, nonché agli assegni circolari e agli altri titoli di credito ad essi assimilabili.

2. In deroga al comma 1, non sono ammissibili al rimborso:

a) i depositi effettuati in nome e per conto proprio da banche, enti finanziari come definiti dall'articolo 4, paragrafo 1, punto 26), del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, imprese di investimento, imprese di assicurazione, imprese di riassicurazione, organismi di investimento collettivo del risparmio, fondi pensione, nonché enti pubblici;

b) i fondi propri come definiti dall'articolo 4, paragrafo 1, punto 118), del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo o del Consiglio del 26 giugno 2013;

c) i depositi derivanti da transazioni in relazione alle quali sia intervenuta una condanna definitiva per i reati previsti dagli articoli 648-bis e 648-ter del codice penale; resta fermo quanto previsto dall'articolo 648-quater del codice penale.

d) i depositi i cui titolari, al momento dell'avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa, non risultano identificati ai sensi della disciplina in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo;

e) le obbligazioni e i crediti derivanti da accettazioni, pagherò cambiari e operazioni in titoli.
3. L'ammontare massimo oggetto di rimborso ai sensi dell'articolo 96-bis, comma 1-bis, lettera a), è pari a 100.000 euro per ciascun depositante. Il limite è adeguato ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 7, della direttiva 2014/49/UE.

4. Il limite indicato al comma 3 non si applica, nei nove mesi successivi al loro accredito o al momento in cui divengono disponibili, ai depositi di persone fisiche aventi ad oggetto importi derivanti da:

a) operazioni relative al trasferimento o alla costituzione di diritti reali su unità immobiliari adibite ad abitazione;

b) divorzio, pensionamento, scioglimento del rapporto di lavoro, invalidità o morte;

c) il pagamento di prestazioni assicurative, di risarcimenti o di indennizzi in relazione a danni per fatti considerati dalla legge come reati contro la persona o per ingiusta detenzione.

5. Ai fini del calcolo del limite di cui al comma 3:

a) i depositi presso un conto di cui due o più soggetti sono titolari come partecipanti di un ente senza personalità giuridica sono trattati come se fossero effettuati da un unico depositante;

b) se più soggetti hanno pieno diritto sulle somme depositate su un conto, la quota spettante a ciascuno di essi è considerata nel calcolo;

c) si tiene conto della compensazione di eventuali debiti del depositante nei confronti della banca, se esigibili alla data in cui si producono gli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'articolo 83, comma 1, nella misura in cui la compensazione è possibile a norma delle disposizioni di legge o di previsioni contrattuali applicabili.

(omissis).

Art. 3 (Informazioni da fornire ai depositanti)

1. Le banche forniscono ai depositanti le informazioni necessarie per individuare il sistema di garanzia pertinente e le informazioni sulle esclusioni dalla relativa tutela, secondo quanto previsto dall'articolo 16 della direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014.

2. Le informazioni richiamate al comma 1 sono messe a disposizione gratuitamente secondo le modalità previste per i fogli informativi dalle disposizioni della Banca d'Italia adottate ai sensi del titolo VI del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

3. In tempo utile prima che il contratto sia concluso o che il depositante sia vincolato da un'offerta, al depositante è consegnato, opportunamente compilato, il «Modulo standard per le informazioni da fornire ai depositanti» di cui all'Allegato I della direttiva 2014/49/UE. L'avvenuta acquisizione del modulo da parte del depositante è attestata per iscritto o attraverso altro supporto durevole.

4. Le comunicazioni periodiche relative ai contratti di deposito previste ai sensi dell'articolo 119 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, includono la conferma che il deposito è ammesso al rimborso e un riferimento al modulo di cui al comma 3, nonché l'indicazione del sito web del sistema di garanzia pertinente. Almeno una volta all'anno, al depositante è fornita una versione aggiornata del modulo.

5. Il sito web del sistema di garanzia contiene le informazioni necessarie per i depositanti, in particolare quelle relative alla procedura e alle condizioni della tutela fornita dal sistema di garanzia.

6. Le banche non utilizzano a scopo pubblicitario le informazioni previste dai commi 1, 3 e 4, salva la facoltà di indicare negli annunci pubblicitari relativi ai contratti di deposito il sistema di garanzia che tutela il deposito pubblicizzato.

7. In caso di fusioni, cessioni o operazioni analoghe, nonché in caso di recesso o esclusione da un sistema di garanzia, la banca fornisce gratuitamente ai depositanti le informazioni previste dall'articolo 16, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2014/49/UE, per iscritto o attraverso altro supporto durevole, entro i termini e con gli effetti previsti dalla medesima direttiva.

8. La Banca d'Italia può dettare disposizioni attuative del presente articolo, anche al fine di coordinarne la disciplina con quella adottata ai sensi del titolo VI del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Le disposizioni della Banca d'Italia possono altresì prevedere che gli annunci pubblicitari relativi ai depositi contengano informazioni ulteriori rispetto a quella consentita dal comma 6.

9. Per l'inosservanza di quanto stabilito ai sensi del presente articolo si applicano le sanzioni previste dall'articolo 144, comma 1, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché il comma 8 del medesimo articolo 144. Si applicano altresì l'articolo 128 e il titolo VIII del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.
(omissis).

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La definizione di deposito nella direttiva 2014/49/UE. – 3. La protezione “a geometria variabile” della moneta elettronica e degli altri strumenti di pagamento. – 4. Le (altre) esclusioni dalla definizione di deposito. – 5. Il “perimetro protetto” dai sistemi di garanzia dei depositanti – 6. Obblighi di trasparenza. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30 recepisce la direttiva 2014/49/UE (di seguito anche “DSGD”), che istituisce un quadro normativo armonizzato a livello dell'Unione Europea in materia di sistemi di garanzia dei depositi (di seguito anche “SGD”), attuando così la delega contenuta all'articolo 7 della legge 9 luglio 2015, n. 114 (legge delegazione europea 2014).

I sistemi di garanzia dei depositi rappresentano un elemento essenziale dell'Unione bancaria¹. Essi costituiscono un importante strumento per la gestione delle crisi bancarie, effettuando interventi volti ad attutire l'impatto di una crisi (in particolare, con il rimborso ai depositanti a certe condizioni) ed a prevenire l'insorgenza della stessa, mediante sostegno alla banca in difficoltà.

La direttiva 2014/49/UE abroga, con effetto dal 4 luglio 2019, la direttiva 94/19/CE, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri di recepirne la gran parte delle disposizioni entro il 3 luglio 2015².

La direttiva 94/19/CE si basava sul principio dell'armonizzazione minima, per cui esisteva nell'Unione una varietà di sistemi di garanzia dei depositi con caratteristiche molto diverse.

La direttiva 2014/49/UE contribuisce al completamento del mercato interno, garantendo ai depositanti – in assenza di un fondo comune europeo di tutela – un livello di protezione uniforme in tutta l'Unione³ e, al contempo, assicurando lo stesso livello di stabilità dei SGD.

¹ L'Unione Bancaria poggia su tre pilastri normativi: i) il Meccanismo di vigilanza unico (SSM), ii) il Meccanismo di risoluzione unico (SRM) e iii) le connesse disposizioni in materia di finanziamento, che comprendono il Fondo di risoluzione unico (SRF), i Sistemi di garanzia dei depositi (SGD) e un meccanismo comune di *backstop* (linea di credito). I tre pilastri si basano su due serie di norme orizzontali applicabili a tutti gli Stati membri: i requisiti patrimoniali per le banche (pacchetto CRD IV) e le disposizioni della direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche (BRRD).

² Cfr. artt. 20 e 21 DSGD. Per talune norme tecniche il termine previsto per il recepimento è postposto al 31 maggio 2016.

³ Come ha osservato C. BARBAGALLO, *Esame del disegno di legge di delegazione europea 2014* (A.S. 1758), Audizione presso il Senato della Repubblica – 14a Commissione Permanente – Politiche dell'Unione Europea, Roma, 18 marzo 2015, p. 13: «L'armonizzazione della discipli-

La previsione di requisiti comuni è di estrema importanza al fine di eliminare le distorsioni di mercato, promuovendo condizioni eque di concorrenza tra le banche al fine di evitare forme di arbitraggio regolamentare all'interno dell'Unione Europea. È noto, infatti, che nella recente crisi finanziaria i differenti livelli di copertura dei depositi presenti negli Stati membri hanno favorito il trasferimento di denaro verso banche sottoposte a sistemi di garanzia dei depositi maggiormente tutelanti, determinando distorsioni di concorrenza nel mercato interno.

Il nuovo regime armonizzato imposto dalla direttiva 2014/49/UE impone agli Stati membri lo stesso livello di copertura dei depositi per tutti i sistemi di garanzia, pari, in via generale, a 100.000 euro per depositante, indipendentemente da dove siano situati i depositi all'interno dell'Unione Europea.

La direttiva 2014/49/UE prevede che i SGD si dotino di risorse commisurate ai depositi protetti: si assiste dunque al passaggio da un sistema di contribuzione *ex-post*, in cui i fondi vengono "chiamati" in caso di necessità, a un altro *ex-ante*, in cui i fondi sono versati periodicamente fino a raggiungere la percentuale prestabilita dei depositi protetti (*risk based contribution*). A tal fine è previsto (art. 10) l'obbligo a carico degli intermediari di versare contributi su base periodica, almeno annuale. Sono inoltre stabiliti requisiti finanziari minimi comuni per i sistemi di garanzia dei depositi – i cui mezzi finanziari disponibili dovranno raggiungere, entro il 3 luglio 2024, almeno un livello dello 0,8 per cento dell'importo dei depositi coperti⁴ – nonché una graduale riduzione dei termini per il pagamento del rimborso a favore dei depositanti.

Nella DSGD sono inoltre individuate in modo puntuale le modalità di intervento dei sistemi di garanzia. In particolare, premesso che i mezzi finanziari di cui sono dotati i SGD devono essere usati principalmente per il rimborso dei depositanti e per finanziare la risoluzione delle banche in conformità all'art. 109 della direttiva 2014/59/UE, gli Stati membri possono autorizzare un SGD a utilizzare tali mezzi per misure alternative volte a evitare il fallimento di una banca, purché siano soddisfatte alcune condizioni, tra cui l'assenza di un'azione di risoluzione, la circostanza che i costi delle misure non superino i costi necessari ad adempiere il mandato statutario o contrattuale dei SGD, l'impegno della banca a una vigilanza più rigorosa del rischio e ampi diritti di controllo da parte del SGD.

Il comma 1-*bis* dell'art. 96-*bis* TUB, introdotto dal d.lgs. n. 30/2016, conferma la possibilità di effettuare tali interventi alternativi, individuandoli in maniera tassativa e distinguendo tra: interventi preventivi, effettuati a sostegno di una banca in crisi per evitarne il dissesto; interventi a sostegno di cessioni effettuati nel corso di una liquidazione coatta amministrativa; contributi da erogare nell'ambito di una risoluzione in luogo del sacrificio che i depositi protetti avrebbero sopportato se essi fossero stati sottoposti a *bail-in*.

Circa gli interventi preventivi, la predetta norma richiede, in linea con la

na sui sistemi di garanzia dei depositi prevista dalla Direttiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio rappresenta il risultato più avanzato finora raggiunto nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione Bancaria, essendo stato per ragioni politiche accantonato il progetto di realizzare un fondo comune europeo di tutela dei depositanti».

⁴ Ai sensi del nuovo art. 96.1 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (di seguito anche "TUB"), il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, può prevedere, previa approvazione della Commissione europea e a certe condizioni, una dotazione finanziaria inferiore a quella sopra indicata e pari almeno allo 0,5 per cento dell'importo dei depositi protetti delle banche aderenti, ad eccezione di quelli non sottoposti al limite massimo di rimborso di 100.000 euro (sui quali v. *infra*).

DSGD, che essi possano essere effettuati al verificarsi di specifiche condizioni: la banca beneficiaria non sia sottoposta a risoluzione né ne ricorrano i presupposti; la banca beneficiaria sia in grado di versare i contributi straordinari al fine di reintegrare la dotazione patrimoniale del sistema di garanzia; il costo dell'intervento non debba superare il costo che il sistema, secondo quanto ragionevolmente prevedibile, dovrebbe sostenere per effettuare altri interventi nei casi previsti dalla legge o dallo statuto (principio del c.d. minor onere).

Con riferimento alle modalità di rimborso dei depositanti in caso di insolvenza di una banca, l'art. 96-*bis*.2 TUB, in attuazione dell'art. 8 DSGD, prevede, tra l'altro, che: a) il rimborso sia effettuato entro sette giorni lavorativi (a partire dal 1° gennaio 2024; fino a tale data, il termine entro il quale il sistema di garanzia dei depositanti effettua i rimborsi è pari a: 20 giorni lavorativi fino al 31 dicembre 2018; 15 giorni lavorativi dal 1° gennaio 2019 al 31 dicembre 2020; 10 giorni lavorativi dal 1° gennaio 2012 al 31 dicembre 2023) dalla data in cui si producono gli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa; b) in taluni casi il rimborso possa essere sospeso (incertezza sul diritto del titolare a ricevere il rimborso o presenza di una controversia in sede giudiziale o presso un organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie; sottoposizione del deposito a misure restrittive imposte da uno Stato o da un'organizzazione internazionale; deposito "dormiente" da almeno due anni; rimborso per importo superiore a 100.00 euro, ove previsto; rimborso avente ad oggetto depositi di una banca italiana con succursali stabilite in altri Stati membri); c) il diritto al rimborso si consideri estinto decorsi cinque anni dalla data in cui si producono gli effetti del provvedimento di avvio della liquidazione coatta amministrativa.

Infine, è armonizzata l'informativa ai depositanti (su cui v. *infra*, *sub* par. 6) e prevista la cooperazione *cross border* tra SGD⁵. Su quest'ultimo punto, in particolare, l'art. 96-*quater*.2 TUB, che recepisce i contenuti dell'art. 14 DSGD, prevede che la Banca d'Italia individui il sistema di garanzia italiano incaricato del rimborso dei depositanti delle succursali italiane di banche comunitarie, che agirà per conto del sistema di garanzia dello Stato membro di origine, dopo che quest'ultimo gli avrà fornito i fondi necessari. A tal fine è previsto che i sistemi di garanzia concludano fra di essi accordi di cooperazione, che verranno trasmessi alla Banca d'Italia, che ne informerà, a sua volta, l'Autorità bancaria europea. Fermo restando che l'assenza di accordi non può pregiudicare i diritti dei depositanti, è previsto che in tale ipotesi, o laddove vi sia disputa sull'interpretazione dell'accordo, la questione sia deferita all'Autorità bancaria europea.

Nelle pagine che seguono ci soffermeremo sull'ambito di tutela apprestato dalla nuova disciplina dei sistemi di garanzia dei depositanti, con particolare riferimento al perimetro dei depositi protetti⁶.

⁵ Sul punto v. tra gli altri, S. MACCARONE, *Il ruolo e l'ambito di intervento dei DGS e dei fondi di risoluzione nelle crisi bancarie*, in *Dir. banc.*, n. 2, 2015, p. 182.

⁶ La nuova disciplina delle crisi bancarie prevede altresì una collocazione preferenziale dei crediti dei depositanti nell'ambito del concorso con gli altri creditori della banca in crisi, al di là della protezione offerta dai sistemi di garanzia. Su tali aspetti, che non saranno oggetto del nostro circoscritto ambito d'indagine, si veda, ampiamente, S. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 6, 2016, p. 1 ss..

2. La definizione di deposito nella direttiva 2014/49/UE

La direttiva 2014/49/CE ha la finalità di proteggere i depositanti dalle conseguenze dell'insolvenza di una banca ⁷, per cui rileva in modo particolare la definizione di "depositante" e di "deposito".

Se per "depositante" si intende semplicemente il titolare o, in caso di rapporto congiunto, ognuno dei titolari del deposito ⁸, ben più articolata è la definizione di "deposito".

Secondo la DSGD il deposito è, in linea di principio, un saldo creditore, risultante da fondi depositati in un conto o da situazioni transitorie derivanti da operazioni bancarie normali, che la banca è obbligata a restituire secondo le condizioni legali e contrattuali applicabili. Viene precisato che in questo ambito sono ricompresi sia i depositi a termine fisso che i depositi di risparmio, mentre sono esclusi i saldi creditori rappresentati da strumenti finanziari (fatta eccezione per i certificati di deposito nominativi già emessi al 2 luglio 2014) nonché quelli non rimborsabili alla pari o rimborsabili alla pari solo in base a una determinata garanzia o a un determinato accordo fornito dalla banca o da un terzo ⁹.

La definizione di deposito riportata nella DSGD è stata recepita nell'art. 69-bis TUB, inserito con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181. Nel nostro ordinamento per depositi si intendono, in particolare, i crediti relativi ai fondi acquisiti dalle banche con obbligo di rimborso, a prescindere dal fatto che siano depositati su conto o temporaneamente detenuti a fronte di operazioni bancarie normali ¹⁰, come invece la DSGD precisa.

3. La protezione "a geometria variabile" della moneta elettronica e degli altri strumenti di pagamento

Possono avanzarsi dubbi circa la riconducibilità ai "depositi", come sopra definiti, della moneta elettronica e dei fondi ricevuti in cambio della moneta elettronica.

Innanzitutto occorre ricordare che per "moneta elettronica", ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. h-ter) TUB, deve intendersi il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento (ossia versamenti, trasferimenti o prelievi di fondi tra un pagatore e un beneficiario) ¹¹, e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente. Non costituisce moneta elettronica, pe-

⁷ Cfr., tra l'altro, il considerando 14 DSGD. Come precisa S. MACCARONE, *op. cit.*, p. 185, «il compito dei DGS è il rimborso dei depositi; eventuali interventi diversi devono ritenersi eccezionali e subordinati al ricorrere delle condizioni espressamente indicate nelle diverse sedi normative».

⁸ Cfr. art. 2, par. 1, n. 6), DSGD.

⁹ Cfr. art. 2, par. 1, n. 3), DSGD.

¹⁰ La DSGD precisa che deve trattarsi di operazioni bancarie "normali", probabilmente per escludere i fondi derivanti da operazioni della banca non legate alla propria attività caratteristica (es. cauzioni da fornitori).

¹¹ Cfr. art. 1, comma 1, lett. c) del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

raltro, il valore monetario memorizzato sugli strumenti a spendibilità limitata¹² o per pagamenti eseguiti tramite operatore di telecomunicazione, digitale o informatico¹³.

Il legislatore europeo ritiene che la moneta elettronica e i fondi ricevuti in cambio di essa non dovrebbero essere trattati come depositi né rientrare nell'ambito di applicazione della DSGD¹⁴. Tale conclusione prende le mosse dalla direttiva 2009/10/CE, ove si afferma espressamente che gli istituti di moneta elettronica non effettuano la raccolta di depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2006/48/CE, in ragione del fatto che la moneta elettronica riveste carattere specifico di sostituto elettronico delle monete e delle banconote, utilizzabile per effettuare pagamenti generalmente di piccoli importi e non come strumento di risparmio¹⁵.

Nel recepire la direttiva 2009/110/CE e, prima ancora, la direttiva 2000/46/CE, anche il nostro legislatore ha precisato che non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica¹⁶.

D'altro canto, occorre considerare che l'emittente di moneta elettronica è obbligato a rimborsare, su richiesta del detentore, la moneta elettronica in ogni momento e al valore nominale, secondo i termini e le modalità disciplinate nel contratto di emissione¹⁷.

Ma allora, se il detentore di moneta elettronica ha un credito verso la banca emittente che deve essere rimborsato al valore nominale, com'è possibile escludere che si tratti di deposito?

Sul punto è stato osservato che il fatto che la moneta elettronica sia rimborsabile a vista e che l'obbligo di rimborso rappresenti l'effetto dello scioglimento del rapporto non consente di accostare tale passività al deposito bancario¹⁸.

Sotto altro punto di vista, rileva la funzione economica stessa della moneta elettronica, ontologicamente destinata all'effettuazione di operazioni di paga-

¹² Cfr. art. 2, comma 2, lett. m), d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 e par. 2.2.6 del Provvedimento Banca d'Italia, *Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti e obblighi delle parti)*, 5 luglio 2011.

¹³ Cfr. art. 2, comma 2, lett. n), d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 e par. 2.2.9 del Provvedimento Banca d'Italia, *Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti e obblighi delle parti)*, 5 luglio 2011.

¹⁴ Cfr. considerando 29 DSGD.

¹⁵ Cfr. considerando 13 e art. 6 della direttiva 2009/110/CE del 16 settembre 2009, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e che abroga la direttiva 2000/46/CE. La direttiva 2000/46/CE, in realtà aveva già specificato che «l'emissione di moneta elettronica, per la sua particolare natura di surrogato elettronico di monete metalliche o banconote, non costituisce in sé attività di raccolta di depositi a norma dell'articolo 3 della direttiva 2000/12/CE, se i fondi ricevuti sono immediatamente cambiati in moneta elettronica» (considerando 7), anche se, contemporaneamente, aveva precisato che «la ricezione di fondi dal pubblico in cambio di moneta elettronica, che risulta in un saldo a credito in un conto presso l'ente di emissione, costituisce ricezione di depositi o altri fondi rimborsabili ai fini della direttiva 2000/12/CE» (considerando 8).

¹⁶ Cfr. art. 11, comma 2-bis, del TUB.

¹⁷ Cfr. art. 114-ter, comma 1, TUB, in attuazione dell'art. 11, comma 2, della direttiva 2009/110/CE.

¹⁸ In questo senso C. MOTTI, *Emissione di moneta elettronica ed attività bancaria*, in A. SPERNA e G. GIMIGLIANO (a cura di), *Gli istituti di moneta elettronica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 96 e G. GIMIGLIANO, *Commento sub art. 114-bis*, in M. PORZIO-F. BELLIG. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA-V. SANTORO, *Testo unico bancario. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 899.

mento quale valore monetario, memorizzato elettronicamente o magneticamente, accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente¹⁹. A rafforzare la natura di mezzo di pagamento ed escludere quella di deposito può aggiungersi che l'emittente non può concedere interessi o qualsiasi altro beneficio commisurato alla giacenza della moneta elettronica²⁰.

Le considerazioni fin qui proposte porterebbero ad escludere che la moneta elettronica possa essere utilizzata come deposito con finalità di risparmio e, quindi, che vi siano i presupposti per proteggere i relativi detentori in caso di crisi della banca emittente.

La scelta di sottrarre la moneta elettronica dalla raccolta bancaria e, dunque, dalla garanzia di restituzione, in quanto mezzo di pagamento, è comprensibile (per quanto opinabile) ma occorrerebbe, quanto meno, darne adeguata evidenza al cliente della banca, per il quale può essere tutt'altro che semplice comprendere perché i fondi depositati su di un conto corrente, utilizzabili a vista con un bancomat mediante prelievo su ATM o per pagare le proprie spese con servizio POS, siano protetti dal fondo di garanzia dei depositi e quelli "trasformati" in moneta elettronica presso la stessa banca, utilizzabili con le stesse modalità, non lo siano. In proposito, pare arduo sostenere che la differenza stia nel fatto che i fondi depositati sul conto corrente sono remunerati, mentre quelli memorizzati sulla carta prepagata no: tutti sanno, infatti, che oggi la maggior parte delle banche non remunera la giacenza sul conto corrente, che quindi ormai assolve in via pressoché esclusiva alla funzione di servizio di cassa²¹.

La disciplina vigente presenta dunque, a ben vedere, talune ambiguità e contraddizioni difficilmente spiegabili.

L'art. 96-*bis*.1 TUB, introdotto dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30, individua i depositi ammissibili al rimborso dal fondo di garanzia e l'ammontare massimo rimborsabile.

Nella definizione di depositi ammissibili al rimborso è riprodotto il disposto del previgente art. 96-*bis*, comma 3, TUB: in sostanza, si richiama la prima parte dell'art. 69-*bis*, comma 1, lett. c), TUB (per cui sono depositi «i crediti relativi ai fondi acquisiti dalle banche con obbligo di rimborso»), aggiungendosi che in tale ambito rientrano i depositi, i crediti aventi le suddette caratteristiche ma che si presentino «sotto altra forma», nonché, specificatamente, gli assegni circolari e gli altri titoli ad essi assimilabili.

La definizione dei fondi ammissibili al rimborso riprende evidentemente la nozione di raccolta del risparmio di cui all'art. 11, comma 1, TUB. Abbiamo anche detto che la moneta elettronica non può farsi rientrare tra "le altre forme" con cui può manifestarsi il credito verso la banca con obbligo di rimborso, in quanto mezzo di pagamento normativamente escluso dalla nozione di raccolta del risparmio²².

¹⁹ Cfr. art. 1, comma 1, lett. h-*ter*, TUB.

²⁰ Cfr. art. 114-*bis*, comma 3, TUB, in attuazione dell'art. 12 della direttiva 2009/110/CE.

²¹ In proposito V. SANTORO (*Il conto corrente bancario*, Milano, 1992, pp. 19-20) ha parlato di «contratto con cui la banca mette a disposizione del cliente la propria organizzazione per l'espletamento dei servizi di pagamento».

²² Cfr. art. 11, comma 2-*bis*, TUB. Secondo la stessa logica non costituisce raccolta del risparmio – e è quindi esclusa dall'ammissibilità al rimborso da parte dei fondi di garanzia – «la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento», ai sensi dell'art. 11, comma 2-*ter*, TUB. In argomento si rinvia a SANTORO, *I conti di pagamento degli istituti di pagamento*, in *Giur. Comm.*, n. 5, 2008, p. 860 ss.

Non si comprende però, a questo punto, perché siano ammissibili al rimborso del fondo di garanzia – per espressa previsione di legge – gli assegni circolari e gli altri titoli ad essi assimilabili: non essendoci dubbi, infatti, che anche gli assegni circolari siano mezzi di pagamento e non strumenti di risparmio²³, va da sé che essi, al pari della moneta elettronica, dovrebbero essere esclusi dalla garanzia di restituzione.

Con riferimento all'analoga, previgente disposizione di cui all'art. 96-bis TUB è stato sostenuto, al proposito, che la precisazione secondo la quale assegni circolari e altri titoli di credito assimilabili sono coperti dai sistemi di garanzia non è superflua, perché il titolo di credito può essere emesso anche attraverso l'utilizzo di affidamenti concessi dalla banca, e non a valere su fondi precedentemente acquisiti dal cliente; per tale motivo dovrebbe ritenersi che il legislatore abbia voluto perseguire l'obiettivo della tutela della fondamentale funzione dei mezzi di pagamento svolta da tali titoli e della fiducia del pubblico nell'utilizzo degli stessi per le transazioni finanziarie²⁴.

La *ratio* della disciplina europea in materia bancaria e di moneta elettronica oggi impedisce, però, di ritenere fondata la scelta del legislatore italiano di estendere la protezione dei sistemi di garanzia agli assegni circolari e ai titoli ad essi assimilabili.

Non può quindi che rilevarsi, sul punto, un contrasto tra la normativa nazionale e la direttiva 2014/49/UE, che potrebbe indurre il giudice nazionale, se chiamato a pronunciarsi su di una controversia avente ad oggetto le modalità concrete di copertura dei depositi garantiti in caso di crisi di una banca italiana, a provocare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per verificare se vi sia stata una corretta trasposizione della suddetta direttiva.

In ogni caso, tenuto conto che oggi, per il consumatore di servizi finanziari, per esempio, le carte prepagate evolute, con funzionalità estese (prelievi, pagamenti POS, bonifici, pagamento utenze, RID, MAV, ecc.) ed i conti correnti possono apparire (e spesso effettivamente sono) succedanei, sarebbe opportuno che il legislatore nazionale e le autorità di vigilanza competenti prevedessero specifici interventi di educazione finanziaria rivolti al pubblico nonché un'apposita informativa su tutti i prodotti emessi dalle banche circa l'ammissione o meno del prodotto alla protezione dei sistemi di garanzia²⁵.

4. Le (altre) esclusioni dalla definizione di deposito

L'art. 69-bis TUB ripropone le esclusioni previste dall'art. 2, par. 1, n. 3), DSGD, ricordando che costituiscono depositi i certificati di deposito purché non rappresentati da valori mobiliari emessi in serie.

²³ È pacifico peraltro che i fondi utilizzati per l'emissione di assegni circolari non siano produttivi di interesse, essendo tali titoli sempre pagabili al solo valore nominale.

²⁴ Cfr. R. CERCONE, *Commento sub art. 96-bis*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 3^a ed., Cedam, Padova, 2012, p. 1240.

²⁵ Come vedremo *infra*, l'art. 3 del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30, in attuazione dell'art. 16 DSGD, prevede un'informativa sul sistema di garanzia pertinente e sulle esclusioni dalla relativa tutela solo in relazione ai depositi ammissibili. Con riferimento ad altri prodotti emessi dalla banca che possono soddisfare esigenze in larga parte analoghe a quelle dei conti correnti e dei depositi a risparmio – come ad esempio, rispettivamente, carte prepagate e obbligazioni – la legge non prevede, al contrario, alcuna informativa in merito all'assenza di garanzia di restituzione dei fondi acquisiti dalla banca.

Rispetto alla direttiva deve notarsi che non viene fatto cenno alla circostanza che i certificati siano nominativi né che debbano esistere in uno Stato membro il 2 luglio 2014: mentre la questione della nominatività è implicitamente risolta in ragione del fatto che il limite massimo del rimborso è fissato per depositante, si può ipotizzare che il mancato richiamo al limite temporale sia giustificato dall'opinione secondo la quale un certificato di deposito diverso da un valore mobiliare emesso in serie non è mai uno strumento finanziario, bensì semplicemente un deposito a termine fisso rappresentato da uno specifico documento di legittimazione ²⁶.

Circa l'esclusione dei «crediti relativi a fondi acquisiti dalla banca debitrice rappresentati da strumenti finanziari indicati dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58», si ritiene che l'espressione ricomprenda alcune delle fattispecie già escluse dalla tutela ai sensi del previgente art. 96-*bis*, comma 4, lett. b) e c-*bis*), TUB, che faceva riferimento alle obbligazioni e ai crediti derivanti da accettazioni, pagherò cambiari ed operazioni in titoli ²⁷, nonché agli strumenti finanziari disciplinati dal codice civile.

Rappresenta un elemento di novità, almeno dal punto di vista letterale, l'esclusione dalla nozione di depositi dei crediti relativi a fondi acquisiti dalla banca «il cui capitale non è rimborsabile alla pari, ovvero il cui capitale è rimborsabile alla pari solo in forza di specifici accordi o garanzie concordati con la banca o terzi».

Prima facie, la norma ora citata non pare far altro che ribadire quella che, almeno nel nostro ordinamento, è una prestazione essenziale della banca depositaria nei confronti del cliente depositante, dal quale ha acquisito i mezzi monetari, ossia l'obbligazione restitutoria della proprietà del *tantundem* alla scadenza del termine convenuto o, come più spesso accade, a semplice richiesta ²⁸. Vuoi che il deposito bancario sia ricondotto alla figura del mutuo ²⁹, vuoi che si faccia riferimento al deposito irregolare ³⁰, vuoi, infine, che si ritenga essere una fattispecie a sé stante, caratterizzata da una specifica causa, pur con caratteristiche simili ad altre figure civilistiche ³¹, non viene messo in discussione che la banca sia tenuta a restituire al depositante un importo almeno pari a quanto da questi versato, accresciuto degli interessi pattuiti.

In altre parole, laddove si tratti di un deposito bancario, la precisazione normativa sulla rimborsabilità alla pari è superflua. Se la questione si pone, allora non può trattarsi di deposito bancario ma di altra forma di raccolta, che dunque si deve ritenere assimilabile al deposito, in ordine alla successiva ammissibilità al rimborso del sistema di garanzia dei depositanti, solo se è previsto che il rimborso del capitale acquisito dalla banca venga effettuato integralmente e senza condizioni.

²⁶ In argomento v. anche Corte di Giustizia UE, sez. II, 25 giugno 2015, C-671/13.

²⁷ In ogni caso, si anticipa che le obbligazioni e i crediti derivanti da accettazioni, pagherò cambiari ed operazioni in titoli sono espressamente esclusi dai depositi ammissibili al rimborso ai sensi dell'art. 96-*bis*.1, comma 2, lett. e), TUB.

²⁸ Per tutti v. G. CAVALLI, *Il deposito bancario*, in G. CAVALLI-M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 123.

²⁹ PORZIO, *Il deposito bancario*, in C. ANGELICI-F. BELLI-M. PORZIO-M. RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, Giappichelli, Torino, 1985, p. 105 ss..

³⁰ F. MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Jovene, Napoli, 1955, p. 20 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 1981, p. 115 ss..

³¹ G. CAVALLI, *Il deposito bancario*, cit., p. 127.

5. Il “perimetro protetto” dai sistemi di garanzia dei depositanti

Esaminata la nozione di “deposito”, è necessario definire in che ambito concretamente operino i sistemi di garanzia, ossia il “perimetro protetto”.

Sul punto, occorre preliminarmente ricordare che, nel recepire la direttiva 2014/49/UE, il legislatore nazionale ha introdotto, nell’art. 69-*bis* TUB, la definizione di “depositi ammissibili al rimborso”, indicando come tali «i depositi che, ai sensi dell’articolo 96-bis.1, commi 1 e 2, sono astrattamente idonei a essere rimborsati da parte di un sistema di garanzia dei depositanti», nonché quella di “depositi protetti”, vale a dire “i depositi ammissibili al rimborso che non superano il limite di rimborso da parte del sistema di garanzia dei depositanti previsto dall’articolo 96-bis.1, commi 3 e 4”.

Le due nozioni ora richiamate – che tengono conto della necessità di escludere taluni depositi dalla garanzia e di limitare, salvo casi eccezionali, l’ambito quantitativo della stessa – sono state inserite anche nel d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2014/59/UE, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (c.d. BRRD).

La procedura di risoluzione delle banche, infatti, prevede che taluni depositi – in particolare, i “depositi protetti” – non subiscano perdite³² e che, in particolare, essi siano sottratti al *bail-in*³³. L’ammontare dei depositi protetti determina anche il livello-obiettivo della dotazione finanziaria e dei prestiti dei fondi di risoluzione³⁴ nonché la misura degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositanti nel contesto della risoluzione della banca aderente in crisi³⁵. I depositi protetti e quelli ammissibili al rimborso sono infine determinanti per l’intervento del fondo di risoluzione in caso di *bail-in* della banca e, quindi, per l’esclusione di passività dalla riduzione o conversione in capitale che di regola ne consegue³⁶.

L’allineamento delle disposizioni sui sistemi di garanzia contenute nel TUB e di quelle sulla risoluzione delle banche di cui al d.lgs. n. 180/2015 riflettono evidentemente la configurazione “a pilastri” dell’Unione bancaria, che prevede, in particolare, una gestione delle crisi bancarie in stretto coordinamento tra fondi di risoluzione (a finanziamento statale) e sistemi di garanzia dei depositanti (a finanziamento mutualistico delle banche).

Tornando ora ad esaminare il “perimetro protetto” dai sistemi di garanzia dei depositanti, si osserva che il passaggio dai “depositi ammissibili al rimborso” ai “depositi protetti” – ossia dall’“astratta idoneità” al diritto al rimborso – comporta tanto l’esclusione di taluni depositi, per ragioni soggettive (qualità del depositante) e oggettive (qualità dei crediti), quanto la limitazione dell’ammontare massimo rimborsabile.

In particolare, nell’individuare i depositi che beneficiano della protezione dei sistemi di garanzia, l’art. 96-*bis*.1 TUB stabilisce l’ammontare massimo del

³² Cfr. art. 22, comma 1, lett. d) del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

³³ Cfr. art. 49, comma 1, lett. a) del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

³⁴ Cfr. artt. 81 e 84 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

³⁵ Cfr. art. 86 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

³⁶ Cfr. art. 49, comma 8, lett. b) e comma 9, lett. b) del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180. Con riferimento agli impatti della BRRD sulla clientela bancaria si consenta il rinvio a G.L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di «risoluzione» delle banche*, in *Banca, impresa, società*, n. 1, 2016, p. 77 ss.

rimborso in 100.000 euro ³⁷ (fatti salvi alcuni casi in cui il limite è temporaneamente disapplicato) ³⁸ e dispone altresì, in linea con l'art. 5 DSGD, le esclusioni dall'ammissibilità al rimborso ³⁹.

Le deroghe all'ammissibilità al rimborso di carattere soggettivo attengono, in primo luogo, ai depositi effettuati in nome e per conto di banche, intermediari finanziari, IMEL, istituti di pagamento e altri soggetti qualificabili come enti finanziari ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 26 del regolamento (UE) n. 575/2013 ⁴⁰, imprese di investimento, imprese di assicurazione di riassicurazione, OICR, fondi pensione e enti pubblici.

L'esclusione in questione ricalca sostanzialmente quella prevista all'art. 5 DSGD e, in precedenza, dall'art. 96-*bis* TUB. Può notarsi che l'espressione «autorità pubbliche» della DSGD è stata resa come «enti pubblici», senza alcun riferimento al fatto che si tratti delle sole Amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici territoriali (come in precedenza previsto) o anche degli altri enti pubblici. L'esclusione di tale categoria di soggetti è già stata, giustamente, criticata in passato ⁴¹, e anche la DSGD non contribuisce a spiegare la ragione logica della scelta, che parrebbe fondata sul numero limitato di tali soggetti (circostanza che minimizzerebbe il rischio di *bank run* e quindi l'impatto sulla stabilità del sistema finanziario) e sul loro più agevole accesso al credito rispetto ai cittadini ⁴². Con riferimento all'esclusione dei depositi detenuti in proprio da intermediari bancari, finanziari e assicurativi, rileva la natura professionale dei depositanti, che assicurerebbe la capacità di valutazione del rischio di insolvenza del depositario ⁴³.

Un'ulteriore esclusione sul piano soggettivo è riservata ai depositi i cui titolari, al momento dell'avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa, non risultano identificati ai sensi delle disposizioni antiriciclaggio. Il motivo è facilmente intuibile, non essendoci alcun interesse pubblico a rimborsare fondi di natura potenzialmente illecita.

Rispetto al previgente art. 96-*bis* TUB occorre notare che sono venute meno alcune ipotesi di esclusioni soggettive, quali quelle relative ai depositi degli esponenti aziendali della banca o della capogruppo del gruppo bancario, dei titolari di partecipazioni rilevanti nella banca e di coloro che hanno ottenuto, a titolo individuale, tassi e condizioni che hanno concorso a deteriorare la situazione finanziaria della banca, in base a quanto accertato dai commissari liquidatori.

Sul piano oggettivo, sono esclusi innanzi tutto, come già previsto in passato

³⁷ Cfr. art. 96-*bis*.1, commi 3 e 5, TUB.

³⁸ Cfr. art. 96-*bis*.1, comma 4, TUB.

³⁹ Cfr. art. 96-*bis*.1, comma 2, TUB.

⁴⁰ Trattasi di: un'impresa diversa da un ente la cui attività principale consiste nell'assunzione di partecipazioni o nell'esercizio di una o più delle attività di cui ai punti da 2 a 12 e al punto 15 dell'allegato I della direttiva 2013/36/UE, comprese una società di partecipazione finanziaria, una società di partecipazione finanziaria mista, un istituto di pagamento ai sensi della direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, e una società di gestione patrimoniale, ma escluse le società di partecipazione assicurativa e le società di partecipazione assicurativa miste quali definite all'articolo 212, paragrafo 1, lettera g), della direttiva 2009/138/CE.

⁴¹ I. MECATTI, *Commento sub art. 96-bis*, in M. PORZIO-F. BELLIG. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA-V. SANTORO, *Testo unico*, cit., pp. 778-779.

⁴² Cfr. considerando 31 DSGD.

⁴³ In questo senso anche R. CERCONE, *Commento*, cit., p. 1242 e I. MECATTI, *Commento*, cit., p. 777, che mettono in luce la consapevolezza di tali soggetti.

dall'art. 96-*bis* TUB, i fondi propri della banca, nonché le obbligazioni e i crediti derivanti da accettazioni, pagherò cambiari e operazioni in titoli.

Per quanto riguarda i fondi propri, è evidente che non si tratti di depositi, mancando un incondizionato obbligo di rimborso alla pari. Con riferimento alle obbligazioni e alle operazioni in titoli, si ricorda che anch'esse non rientrano nella definizione di deposito, in quanto strumenti finanziari ⁴⁴, ai sensi dell'art. 69-*ter* TUB ⁴⁵. Circa le accettazioni e i pagherò cambiari, si sostiene che essi configurino obblighi di pagamento da parte della banca piuttosto che di rimborso ⁴⁶.

È confermata anche l'esclusione dei depositi derivanti da transazioni in relazione alle quali sia intervenuta una condanna definitiva per riciclaggio, mentre non si fa più riferimento ai depositi e agli altri fondi rimborsabili al portatore, per quanto sia implicito che essi non siano ammissibili al rimborso, difettando la possibilità di verificare che non sia superato, in capo al depositante, il limite massimo di rimborso previsto dai sistemi di garanzia ⁴⁷.

Venendo, appunto, a tale limite, resta invariato l'importo massimo del rimborso pari a 100.000 euro per ciascun depositante ⁴⁸, ritenuto adeguato rispetto all'obiettivo di non lasciare una proporzione eccessiva di depositi priva di tutela, per garantire la protezione dei consumatori e la stabilità del sistema finanziario ⁴⁹. La DSGD precisa che il limite si applica al cumulo dei depositi presso la stessa banca, qualunque sia il numero dei depositi, la valuta e l'ubicazione nell'Unione europea ⁵⁰.

Per calcolare il limite l'art. 96-*bis*.1 dispone che: a) i depositi presso un conto di cui due o più soggetti sono titolari come partecipanti di un ente senza personalità giuridica sono trattati come se fossero effettuati da un unico depositante ⁵¹; b) se più soggetti hanno pieno diritto sulle somme depositate su un conto (contitolari), la quota spettante a ciascuno di essi è considerata nel calcolo; c) si tiene conto della compensazione di eventuali debiti del depositante nei confronti della banca, se esigibili alla data in cui si producono gli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, nella misura in cui la compensazione è possibile a norma delle disposizioni di legge o di previsioni contrattuali applicabili.

Il limite di 100.000 euro non si applica, quando la liquidazione coatta amministrativa interviene entro i nove mesi ⁵² successivi al loro accredito o al

⁴⁴ In ogni caso, gli investitori sono tutelati, in linea di principio, dai sistemi di indennizzo previsti dall'art. 59 del d.lgs. n. 58/1998.

⁴⁵ Il legislatore comunitario (considerando 30 DSGD) ha motivato l'esclusione dalla copertura dei prodotti finanziari (con la limitata eccezione dei certificati di deposito nominativi) per evitare di trasferire i rischi di investimento ai SGD.

⁴⁶ R. CERCONE, *Commento*, cit., p. 1243 e I. MECATTI, *Commento*, cit., p. 781.

⁴⁷ Si ricordi, inoltre, che secondo la DSGD, è depositante «il titolare o, in caso di conto congiunto, ciascuno dei titolari del deposito». È pacifico, invece, che un rapporto al portatore manchi del requisito della titolarità.

⁴⁸ Per evitare di minare la fiducia dei depositanti (considerando 23 DSGD) è però previsto (art. 19 DSGD) che gli Stati membri che, al 1° gennaio 2008, prevedevano un livello di copertura compreso tra 100.000 e 300.000 euro, possono riapplicare tale livello di copertura più elevato fino al 31 dicembre 2018.

⁴⁹ Cfr. considerando 21 DSGD.

⁵⁰ Cfr. art. 7, par. 1, DSGD.

⁵¹ Ad esempio, il deposito intestato ad uno studio legale associato è coperto per 100.000 euro, a prescindere dal numero dei soci.

⁵² L'art. 6 DSGD consentiva agli Stati membri di optare per un periodo di protezione variabile tra tre e dodici mesi.

momento in cui divengono disponibili, ai depositi di persone fisiche aventi ad oggetto importi derivanti da: a) operazioni relative al trasferimento o alla costituzione di diritti reali su unità immobiliari adibite ad abitazione; b) divorzio, pensionamento, scioglimento del rapporto di lavoro, invalidità o morte; c) pagamento di prestazioni assicurative, di risarcimenti o di indennizzi in relazione a danni per fatti considerati dalla legge come reati contro la persona o per ingiusta detenzione ⁵³.

La disapplicazione temporanea del limite massimo rimborsabile si riferisce, in conformità alla DSGD, alle sole persone fisiche, trattandosi di pagamenti connessi a eventi di particolare impatto sulle condizioni di vita o sociali del depositante: deve quindi concludersi che i depositi dei soggetti diversi dalle persone fisiche non potranno essere protetti dai sistemi di garanzia per più di 100.000 euro.

6. Obblighi di trasparenza

La direttiva 2014/49/UE afferma chiaramente che l'informazione dei depositanti è un elemento essenziale della loro tutela ⁵⁴.

A tale scopo, vista l'esigenza di armonizzazione massima dei sistemi di garanzia, è opportuno non solo che i depositanti siano informati in merito alla loro copertura e al SGD responsabile nei loro estratti conto ma anche che, a coloro che intendono aprire un deposito, siano fornite le stesse informazioni mediante un foglio di informazione standardizzato ⁵⁵.

Rispetto alla direttiva 94/19/CE l'elemento di novità è proprio rappresentato dalla standardizzazione dei contenuti informativi ai depositanti dell'Unione europea, che devono essere conformi a quanto previsto nel modulo allegato alla DSGD.

L'art. 3 del d.lgs. n. 30/2016 riporta la disciplina sulle informazioni da fornire ai depositanti, in attuazione di quanto previsto dall'art. 16 DSGD ⁵⁶. L'art. 96, comma 5, TUB dispone inoltre che la pubblicità e le comunicazioni connesse a tali obblighi informativi sono disciplinate secondo la normativa di trasparenza di cui al titolo V TUB.

Le informazioni previste dall'allegato alla DSGD devono essere messe a disposizione gratuitamente, secondo le modalità previste per i fogli informativi dall'art. 116 TUB e relative disposizioni attuative ⁵⁷. In particolare, al depositante deve essere consegnato, opportunamente compilato, il «Modulo standard per le informazioni da fornire ai depositanti», allegato alla DSGD, in tempo utile prima che il contratto sia concluso o che il depositante sia vincolato da

⁵³ Cfr. art. 96-bis.1, comma 4, TUB.

⁵⁴ Cfr. considerando 43 DSGD.

⁵⁵ Il legislatore comunitario è particolarmente attento a tale punto, prevedendo (considerando 29 e art. 16 DSGD) che i depositanti accusino ricevuta della consegna del foglio informativo, il cui contenuto deve essere necessariamente identico per tutti i depositanti.

⁵⁶ Le infrazioni di carattere rilevante alle disposizioni di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 30/2016 e alla relativa normativa secondaria attuativa sono punite con sanzione amministrativa pecuniaria da 30.000 euro al 10 per cento del fatturato, ai sensi dell'art. 144, commi 1 e 8, TUB.

⁵⁷ Cfr. Delibera CICR del 4 marzo 2003, come successivamente modificata e integrata, e Banca d'Italia, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, 29 luglio 2009 e successive modifiche e integrazioni.

un'offerta. La consegna del predetto modulo deve essere attestata per iscritto o attraverso altro supporto durevole.

È previsto altresì che le comunicazioni periodiche relative ai contratti di deposito previste dalla disciplina di trasparenza includano la conferma che il deposito è ammesso al rimborso e un riferimento al suddetto modulo, del quale deve essere fornita una versione aggiornata almeno una volta all'anno. Le comunicazioni periodiche devono contenere anche l'indicazione del sito web del sistema di garanzia pertinente, che a sua volta riporta le informazioni necessarie per i depositanti, in particolare quelle relative alla procedura e alle condizioni della tutela fornita dal sistema di garanzia.

Al fine di non pregiudicare la stabilità o la fiducia dei depositanti è inibito l'uso non regolamentato, a fini pubblicitari, di riferimenti al livello di copertura e all'ambito di copertura di un SGD⁵⁸. Pertanto, le banche hanno solo la facoltà di indicare negli annunci pubblicitari relativi ai contratti di deposito il sistema di garanzia che tutela il deposito pubblicizzato.

Sono inoltre previste informative specifiche nel caso di fusione della banca ove il cliente detiene il deposito o di ritiro od esclusione della banca dal sistema di garanzia⁵⁹.

Infine, l'art. 3 del d.lgs. n. 30/2016 prevede che la Banca d'Italia possa dettare disposizioni attuative, anche al fine di coordinarne la disciplina con quella di trasparenza. Le disposizioni della Banca d'Italia possono altresì prevedere che gli annunci pubblicitari relativi ai depositi contengano informazioni ulteriori rispetto a quelle consentite sopra richiamate. Al momento in cui si scrive la Banca d'Italia non ha ancora dettato disposizioni attuative in materia di trasparenza dei sistemi di garanzia dei depositanti, né integrato la disciplina secondaria di carattere generale in materia di trasparenza bancaria.

Né la DSGD né la normativa nazionale si preoccupano, a ben vedere, che i clienti, attuali e potenziali, delle banche siano informati circa l'assenza di garanzia di rimborso sui prodotti e servizi che prevedono, con varie forme tecniche, il sorgere di una posizione creditizia del cliente nei confronti della banca non rappresentata da un "deposito protetto".

Si tratta di un limite tutt'altro che trascurabile, perché esistono prodotti garantiti e non garantiti tra loro succedanei, almeno nella visione piuttosto semplicistica del consumatore di servizi finanziari: si pensi al conto corrente e alla carta prepagata evoluta, sul fronte dei servizi di cassa, e al conto deposito e all'obbligazione, in tema di risparmio.

È evidente che il cliente sia interessato a sapere non solo se un prodotto è garantito ma anche se non lo è. Ciò è tanto più vero quanto più la stessa funzione economica è svolta da prodotti diversi che vedono comunque come controparte la medesima banca. Attualmente l'informazione è prevista solo se positiva, per cui il cliente che, per esempio, abbia necessità di un servizio di cassa e valuti la soluzione della carta prepagata evoluta non sarà in grado di sa-

⁵⁸ Cfr. considerando 43 DSGD.

⁵⁹ L'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 30/2016 dispone che, nel caso di fusioni, cessioni o operazioni analoghe, nonché in caso di recesso o esclusione da un sistema di garanzia, la banca debba informare gratuitamente i depositanti dell'evento, per iscritto o attraverso altro supporto durevole, almeno un mese prima che l'operazione acquisti efficacia giuridica, a meno che l'autorità competente autorizzi un termine più breve per motivi di segreto commerciale o stabilità finanziaria. Ai depositanti è concesso un termine di tre mesi dalla notifica della fusione o della conversione od operazioni analoghe per ritirare o trasferire i depositi in un'altra banca, senza incorrere in alcuna penalità e conservando il diritto a tutti gli interessi e ai benefici maturati, nella misura in cui i depositi superino l'importo di 100.000 euro al momento dell'operazione.

pere che il suo credito non sarà garantito, mentre lo sarebbe stato se avesse sottoscritto un conto corrente.

7. Conclusioni

In attesa di un fondo di garanzia unico europeo, la direttiva 2014/49/UE rappresenta senza dubbio un passo in avanti nella costruzione di un solido sistema di regolazione del sistema bancario dell'Unione Europea e, in particolare, di governo delle crisi delle banche, grazie all'armonizzazione delle regole relative al funzionamento degli SGD e alla disciplina dei prestiti e della cooperazione tra gli stessi.

L'importanza dei sistemi di garanzia dei depositanti va al di là della loro finalità specifica, rappresentata dal rimborso dei depositanti in caso di insolvenza della banca depositaria, in quanto la loro presenza e il loro efficiente funzionamento consente di preservare la fiducia del risparmiatore ed evitare corse virali agli sportelli.

Il legislatore europeo ha dichiarato che la direttiva 2014/49/UE porterà ad un miglioramento dell'accesso ai SGD, grazie a un ambito di copertura più ampio e chiaro, termini di rimborso più rapidi, migliori informazioni e solidi requisiti di finanziamento ⁶⁰.

La ricostruzione di dettaglio delle disposizioni sul "perimetro protetto" e sugli obblighi di trasparenza ha però messo in luce contraddizioni e limiti, sui quali sarebbe opportuno intervenire per evitare che i risparmiatori adottino scelte inconsapevoli. In caso di crisi della banca, impatti gravosi e inaspettati sulle condizioni patrimoniali e sociali dei clienti, specialmente al dettaglio, minano la fiducia nel sistema finanziario, con il rischio di comprometterne la stabilità.

⁶⁰ Cfr. considerando 7 DSGD.



COMMENTI

La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le Autorità di regolazione?

di Angelo Maria Rovati¹

Nota a Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 febbraio 2016, n. 3

Presidente, Riccardo Virgilio – Estensore, Paolo Giovanni Nicolò Lotti

Secondo l'art. 27, comma 1-bis, decr. leg. 6 settembre 2005, n. 206, la competenza ad irrogare la sanzione per "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva" ex art. 26 del Codice del consumo spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche in ipotesi di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea.

La competenza ad irrogare la sanzione per pratiche commerciali aggressive spetta comunque all'Autorità garante della concorrenza del mercato, pure per il periodo precedente all'entrata in vigore del decr. leg. 21 febbraio 2014, n. 21.

Sussiste l'interesse alla decisione del ricorso ove è contestata la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad irrogare la sanzione per pratiche commerciali scorrette, pure per il periodo successivo all'entrata in vigore del decr. leg. 21 febbraio 2014, n. 21.

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo europeo e nazionale. – 2. La procedura di infrazione 2013/2169 e la mancata attuazione della direttiva 2005/29 nel settore delle comunicazioni elettroniche. – 3. L'ordinanza di rimessione e la nuova pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. – 4. Profili problematici della pronuncia dell'Adunanza plenaria. – 5. Il parere obbligatorio e non vincolante delle Autorità di regolazione ex art. 27, comma 1 bis, del Codice del consumo.

1. Il quadro normativo europeo e nazionale

È noto da tempo il conflitto di competenza tra Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi anche "AGCM") ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora innanzi anche "AGCOM") in materia di disciplina di tutela del consumatore nello specifico mercato delle comunicazioni elettroniche.

¹ Si precisa che le opinioni espresse dall'Autore, attualmente inquadrato presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sono frutto del suo personale convincimento, impegnano esclusivamente lo stesso e non possono in alcun modo essere ritenute come rappresentative di orientamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni o impegnative per la stessa.

che²; la prima infatti è chiamata ad applicare la disciplina generale di tutela del consumatore ex artt. 18 ss. decr. leg. 6 settembre 2005, n. 206, recante il “Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229” (d’ora innanzi anche “Codice del consumo”) che ha l’obiettivo di reprimere le pratiche commerciali scorrette (nel prosieguo anche “p.c.s.”); la seconda è invece chiamata a vigilare sul rispetto dei diritti degli utenti finali riguardo a trasparenza contrattuale, recesso dal contratto e messa a disposizione delle informazioni previste agli artt. 70 e 71 d.l. 1° agosto 2003, n. 259, recante il “Codice delle comunicazioni elettroniche” (d’ora innanzi anche “Codice delle comunicazioni elettroniche”)³, in questo specifico mercato.

Le competenze ora dette a tutela dei consumatori e l’esistenza stessa di Autorità amministrative indipendenti sono notoriamente conformi alle indicazioni del diritto dell’Unione europea ed anzi necessarie per la conformità dell’ordinamento italiano a quello UE⁴. L’Unione esercita una competenza con-

² In generale sul conflitto di competenze tra AGCM ed AGCOM in materia di tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche v. *ex multis* CARBONE-D’ADAMO-DELL’ORO, *Ambito di operatività dell’Antitrust e dell’Agcom e principio di specialità*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 883 ss.; NASTI, *Pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche: l’actio fiumum regundorum del Consiglio di Stato*, *ivi*, p. 1363 ss.; PERUGINI, *I “nuovi” strumenti di intervento dell’AGCM*, *ivi*; NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra AGCM e autorità di settore in merito all’applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Dir. merc. tecn.*, 2014, 11, p. 44 ss.; ROSSI CARLEO, *Il pubblico enforcement nella tutela dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 2014; PETTI, *Il riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati. Riflessioni sul decreto legislativo 21 febbraio 2014*, n. 21, in *federalismi.it*, 2015; RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *questa Rivista*, p. 89 ss.; ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “Codici di settore” (lo ius variandi nei Codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016; GALLO, *Sanzione per pratica commerciale considerata aggressiva – La competenza sanzionatoria nei rapporti tra AGCM ed altre Autorità indipendenti*, in *Giur.it.*, 2016, p. 1206 ss..

³ Le Autorità indipendenti riguardo alla protezione dei consumatori/utenti, ma anche a protezione di altri interessi come quelli alla tutela della concorrenza od alla sua promozione emettono, tra l’altro, inibitorie amministrative di attività nei confronti dei professionisti e/o delle imprese coinvolte. Le inibitorie amministrative consistono nell’ordine di astenersi da comportamenti lesivi di (altrui) diritti anche collettivi e/o diffusi provenienti da una pubblica autorità nell’esercizio di una competenza amministrativa in senso tradizionale o paragiurisdizionale. Quest’ultima funzione è tipica delle cd. autorità amministrative indipendenti e consiste nell’accertare e qualificare fatti, atti e comportamenti come leciti oppure illeciti in base ai criteri indicati dalla disciplina del settore che le stesse devono regolare e su cui devono vigilare.

L’attività svolta dalle cd. *Authorities* ivi compresa quella cd. paragiurisdizionale ha tuttavia natura amministrativa e non giurisdizionale in senso proprio: e questo tra l’altro perché è in via residuale attività amministrativa quanto non è riservato dalla legge alla competenza dell’Autorità giudiziaria e del Parlamento. La funzione paragiurisdizionale consiste quindi anche nel risolvere i conflitti tra gli operatori presenti sul mercato regolato e vigilare sugli stessi, sanzionandone le inosservanze. Su questi temi v. *ex multis* in dottrina GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, Roma, 2009, 2 ed., p. 261; CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, DIKE, Roma, 2010, p. 662; TONOLETTI, *La tutela della proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, 2013, p. 341; ed in giurisprudenza ad esempio Cass. 20 maggio 2002 n. 7341, in *Giur.it.*, 2003, 856, secondo cui “l’ordinamento giuridico non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli artt. 111 e 97”. In generale sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti sui relativi procedimenti sanzionatori v. *ex multis* CAMARDI, *Inibitorie amministrative di attività*, in *AIDA*, 2012, p. 268 ss.; MIRONE, *Verso la despecializzazione dell’Autorità antitrust. Prime note sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell’art. 37-bis cod. cons.*, *ivi*, p. 296 ss.; v. R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 340 ss.; BRUZZONE-BOCCACCIO-SAJA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti nella prospettiva europea*, *ivi*, p. 387 ss..

⁴ L’art. 30 della proposta COM(2016) 287 presentata dalla Commissione europea in data 25 maggio 2016, che modifica la direttiva 2010/13/UE, obbliga gli Stati membri ad istituire Autorità

corrente a quella degli Stati membri in materia di protezione dei consumatori ex art. 4 par. 2, lett. f), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora innanzi TFUE): più specificamente, secondo l'art. 169 TFUE, “[a]l fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”. La UE ha adottato misure attuative di questa norma di diritto primario con l'obiettivo di realizzare il mercato interno; in questo quadro essa ha emanato una normativa di carattere generale a tutela dei consumatori, la direttiva 2005/29 dell'11 maggio 2005, “relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»)” ed accanto ad essa norme protettive dei loro interessi in mercati oggetto di specifica regolazione, come ad esempio quello delle comunicazioni elettroniche disciplinato, tra l'altro dalla direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 “relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale)”, modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 “recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori”. In via di prima approssimazione, tra le discipline ora dette esiste un rapporto di specialità e complementarietà, per cui la seconda pone norme protettive “settoriali” per il mercato delle comunicazioni elettroniche, che è stato e continua ad essere oggetto di una regolazione *ex ante* volta alla promozione della concorrenza ed al superamento dei preesistenti monopoli *de facto* o *de iure* ex art. 106 TFUE.

Più in generale, è evidente che non è sempre chiaro il rapporto tra intervento volto all'apertura concorrenziale di un mercato (ove precedentemente esisteva un monopolista) esercitato *ex ante* dalle Autorità nazionali di regolazione (ANR) e controllo sulla concorrenzialità del mercato *ex post* realizzato dalla Commissione e/o dalle Autorità nazionali istituzionalmente volte alla tutela della concorrenza (ANC); in queste ipotesi infatti il rischio di sovrapposizione tra attività delle prime e delle seconde è tutt'altro che inesistente, con possibili problemi dal punto di vista del *ne bis in idem* sostanziale e procedimentale⁵.

La direttiva 2005/29 ha come obiettivo in materia di tutela del consumatore

indipendenti di regolazione anche per il settore dell'audiovisivo disciplinato nella dir. 2010/13. In questo modo dette competenze sono espressamente sottratte agli apparati amministrativi direttamente subordinati al Governo e/o al Ministro competente ed ai loro indirizzi politici. È evidente che sul punto la legislazione italiana è già conforme proprio grazie all'istituzione di AGCOM operata con l. 249/1997 ed alla sue competenze in materia di vigilanza, tutela del pluralismo e regolazione nel settore dell'audiovisivo.

⁵ Su questo tema v. in dottrina ad esempio MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, CEDAM, 2013, p. 7 ss. e MANNONI, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Il Mulino, 2014, p. 70 ss..

la piena armonizzazione delle discipline nazionali. Conseguentemente, gli Stati membri non possono mantenere od introdurre disposizioni derogative *in peius*, ma neppure *in melius* degli interessi dei soggetti protetti: questa conclusione emerge chiaramente sia dalla lettera dei considerando 14 e 15 secondo cui questa direttiva è “*impostata sull’armonizzazione completa*”, sia dalle pronunce della Corte di giustizia 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07, *Total Belgium* e 14 gennaio 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung*, secondo cui “[l]a direttiva procede [...] a un’armonizzazione completa a livello comunitario. Pertanto [...] gli Stati membri non possono adottare misure più restrittive di quelle definite dalla direttiva, anche al fine di garantire un livello più elevato di tutela dei consumatori”⁶.

La direttiva 2005/29 e quindi il Codice del consumo, che la recepisce nell’ordinamento nazionale, si articolano secondo la seguente struttura: (a) una clausola generale che definisce la scorrettezza di una pratica commerciale quando la stessa è contemporaneamente contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare in modo rilevante il comportamento economico del consumatore medio (cfr. artt. 5 par. 2 e 3 direttiva 2005/29, e 20, comma 2 e 3, del Codice)⁷; (b) due ampie definizioni di pratica commerciale ingannevole (artt. 6 direttiva 2005/29 e 21 del Codice), comprendente anche le omissioni ingannevoli (artt. 7 direttiva 2005/29 e 22 del Codice) e di pratica commerciale aggressiva (artt. 8-9 direttiva 2005/29 e 24-25 del Codice)⁸; (c) due *black list* di pratiche in ogni caso ingannevoli ed aggressive (allegato I alla direttiva recante “*Pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali*”, rispettivamente artt. 23 e 26 del Codice).

In generale, una pratica ingannevole altera il comportamento economico del consumatore inducendolo in errore sulla natura e le caratteristiche di un prodotto o servizio ampiamente intese; invece una pratica aggressiva altera la libertà di scelta dello stesso, cercando di condizionare la sua volontà anche mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica od indebito condizionamento. L’art. 20, comma 2, del Codice del consumo adotta come parametro per valutare la correttezza di una pratica commerciale il “*consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta*”, oppure il “*membro medio di un gruppo qualora [la stessa] sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*”. La scelta di questo parametro non è stata fatta dal legislatore nazio-

⁶ Così il punto 50 della citata pronuncia C-304/08 e la lettera di costituzione in mora della Commissione per la procedura di infrazione 2013/2169, che recepisce queste indicazioni.

⁷ In particolare secondo il citato art. 20, comma 2 “[u]na pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”.

⁸ In particolare rispettivamente secondo l’art. 21, comma 1 “[è] considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso” e l’art. 24 “[è] considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

nale, ma da quello europeo all'art. 5, par. 2, lett. b), direttiva 2005/29/CE ed al considerando 18 della medesima⁹.

Prima la direttiva 2002/22/CE ed oggi la direttiva 2009/136/CE introducono disposizioni speciali di protezione per l'utente dei servizi di comunicazione elettronica sancendo, tra l'altro, per le imprese del settore l'obbligo di fornire ai loro clienti informazioni complete e trasparenti. Queste direttive in materia di tutela degli utenti nel mercato delle comunicazioni elettroniche costituiscono quindi *lex specialis* rispetto alla *lex generalis* di cui alla direttiva 2005/29.

Il n. 14 direttiva 2009/136/CE riformula gli artt. 20-22 direttiva 2002/22/CE: in proposito il nuovo art. 20 par. 1 prescrive che il contratto tra imprese che forniscono servizi di connessione ad una rete di comunicazione pubblica e/o a

⁹ Detto considerando fornisce pure una definizione puntuale di consumatore medio secondo cui "[c]onformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali". Anche il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale (60ª edizione, in vigore dal 12 novembre 2015) fa riferimento al parametro del consumatore medio a partire dalla 44ª edizione dello stesso conformemente all'indicazione della dir. 2005/29 ed all'art. 20, comma 2, del Codice del consumo (cfr. l'art. 2, comma 2 del Codice nella versione attualmente vigente secondo cui "[n]el valutare l'ingannevolezza della comunicazione commerciale si assume come parametro il consumatore medio del gruppo di riferimento"). Recependo le indicazioni europee e nazionali, il Codice di autodisciplina ed il Giurì hanno quindi abbandonato il criterio autodisciplinare tradizionale relativo al consumatore più sprovveduto, cioè quello meno agguerrito criticamente nei confronti della pubblicità. Sul parametro del consumatore medio v. in generale *ex multis* TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI *La proprietà intellettuale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 421 ss.

Sulla definizione di consumatore medio v. ad esempio il punto 78 della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea 19 settembre 2006, causa C-356/04, *LidlBelgiumGmbH & Co KG*, (disponibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=64423&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=306633>) secondo cui "i detti organi giurisdizionali devono, da un lato, prendere in considerazione la percezione del consumatore medio dei prodotti o servizi oggetto della pubblicità di cui trattasi, di regola informato e ragionevolmente attento e avveduto (v. sentenze X, precitata, punti 15 e 16; 16 luglio 1998, causa C-210/96, *GutSpringenheide e Tusky*, Racc. pag. I-4657, punto 31; 13 gennaio 2000, causa C-220/98, *EstéeLauder*, Racc. pag. I-117, punto 27; 24 ottobre 2002, causa C-99/01, *Linhart e Biffi*, Racc. pag. I-9375, punto 31, e *PippigAugenoptik*, precitata, punto 55). Nel caso di specie, i due sistemi pubblicitari controversi si rivolgono non a un pubblico specializzato, ma al consumatore finale che effettui i suoi acquisti di consumo corrente in una catena di grandi magazzini".

L'art. 20, comma 3, del Codice pone una regola puntuale, ma coerente con il principio espresso al citato comma 2. Tale norma riprende testualmente ed attua nell'ordinamento nazionale l'art. 5, par. 3, ed il considerando 19 dir. 2005/29, essa stabilisce quindi una protezione rafforzata a favore sia di bambini ed adolescenti sia di soggetti la cui capacità decisionale sia influenzata da altri fattori come l'età avanzata, la salute ed ulteriori situazioni di disagio come ad esempio l'esistenza di problemi estetici. Quindi le cautele adottate dal professionista riguardo ad una comunicazione commerciale rivolta ad un pubblico "generico", non saranno sufficienti ad esempio per una comunicazione indirizzata ad un pubblico composto da minori. Su queste tematiche v. in dottrina *ex multis* PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr. eur.*, 2007, p. 756 ss. e COTTAFAVI, *sub art. 20 del Codice del consumo*, in L.C. UBERTAZZI *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 6 ed., 2016. Riguardo alle pronunce di AGCM relative ad un determinato gruppo di consumatori ex art. 20, comma 2, del Codice v. ad esempio PS 6285 – *Fin.news-pubblicità finanziamenti*, Provvedimento n. 22314, del 20 aprile 2011, con riferimento alla "debolezza dei destinatari, soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche" (punto 17) e PS 5854 – *Studio Rivolution 2009*, Provvedimento n. 22673, del 4 agosto 2011, con riferimento alla "situazione di debolezza in cui si trovano i destinatari dell'inserzione pubblicitaria, normalmente soggetti in cerca di un'occupazione e, pertanto, facilmente attratti da offerte di lavoro all'apparenza allettanti" (punto 26).

servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico deve indicare alcune informazioni minime al consumatore in modo chiaro, dettagliato e facilmente comprensibile; l'art. 20 par. 2 prevede che *“gli abbonati abbiano il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di modifiche delle condizioni contrattuali proposte dalle imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica”*; il nuovo art. 21 par. 1 prevede, tra l'altro, che gli Stati membri attribuiscono alle ANR il potere di *“imporre alle imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazione elettronica e/o servizi accessibili al pubblico di comunicazione elettronica di pubblicare informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe vigenti, a eventuali commissioni per cessazione di contratto e a informazioni sulle condizioni generali vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti agli utenti finali e ai consumatori”*; secondo il nuovo par. 2 le medesime ANR *“promuovono la fornitura di informazioni che consentono agli utenti finali e ai consumatori di valutare autonomamente il costo di modalità d'uso alternative, ad esempio mediante guide interattive o tecniche analoghe”*; ed infine i parr. 3 e 4 sanciscono altri obblighi informativi a favore degli utenti. Il Codice delle comunicazioni elettroniche ha recepito queste norme europee agli artt. 70 e 71.

I conflitti tra normativa europea generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina speciale delle comunicazioni elettroniche sono affrontati in due diverse norme. Anzitutto, con riferimento a tutte le discipline consumeristiche speciali, l'art. 3 par. 4 direttiva 2005/29 prevede che *“[i]n caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici”*, secondo il cons. 10 della medesima *“la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore”*. La norma ora citata, letta alla luce del relativo considerando, sancisce chiaramente il principio della prevalenza della *lex specialis*. L'art. 19, comma 3, del Codice del consumo ha attuato questa norma europea nell'ordinamento domestico¹⁰. Anche la direttiva 2002/22 come modificata dalla direttiva 2009/136 pone una norma di coordinamento; infatti secondo l'art. 1 par. 4 *“[l]e disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario”* (sottolineature aggiunte). Quindi quest'ultima norma anche nel settore delle comunicazioni elettroniche fa espressamente salva l'applicazione della disciplina europea consumeristica generale.

¹⁰ Secondo questa norma *“[i]n caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici”*.

2. La procedura di infrazione 2013/2169 e la mancata attuazione della direttiva 2005/29 nel settore delle comunicazioni elettroniche

Il Consiglio di Stato si è pronunciato diverse volte anche in Adunanza Plenaria sui conflitti di competenza tra AGCM ed altre Autorità indipendenti preposte alla tutela del consumatore in settori specifici, giungendo a soluzioni non sempre univoche. Ad esempio il Consiglio di Stato aveva affermato la competenza di CONSOB per le pratiche commerciali scorrette poste in essere nel settore finanziario, attribuendo in questo caso competenza per la protezione del risparmiatore/investitore all'Autorità di vigilanza settoriale¹¹; analogamente, l'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 13 del 2012, aveva sancito la competenza di AGCOM e non di AGCM per le p.c.s. nel settore delle comunicazioni elettroniche, stabilendo così la prevalenza della *lex specialis* (il Codice delle comunicazioni elettroniche) sulla *lex generalis* (il Codice del consumo)¹².

L'Adunanza Plenaria, più precisamente, aveva stabilito la prevalenza della normativa speciale al ricorrere di due condizioni: (i) la specificità della disciplina settoriale e (ii) la completezza ed esaustività della stessa rispetto a quella generale ai sensi del Codice del consumo.

In un primo momento anche il legislatore domestico aveva recepito quest'orientamento, stabilendo con l'art. 23, comma 12 – *quindiquiesdecies*, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 (convertito con modifiche dalla l. 7 agosto 2012, n. 135) che *“la competenza ad accertare e sanzionare [le pratiche commerciali scorrette] è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esiste una regolamentazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e san-*

¹¹ Consiglio di Stato 3 ottobre 2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹² Secondo la pronuncia dell'A.P. 11 maggio 2012, n. 13 “[i]l D.L. n. 7/2007, come convertito nella legge n. 40/2007, attribuisce alla competenza della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di stabilire regole, di vigilare e di sanzionare chi violi le disposizioni concernenti la ricarica nei servizi di telefonia mobile, la trasparenza e la libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet, con esclusione di una competenza concorrente della Autorità per la concorrenza nel mercato, che è invece titolare del potere di valutare autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che integrano le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza” e “[o]ve la medesima fattispecie sia prevista tanto da una disciplina generale, come da una disciplina speciale, e questa seconda riproduca tutti gli elementi della prima, e aggiunga un ulteriore elemento di specificità, il principio di specialità è da considerarsi prevalente”, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 953.

Tuttavia riguardo al mercato bancario con riferimento a condotte anteriori all'entrata in vigore del decr. leg. 13 agosto 2010 n. 141, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la competenza di AGCM e non della Banca d'Italia per l'applicazione della disciplina delle p.c.s. ad un'impresa del settore finanziario soggetta alla disciplina del Testo unico bancario, attribuendo quindi competenza ad AGCM in quanto Autorità preposta in generale alla tutela del consumatore. Secondo A.P. 11 maggio 2012, n. 14, infatti *“occorre ribadire e precisare quanto già evidenziato dal primo giudice, e cioè che il t.u.b. – quanto meno nella versione vigente all'epoca dei fatti per cui è causa – non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore. [...] Risulta dunque confermato che il d.lgs. n. 385 del 1993, nella versione che qui interessa, era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale. In particolare, resta fuori dall'area del controllo e delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e risparmiatore finalizzato all'acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell'operatore”*.

zionatori e limitatamente agli aspetti regolati”¹³. Successivamente, anche il Tar Lazio aveva applicato le conclusioni raggiunte dall’Adunanza Plenaria in materia di comunicazioni elettroniche¹⁴ e lo aveva pure esteso ad un altro settore per cui è prevista una disciplina specifica di tutela del consumatore, quello assicurativo¹⁵.

Il 18 ottobre 2013 la Commissione europea ha peraltro inviato al Governo italiano una lettera di costituzione in mora ex art. 258 TFUE¹⁶, lamentando la scorretta attuazione delle direttive 2005/29 e 2009/136 nell’ordinamento nazionale. Dato l’obiettivo di piena armonizzazione perseguito dalla direttiva 2005/29, gli Stati membri non possono introdurre disposizioni né meno protettive né maggiormente protettive degli interessi dei consumatori. In questo quadro, l’art. 23, comma 12 – *quindiquiesdecies*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 e le pronunce dell’A.P. del 2012 sulla competenza di AGCOM non avrebbero assicurato nel settore delle comunicazioni elettroniche un livello adeguato di protezione per i consumatori coerente allo *standard* previsto dalla direttiva 2005/29; conseguentemente la legislazione domestica non avrebbe coerentemente attuato gli artt. 3 par. 4, ed 11-13 direttiva 2005/29, nonché 1 par. 4 direttiva 2009/136.

Secondo la Commissione le disposizioni settoriali speciali previste a tutela del consumatore prevalgono su quelle generali ex art. 3 par. 4 direttiva 2005/29 (letto alla luce del considerando 10) al ricorrere di tre precise condizioni:

- (i) le norme speciali attuano nell’ordinamento domestico disposizioni dell’Unione;
- (ii) riguardano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette;
- (iii) esiste un contrasto tra queste norme di settore e la direttiva “generale” 2005/29.

Sul punto (iii) è importante riportare le parole della Commissione secondo cui «[i]l termine “contrasto” ai sensi dell’art. 3 paragrafo 4, della direttiva fa chiaramente riferimento all’opposizione o all’incompatibilità tra norme. In tal senso, le norme nazionali di recepimento di altre direttive dell’UE che sono più

¹³ Su questi temi ed anche per ulteriori citazioni v. COTTAFAVI, *sub art. 19 Codice del consumo*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit.; ALESSANDRI, *sub art. 27 Codice del consumo*, *ivi*.

¹⁴ Sul tema v. TAR Lazio, 18 febbraio 2013, n. 1742, in *Leggi d’Italia De Agostini*, secondo cui “[i]l principio di specialità – sancito nell’art. 19 d.lgs. 206/2005 (Codice del consumo) – comporta che la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette non possa trovare applicazione quando sussista una disciplina speciale di settore che non si limiti a regolare puntualmente e compiutamente il contenuto degli obblighi di correttezza, sotto il profilo informativo e di condotta, in una specifica materia, ma definisca anche i relativi poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori, attribuendoli ad una Autorità settoriale”; e TAR Lazio, 18 febbraio 2013, n. 1752, *ivi*, con analoga affermazione.

¹⁵ Così la lettera di contestazione pag. 5 che cita la pronuncia del TAR Lazio, 17 gennaio 2013, n. 535, secondo cui “le disposizioni normative in rassegna evidenziano l’attribuzione in capo all’ISVAP di una generale competenza nella materia delle assicurazioni private anche con specifico riferimento alla tutela del consumo; dal descritto quadro normativo risulta infatti l’attribuzione all’Istituto di chiari e specifici poteri interdittivi, sanzionatori e prescrittivi in materia di pubblicità di prodotti assicurativi avendo, oltretutto, l’ISVAP dato attuazione alle disposizioni in questione mediante la suindicata Circolare, applicabile a tutte le fattispecie di pubblicità di prodotti assicurativi. [...] Tanto basta [...] per risolvere in favore dell’ISVAP il conflitto di competenze con l’AGCM in merito all’applicazione della normativa in materia di tutela del consumatore con riguardo ai prodotti assicurativi e per decretare la conseguente esclusione dell’applicazione delle norme generali del Codice del Consumo alla condotta in esame”.

¹⁶ Nell’ambito della procedura d’infrazione 2013/2169.

specifiche della direttiva pratiche commerciali sleali prevalgono su quest'ultima con riguardo agli aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali che sono regolati in modo incompatibile. Ciò significa che, in qualunque altro caso, i requisiti informativi specifici che possono essere previsti da norme settoriali fondate sul diritto dell'Unione si aggiungono ai requisiti generali disposti dalla direttiva» (sottolineatura nell'originale). Quindi, la direttiva 2005/29 rispetto alle diverse disposizioni settoriali di origine europea opererebbe come «una “rete di sicurezza” che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali comuni a tutti i settori, “colmando le lacune” di altre specifiche normative settoriali»¹⁷. La Commissione legge quindi così il principio di specialità sancito all'art. 3 par. 4 direttiva 2005/29 ed ancora ricorda che l'art. 1 par. 4 direttiva 2009/136, in materia di protezione degli utenti nello specifico mercato delle comunicazioni elettroniche, fa coerentemente salva l'applicazione della disciplina generale di protezione del consumatore ex direttiva 2005/29.

Venendo alle pronunce dell'Adunanza Plenaria oggetto della lettera di costituzione in mora, la Commissione ha ritenuto che la disciplina italiana ex artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche non disciplini in modo esaustivo e completo le pratiche commerciali scorrette in questo settore e che l'adempimento degli specifici obblighi informativi ivi previsti non possa ritenersi equivalente ed addirittura “assorbente” rispetto all'applicazione della disciplina generale prevista nel Codice del consumo. Infatti, l'adempimento da parte del professionista di tutti gli obblighi informativi previsti nella fase pre-contrattuale in base al Codice delle comunicazioni elettroniche non esclude che l'impresa ponga comunque in essere pratiche scorrette a danno dei consumatori in base alle ampie e generali definizioni di scorrettezza di una pratica commerciale, ingannevolezza ed aggressività della stessa previste nel Codice del consumo: per cui questi obblighi informativi specifici si aggiungono e non sostituiscono quanto disciplinato in generale nel Codice del consumo. Ulteriormente, secondo la Commissione, la correttezza oppure la scorrettezza di una pratica commerciale non può essere determinata in generale *ex ante* ma unicamente *ex post* con riguardo a tutte le circostanze del caso concreto (sul punto sembra di notare una certa “assonanza” rispetto al concorso tra valutazione *ex ante* sull'apertura concorrenziale di uno specifico mercato ad opera delle ANR e valutazione generale *ex post* sulla concorrenzialità nel caso concreto operata dalle ANC ai sensi del diritto europeo e nazionale *antitrust*, con tutte le conseguenze sostanziali e procedurali legate alla possibile esistenza di una “doppia barriera” per le imprese del settore)¹⁸.

¹⁷ Così la lettera di contestazione pag. 6. Sulle affermazioni della Commissione e sulla interpretazione che quest'ultima ha adottato del principio di specialità ex art. 3 par. 4 dir. 2005/29 v. anche NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, cit., 56, disponibili all'indirizzo http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2014/07/DIMT2014_1.pdf, secondo cui “la vis espansiva della direttiva 2005/29/CE non si limiterebbe a colmare le lacune della normativa speciale, ma si affiancherebbe ponendo ulteriori oneri agli obblighi informativi ritenuti sufficienti dalla regolamentazione settoriale (anch'essa di matrice comunitaria) ed imponendo in capo al professionista un duplice regime informativo, anche qualora l'Autorità di settore, delegata a regolare, vigilare e sanzionare l'operato dei professionisti del settore, abbia legittimamente ritenuto sufficiente un diverso grado o un diverso tipo (non incompatibile) di onere informativo”; quest'interpretazione secondo l'autorevole dottrina citata dovrebbe tuttavia essere vagliata dalla Corte di giustizia UE anche riguardo al principio del *ne bis in idem*.

¹⁸ MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo*, cit., p. 16 ss., secondo cui l'esistenza di questa doppia barriera per le imprese (regolazione da un lato con competenza delle ANR, tutela

La Commissione ricorda poi che l'art. 1 par. 4 direttiva 2009/136 fa salva anche in materia di comunicazioni elettroniche l'applicazione della disciplina generale a tutela del consumatore e che gli artt. 11-13 direttiva 2005/29 obbligano gli Stati membri a prevedere misure adeguate ed efficaci per contrastare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette.

Conclusivamente, la Commissione ritiene che a seguito dell'introduzione dell'art. 23, comma 12 – *quindiquiesdecies*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 e delle pronunce dell'Adunanza Plenaria del 2012, a prescindere dalla ripartizione delle competenze tra le autorità amministrative nazionali: (i) in Italia non vi sia alcuna Autorità preposta al rispetto della direttiva 2005/29 nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche e conseguentemente che (ii) lo Stato italiano abbia violato gli artt. 3 par. 3, 11-13, direttiva 2005/29, nonché 1 par. 4 direttiva 2002/22, come modificata dalla direttiva 2009/136.

3. L'ordinanza di rimessione e la nuova pronuncia dell'Adunanza plenaria

A seguito della lettera di richiamo ora analizzata, come noto, il legislatore nazionale ha introdotto l'art. 27, comma 1 *bis*, del Codice del consumo secondo cui *“anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente”*.

La novella non ha tuttavia completamente chiarito le reciproche competenze di AGCM e delle ANR in materia di tutela del consumatore: per questo motivo la sesta sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza del 18 settembre 2015, ha nuovamente rimesso detta questione all'Adunanza Plenaria ex art. 99 c.p.a.

La sezione rimettente ha offerto alla Plenaria due diverse interpretazioni dell'art. 27, comma 1 *bis*. Una prima interpretazione valorizza la lettera dell'art. 27 ed attribuisce ad AGCM competenza generale in materia di pratiche commerciali scorrette anche nei settori specificamente regolati dalle ANR: e questo pure in ipotesi di norme speciali settoriali attuative di disposizioni UE che regolano in modo completo specifici aspetti delle pratiche scorrette. La seconda interpretazione attribuisce invece competenza ad AGCM nei settori specificamente regolati soltanto se le norme speciali non prevedano già *ex ante* una disciplina completa ed esaustiva attribuendo espressamente competenza alle ANR. Quindi, se la disciplina di settore è incompleta troverebbe applicazione esclusivamente ad opera di AGCM il Codice del consumo; diversamente se le norme speciali fossero di per sé esaustive, sarebbe competente la ANR che la legge individua per la loro applicazione. Ad avviso della sezione rimettente, quest'ultima lettura sarebbe stata più coerente con l'interpretazione del principio di specialità ex art. 3 par. 4 direttiva 2005/29 formulata dalla Commissione nella lettera di richiamo¹⁹.

della concorrenza dall'altro con competenza delle ANC) sarebbe contraria al principio del *ne bis in idem*.

¹⁹ Per un'esposizione delle diverse argomentazioni offerte dalla sezione rimettente all'A.P. v.

La soluzione accolta dalla successiva pronuncia dell'Adunanza Plenaria, 9 febbraio 2016, n. 3, è stata peraltro assai diversa. Il complesso iter logico-giuridico seguito in tale pronuncia può essere così sintetizzato:

(a) il Consiglio di Stato risolve il conflitto tra disciplina delle pratiche commerciali aggressive ex artt. 24-26 del Codice del consumo e violazione degli obblighi informativi ex artt. 70-71 del Codice delle comunicazioni elettroniche in termini di “*progressione illecita*” alla luce del principio di assorbimento-consunzione o *ne bis in idem* sostanziale. Questa regola è un criterio di matrice penalistica²⁰ che ha la funzione di risolvere le ipotesi di concorso apparente tra disposizioni sanzionatorie tutte astrattamente applicabili ad un determinato caso concreto non sulla base di un rapporto logico tra norme (come ad esempio quello di specialità), ma di valore. Si determina così l'esclusione del concorso di norme quando la commissione di un illecito sanzionato più gravemente comporta secondo l'*id quod plerumque accidit* la commissione di uno meno grave, che in base ad una valutazione di carattere normativo-sociale è assorbito e proporzionalmente sanzionato attraverso la pena comminata per il primo; detto principio porta quindi a sanzionare una sola volta condotte cui può attribuirsi un disvalore sociale omogeneo e ad evitare in questo modo un indebito moltiplicarsi delle sanzioni. Così declinata, la semplice violazione di obblighi informativi può essere ritenuta soltanto un elemento (peraltro accessorio) della più grave pratica commerciale aggressiva posta in essere, tra l'altro, attraverso la violazione degli obblighi ora detti. Una pratica commerciale aggressiva di tal genere richiede infatti un elemento in più rispetto all'inadempimento ai predetti obblighi informativi consistente in un condizionamento operato dal professionista che ha come esito la limitazione considerevole od addirittura l'esclusione della libertà di scelta dei consumatori. Quindi il disvalore socio-economico dell'inadempimento agli obblighi informativi deve ritenersi compreso e “consumato” con la più grave sanzione per le pratiche commerciali aggressive, diversamente vi sarebbe una moltiplicazione ingiustificata di sanzioni differenti applicate da Amministrazioni diverse a carico di una medesima impresa per condotte che devono ritenersi socialmente ed economicamente unitarie. A questo proposito la disposizione sanzionata più gravemente deve ritenersi quella in materia di pratiche commerciali aggressive²¹.

(b) Il Collegio non rigetta del tutto le conclusioni raggiunte dall'Adunanza Plenaria nel 2012 a proposito dell'applicazione del principio (anch'esso impiegato per risolvere le ipotesi di concorso apparente tra disposizioni sanzionatorie) di specialità. Infatti la prevalenza delle norme speciali contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche su quelle generali recate nel Codice del

RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, cit., p. 110 ss.

²⁰ Sul principio del *ne bis in idem* in materia penale v. per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, 7 ed., 636 ss.

²¹ Infatti secondo l'art. 27, comma 9 del Codice del consumo “[c]on il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro”; invece secondo l'art. 98, comma 16, del Codice delle comunicazioni elettroniche “[i]n caso di inosservanza delle disposizioni di cui agli articoli 60, 61, 70, 71, 72 e 79 il Ministero o l'Autorità, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 58.000,00 ad euro 580.000,00”. La sanzione comminabile da AGCM è quindi più afflittiva nel massimo edittale, pur non essendolo nel minimo visto che può essere astrattamente applicata anche a professionisti che abbiano un'attività economica davvero limitata e rilevante soltanto a livello locale.

consumo richiede l'eshaustività e la completezza delle prime rispetto alle seconde: nel caso qui esaminato la condotta contestata all'operatore telefonico non è completamente disciplinata nelle norme di settore. Infatti, come rilevato, la mera violazione degli obblighi informativi non comporta e non sanziona adeguatamente e proporzionalmente anche la limitazione considerevole o l'esclusione della libertà di scelta del soggetto parte debole del rapporto contrattuale.

4. Profili problematici della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

Un'attenta dottrina a commento di questa pronuncia rileva almeno due aspetti problematici: (i) «*ci si domanda se la soluzione delineata con riferimento ad ipotesi costituenti pratiche commerciali aggressive possa essere utilizzata anche in presenza di pratiche commerciali "ingannevoli": leggendo la pronuncia, del resto, si ha quasi la sensazione che l'Adunanza Plenaria abbia consciamente limitato il principio di diritto alla ipotesi più grave di pratica commerciale aggressiva*» e (ii) «*risulta parimenti poco chiaro se l'interpretazione fornita dai giudici sia destinata ad assumere l'aspetto di una regola certa e ripetibile serialmente, oppure, di converso, se necessiti (cosa che sembrerebbe lasciare intendere la pronuncia) di una valutazione caso per caso, con la conseguenza, in questa seconda ipotesi, di poter vedere notevolmente indeboliti, a pregiudizio di consumatori ed operatori, principi cardine quali quelli di certezza del diritto e di effettività della tutela*»²².

La mia breve analisi prova a partire da queste domande.

(a) Risponderei positivamente alla prima affermazione. Infatti, nonostante l'Adunanza Plenaria abbia limitato più o meno consapevolmente l'ambito del proprio *dictum* alle sole pratiche commerciali aggressive, il principio costituzionale di uguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost. impone un trattamento uguale di fattispecie omogenee, per cui la pronuncia della Plenaria dovrebbe essere estesa pure all'ipotesi di pratiche commerciali ingannevoli e quindi a tutta la materia delle pratiche commerciali scorrette ex artt. 19 ss. del Codice del consumo. Del resto, sul punto, il legislatore non ha voluto distinguere in linea di principio tra ipotesi meno grave di pratiche commerciali ingannevoli ed ipotesi più grave di pratiche aggressive, assoggettandole tutte al medesimo trattamento sanzionatorio ex art. 27 Codice del consumo (con riferimento alle sanzioni amministrative pecuniarie si veda in particolare l'art. 27, commi 9²³, 10 e 12).

(b) Data la mia prima affermazione risponderei positivamente pure alla seconda domanda: infatti soltanto un'interpretazione ampia di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria mi pare risultare coerente con l'art. 3 par. 4 direttiva

²² Così RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, cit., pp. 112-113.

²³ Con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli l'unica graduazione della sanzione amministrativa pecuniaria in base alla tipologia di condotta è quella riguardante l'art. 21, commi 3 e 4 secondo cui "[è] considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza" ed "[è] considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza".

2005/29, come interpretato dalla Commissione. Inoltre, quest'interpretazione, come sopra rilevato, favorirebbe la certezza del diritto e la prevedibilità per le imprese di settore.

(c) Come visto *supra*, la lettera di richiamo della Commissione fornisce un'interpretazione dell'art. 3, par. 4, direttiva 2005/29 e quindi del principio di specialità tra norme generali e disposizioni settoriali a tutela del consumatore; in particolare secondo la Commissione il termine “*contrasto*” si riferisce “*all'opposizione o all'incompatibilità tra norme*”, con la conseguenza che “*in qualunque altro caso, i requisiti informativi specifici che possono essere previsti da norme settoriali fondate sul diritto dell'Unione si aggiungono ai requisiti generali disposti dalla direttiva*” (sottolineatura nell'originale). Quindi, le disposizioni previste nelle direttive 2002/22 e 2009/136, non prevedendo un *corpus* normativo autonomo ed autosufficiente, non possono prevalere su quelle della direttiva 2005/29; analogamente a livello nazionale gli artt. 70 e 71 Codice delle comunicazioni elettroniche non pregiudicano l'applicazione degli artt. 20, 24 e 26. Ma, *a contrario*, i requisiti informativi previsti nel Codice delle comunicazioni elettroniche si possono aggiungere all'applicazione del Codice del consumo, se ben interpreto il pensiero della Commissione. Nel caso di specie AGCM aveva contestato a Vodafone Omnitel la violazione degli artt. 20, 24, 25 e 26, lett. f); secondo quest'ultima disposizione, costituisce in ogni caso pratica commerciale aggressiva “*esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto*” posta in essere tramite un'omissione informativa. Quindi l'applicazione degli artt. 70 e 71 Codice delle comunicazioni elettroniche si aggiungerebbe a quella degli artt. 20, 24, 25 e 26, lett. f), Codice del consumo.

Dal punto di vista sistematico, la contemporanea applicazione di discipline e sanzioni diverse per un'unica condotta lesiva ed in particolare per il concorso tra violazione della regolazione pro-concorrenziale *ex ante* di competenza AGCOM e la violazione del diritto *antitrust* accertata *ex post* da AGCM è già stata prospettata: si pensi all'istruttoria A 428 – *Wind-Fastweb/condotte Telecom Italia*, provvedimento n. 24339 di AGCM, nn. 383 ss. secondo cui “*va, innanzitutto, osservato, che in base ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, i rapporti tra la disciplina antitrust e la regolazione settoriale non si configurano [...] in termini di esclusione, ma di complementarietà. Le due discipline perseguono, infatti, finalità solamente in parte coincidenti: l'una (la disciplina antitrust) si occupa di intervenire nei confronti delle condotte delle imprese che ostacolano o impediscono la concorrenza; l'altra (la regolazione settoriale), attraverso regole generali, fissate a priori, mira a definire gli assetti di mercato, conformandoli ai principi della concorrenza, dell'efficienza e del progresso tecnologico, ma non può oggettivamente prevedere qualsiasi comportamento delle imprese, pena l'annullamento di ogni autonomia imprenditoriale, a danno degli utenti dei servizi*” (sottolineatura aggiunta)²⁴. Tale impostazione è stata pure confermata dal Tribunale di primo grado dell'Unione europea sempre in ipotesi di possibile concorso tra regolazione e disciplina *antitrust* in un certo mercato²⁵.

²⁴ Per ulteriori citazioni sul punto e per la critica di questa prassi anche in base al principio del *ne bis in idem* v. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo*, cit., p. 16 ss..

²⁵ Si tratta della pronuncia del Tribunale, 10 aprile 2008, T-271/03, *Deutsche Telekom AG*, par. 263 secondo cui “*per quanto riguarda la censura della ricorrente secondo cui la Commis-*

Inoltre, l'applicazione di una sanzione per la violazione degli artt. 70 e 71 Codice delle comunicazioni elettroniche che si aggiunga a quella prevista nel Codice del consumo, sempre se proporzionale ed adeguata al caso concreto, potrebbe essere funzionale ad attribuire una tutela rafforzata al consumatore/utente in mercati oggetto di specifica regolazione. Infatti se il legislatore europeo e di conseguenza quello nazionale hanno previsto due diverse discipline (una generale e l'altra specifica) protettive del consumatore/utente nel mercato delle comunicazioni elettroniche, ciò significa che hanno voluto stabilire un livello di tutela più elevato rispetto alle pratiche commerciali scorrette poste in essere in tutti gli altri mercati non regolati. Diversamente si darebbe un'*interpretatio abrogans* delle norme delle direttive settoriali e conseguentemente degli artt. 70 e 71 Codice delle comunicazioni elettroniche. Quindi, ad una pratica commerciale aggressiva in mercati non sottoposti a specifica regolazione si applicheranno soltanto le sanzioni previste dal Codice del consumo; diversamente in un mercato soggetto a regole settoriali ulteriori si applicheranno *in aggiunta* (secondo quanto indicato dalla Commissione) anche quelle previste dalle normative specifiche, nei limiti del principio di proporzionalità.

In conclusione, l'esistenza di norme generali e settoriali a protezione del consumatore – le prime applicabili *ex ante* e le seconde *ex post* nel caso concreto – evidenzia come la violazione degli interessi degli utenti sia in questi mercati considerata dal legislatore europeo e nazionale più grave e ciò giustifica l'applicazione di una sanzione *cumulativamente* più severa rispetto all'ipotesi di mercati non regolati, coerentemente al principio europeo e (quindi) nazionale di proporzionalità. E questo proprio nell'ipotesi in cui le norme speciali non costituiscano un sistema autonomo ed autosufficiente rispetto a quelle generali, diversamente si applicherebbe il principio di specialità ex art. 3 par. 3 direttiva 2005/29, con prevalenza della disciplina di settore.

Quest'impostazione potrebbe tuttavia non essere coerente con quanto affermato nella pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in tema di divieto del *ne bis in idem* sostanziale e procedimentale secondo cui «l'art. 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo "illecito" nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi»²⁶. In base all'art. 4 prot. n. 7 CEDU

sione sottoporrebbe le tariffe praticate dalla ricorrente a una doppia regolamentazione e avrebbe quindi violato i principi di proporzionalità e di certezza del diritto, si deve rilevare che il quadro normativo comunitario cui fa riferimento la ricorrente, menzionato al precedente punto 258, non incide minimamente sulla competenza ad accertare le infrazioni agli artt. 81 CE e 82 CE conferita alla Commissione direttamente dall'art. 3, n. 1, del regolamento n. 17 nonché, dal 1° maggio 2004, dall'art. 7, n. 1, del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [81 CE] e [82 CE] (GU 2003, L 1, pag. 1)" e par. 268 "le decisioni della RegTP non contengono alcun riferimento all'art. 82 CE (v. supra, punto 114). Inoltre, le affermazioni della RegTP secondo cui «la lieve differenza tra le tariffe al dettaglio e le tariffe all'ingrosso non limita le possibilità dei concorrenti di competere nell'ambito della rete locale a tal punto da rendere economicamente impossibile un ingresso vantaggioso sul mercato, o addirittura la sopravvivenza sul mercato» (decisione della RegTP 29 aprile 2003), non escludono che le pratiche tariffarie della ricorrente falsino la concorrenza ai sensi dell'art. 82 CE. Anzi, dalle decisioni della RegTP risulta implicitamente ma necessariamente che le pratiche tariffarie della ricorrente hanno un effetto anticoncorrenziale, dato che i concorrenti devono fare ricorso a una sovvenzione incrociata per poter rimanere competitivi sul mercato dei servizi di accesso (v. supra, punti 119 e 238)". Per ulteriori citazioni sul punto v. sempre MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo*, cit., p. 16 ss..

²⁶ Per un commento a questa pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo v. *ex multis* PALLADINO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matière pénale e divieto di bis*

“[n]essuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato”; in proposito la Corte europea nella pronuncia citata ritiene che (punto 222) *“dal punto di vista dell’articolo 6 della Convenzione, che era opportuno considerare che il procedimento dinanzi alla CONSOB riguardava una «accusa in materia penale»”*. In proposito la Corte a partire dalla pronuncia 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ha adottato una nozione (convenzionale) di *“matière pénale”* autonoma rispetto a quelle interne degli Stati parti contraenti, che si basa su tre criteri: (a) la qualificazione dell’illecito operata dal diritto interno; (b) le finalità perseguite dal legislatore domestico con sanzioni (di natura repressiva e non semplicemente ripristinatorie oppure risarcitorie) volte alla protezione di interessi generali tutelati tipicamente mediante il diritto penale; (c) la gravità della sanzione²⁷. Questi criteri sono alternativi e non cumulativi²⁸. Riguardo alle sanzioni comminate da AGCM in materia di illeciti anticoncorrenziali in base alla l. n. 287/1990, la Corte nella pronuncia, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* richiamando la giurisprudenza *Engel* ha affermato che (punti 38 ss.): (a) le condotte anticoncorrenziali contestate non costituiscono reato secondo il diritto italiano, tuttavia questa circostanza non è determinante per l’applicazione dell’art. 6 della Convenzione, poiché le indicazioni del diritto nazionale hanno valore relativo; (b) le infrazioni contestate hanno lo scopo di tutelare la libera concorrenza nel mercato e sono applicate da un’Autorità amministrativa indipendente, tuttavia dette sanzioni vogliono proteggere interessi generali *“normalmente tutelati dal diritto penale”* ed hanno finalità sia preventiva sia repressiva; (c) queste sanzioni non possono essere sostituite con una pena detentiva, però *“AGCM ha inflitto nel caso di specie una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro, [...] avente natura repressiva in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta. Inoltre [...] la natura punitiva di tali infrazioni risulta anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato”*. La Corte conclude, allora, affermando la natura penale delle sanzioni applicate da AGCM *ex lege* 287/1990 in base alle richiamate norme della CEDU. *Mutatis mutandis*, detta conclusione sembra valere anche per le sanzioni applicate da AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, infatti pure in questo caso esse vogliono tutelare la libertà (di scelta del consumatore) nel mercato ed hanno natura sia preventiva sia repressiva; lo stesso dicasi per quelle applicate da AGCOM. Quindi astrattamente sia le sanzioni applicate da AGCM sia quelle applicate da AGCOM riguardano la *“matière pénale”* ai sensi della Convenzione, per cui si può porre il problema del *ne bis in idem* sostanziale.

Sul punto l’Adunanza Plenaria qui commentata ritiene che l’art. 4 prot. n. 7 CEDU vieti soltanto il *«“doppio binario” sanzionatorio, vale a dire [la] previsione, per il medesimo fatto, di sanzioni di natura distinta (sul piano della qualificazione interna) applicabili alla stessa persona tramite procedimenti di diverso tipo»* (sottolineatura aggiunta); ulteriormente – prosegue la Plenaria – l’art. 4

in idem (note a margine della sentenza Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014), in questa *Rivista* 2014; GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1321 ss..

²⁷ PALLADINO, *op. cit.*, p. 2 ss..

²⁸ Cfr. sul tema la pronuncia della Corte *Menarini*, citata appena dopo, punto 38.

prot. n. 7 CEDU non impedisce la contemporanea pendenza di due procedimenti per il medesimo fatto ma che uno di essi inizi o continui dopo che la decisione resa sull'altro sia divenuta definitiva, sia in caso di accertamento della responsabilità come anche di "assoluzione". Quindi la Corte europea ha rilevato la violazione del *ne bis in idem* in caso di concorso tra sanzione penale di competenza dell'Autorità giudiziaria ed amministrativa irrogata da CONSOB: nel caso dell'applicazione congiunta di sanzioni tra AGCM ed AGCOM non sussisterebbe quindi il concorso tra illeciti di carattere diverso, in quanto entrambi di natura amministrativa.

Recentemente, tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia della Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, sembra aver ulteriormente definito il proprio pensiero sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* con particolare riferimento alla coesistenza di un procedimento penale e di uno amministrativo. In particolare secondo la Corte (cfr. il comunicato stampa relativo alla pronuncia disponibile sul sito *internet* della Corte) "*it had no cause to cast doubt on the reasons why the Norwegian legislature had opted to regulate the socially harmful conduct of non-payment of taxes by means of an integrated dual (administrative/criminal) process. Nor did call into question the reasons why the Norwegian authorities had chosen separately with the more serious and socially reprehensible aspect of fraud in the context of criminal proceedings rather than an ordinary administrative procedure. The Court found that the conduct of dual proceedings, with the possibility of a combination of different penalties, had been foreseeable for the applicants, who must have known from the outset that criminal prosecution as well as the imposition of tax penalties was possible, or even likely, on the facts of their cases. The Court observed that the administrative and criminal proceedings had been conducted in parallel and were interconnected. The facts established in one of the sets of proceedings had been relied on in the other set as regards the proportionality of the overall punishment, the sentence imposed in the criminal trial had taken account of the tax penalty*" (sottolineatura aggiunta). Sul punto la Corte sembra quindi valorizzare l'esistenza di una connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta tra i due procedimenti, la prevedibilità per le parti della coesistenza degli stessi come conseguenza della medesima condotta e la proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata²⁹. Queste considerazioni, oltre a quelle fatte dal Consiglio di Stato sopra riportate, possono portare a valutare positivamente la compatibilità con il principio del *ne bis in idem* della congiunta pendenza di due procedimenti davanti ad AGCM e ad AGCOM, purché questa circostanza sia prevedibile per le imprese coinvolte e la sanzione complessivamente irrogata sia comunque proporzionale alla gravità dell'illecito commesso.

(d) L'art. 27, comma 1 *bis*, attribuisce ad AGCM una competenza generale in materia di pratiche commerciali scorrette seppur realizzate nei settori regolati, precisando tuttavia che "[r]esta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta": ci si può allora chiedere se il legislatore ritenga esistenti ipotesi di violazione delle

²⁹ Per un primo commento a questa pronuncia della Corte CEDU v. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it all'indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it/d/5063-la-grande-camera-della-corte-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-doppio-binario-sanzionatorio>.

norme settoriali a protezione dei consumatori che non integrino nel contempo una p.c.s., se si vuole interpretare la disposizione nel senso di attribuirle un significato³⁰.

Anzitutto, la nozione di p.c.s. definita all'art. 18 e ripresa agli artt. 19 e 20 del Codice del consumo è molto ampia: infatti secondo dottrina e giurisprudenza vi rientrerebbe ogni condotta posta in essere da un professionista attiva oppure omissiva suscettibile di condizionare la capacità decisionale del consumatore, rimanendone estranei soltanto comportamenti che pur ledendo gli interessi degli utenti non ne alterano la capacità decisionale (come un illecito *antitrust*, ad esempio un'intesa restrittiva tra imprese volta a mantenere prezzi elevati sul mercato ex art. 101 TFUE)³¹. Poi, può trattarsi anche di singoli atti, senza che debba essere dimostrata da parte di AGCM l'esistenza di una prassi consolidata in capo al professionista³²: in proposito ad esempio secondo Tar Lazio 11 giugno 2009 n. 5570 *"l'affermata sporadicità della vicenda [...] non integra idoneo fondamento giustificativo al fine di escluderne la sussumibilità in una tipologia di condotta come sopra stigmatizzata dalle indicate disposizioni del D.Lgs. 206/2005"* ed in particolare degli artt. 20, 21, 24 e 25 del medesimo Codice. Infine, si tratta di un illecito anche di pericolo (e non solo di danno) di carattere oggettivo, per cui non rileva la colpevolezza del professionista³³.

Conclusivamente la nozione di pratiche commerciali scorrette come interpretata da dottrina e giurisprudenza mi parrebbe tale da assegnare un ruolo marginale a violazioni di regole imperative poste a tutela degli utenti che non integrano al contempo illeciti ai sensi del Codice del consumo.

5. Il parere obbligatorio e non vincolante delle Autorità di regolazione ex art. 27, comma 1 bis, del Codice del consumo

Come visto, l'art. 27, comma 1 *bis*, del Codice del consumo prevede che AGCM nell'esercizio della propria generale competenza in materia di p.c.s. anche per i settori regolati acquisisca prima della decisione finale il parere dell'Autorità di regolazione competente. Questa norma sostanzialmente estende a tutti i settori regolati quando già previsto in particolare all'art. 27, comma 6 per l'ambito specifico delle comunicazioni secondo cui *"[q]uando la pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o*

³⁰ Questa circostanza sembra considerata anche da NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, cit., p. 56.

³¹ Così ad esempio COTTAFAVI, *sub art. 19 del Codice del consumo*, in L.C. UBERTAZZI *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., e BARGELLI, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di DE CRISTOFARO, Giuffrè, Milano, 2008, p. 103.

³² Così COTTAFAVI, *sub art. 19 del Codice del consumo*, cit., ed in giurisprudenza ad esempio TAR Lazio 9 agosto 2010, n. 30428, secondo cui il legislatore ha adottato una definizione di p.c.s. *"estremamente ampia, essendo sufficiente che la condotta venga posta in essere nel quadro di un'attività d'impresa finalizzata alla promozione e/o commercializzazione di un prodotto o di un servizio"*.

³³ Così D'ANTONIO, *La comunicazione commerciale*, in SICA e ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, Padova, 2012 3 ed., p. 242 ss. e COTTAFAVI, *sub art. 20 del Codice del consumo*, cit.

quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità, prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni"; analogamente dispone l'art. 8, comma 6 decr. leg. 145/2007, recante "Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole" in materia di pubblicità ingannevole tra professionisti. In proposito l'art. 16 della delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411 sulle procedure istruttorie relative a p.c.s.³⁴ definisce nel dettaglio le modalità e la tempistica della richiesta del parere ora detto.

I pareri ex artt. 27, commi 1 *bis* e 6 Codice del consumo, nonché 8, comma 6 decr. leg. 145/2007, sono obbligatori e non vincolanti, nel senso che AGCM deve obbligatoriamente richiederli alla ANR competente a pena di annullabilità dell'atto finale del procedimento in materia di p.c.s., e tuttavia se ne può discostare motivando in modo adeguato le ragioni del suo diverso convincimento. La loro mancata emanazione da parte dell'ANR non inficia la validità del provvedimento finale di AGCM e sul parere non deve formarsi un contraddittorio con la parte privata essendo il medesimo un atto endoprocedimentale non direttamente lesivo degli interessi dei professionisti coinvolti³⁵.

³⁴ Si tratta del "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie". Secondo l'art. 16, commi 3, 4 e 5 di questa delibera:

"3. Il responsabile del procedimento, nei casi di cui all'articolo 8, comma 6, del decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole ovvero all'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo, prima dell'adempimento di cui al comma 2 del presente articolo, [rimessione degli atti al Collegio per la decisione finale] richiede il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, alla quale trasmette gli atti del procedimento secondo le modalità di cui all'articolo 19, comma 1. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni comunica il proprio parere entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta.

4. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato procede indipendentemente dall'acquisizione del parere stesso. Nel caso in cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni abbia rappresentato esigenze istruttorie, il termine di conclusione del procedimento è sospeso, per un periodo massimo di trenta giorni, dalla data di ricezione, da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, delle notizie e documenti richiesti sino alla data in cui pervenga il relativo parere.

5. Il presente articolo trova applicazione anche con riferimento ai procedimenti in cui sono previsti i pareri di cui all'articolo 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo. Nell'ambito di questi procedimenti, in caso di presentazione di impegni, ove l'Autorità non ritenga la pratica commerciale manifestamente grave e scorretta ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo ovvero non ritenga manifestamente inidonei gli impegni proposti, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, lettera a) del presente regolamento, il termine per rendere il parere è di quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta ed il termine del procedimento si estende di quindici giorni" (sottolineatura aggiunta).

³⁵ Sul tema v. in dottrina FUSI-TESTA-COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, Giuffrè, Milano, 1993, 294; TESTA, *sub art. 16 delibera AGCM 15 novembre 2007 n. 17590*, in L.C. UBERTAZZI *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 5 ed., 2012. In giurisprudenza secondo TAR Lazio 29 dicembre 2009, n. 13789, "[v]a in proposito ribadito quanto in proposito da questa Sezione più volte affermato (cfr., ex multis, sentenza 16 aprile 2007 n. 3293), in ordine al carattere obbligatorio, ma non vincolante, assunto dal parere che quest'ultima è chiamata a rendere nel procedimento per la repressione di condotte commerciali non corrette, laddove – come appunto nel caso in esame – la diffusione del messaggio avvenga attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva, o, comunque, mediante altro mezzo di telecomunicazione. Se, conseguentemente, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ben può discostarsi da tale parere mediante ostensione di adeguato apparato motivazionale, nel caso in esame il difforme convincimento che ha condotto AGCM a ritenere violate le citate norme del Codice del Consumo si rivela congruamente esplicitato" (sottolineatura aggiunta).

Come già affermato dalla giurisprudenza amministrativa con riguardo all'art. 27, comma 6, anche in questo caso AGCM potrà discostarsi dal parere obbligatorio e non vincolante delle ANR, tuttavia in proposito dovrà motivarne adeguatamente le ragioni: sussiste quindi in tale caso un onere di motivazione "rafforzato" del provvedimento da parte di AGCM ex art. 3 l. n. 241/1990.

La recente pronuncia del Tar Lazio, 10 maggio 2016, *Abbanoa spa*, ha confermato quest'orientamento ritenendo illegittimo il provvedimento di AGCM che si è discostato dal parere ex art. 27, comma 1 *bis*, del Codice del consumo reso dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (AEEGSI) in assenza di una adeguata motivazione.

Nel caso di specie, detto parere dava atto della conformità alla normativa di settore (e quindi agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla stessa) dell'operato della società ricorrente, che invece AGCM ha ritenuto contrario agli artt. 20, 21, comma 1, lett. d), 22, commi 1, 2 e 4, lett. c), 24 e 25, lett. a) e lett. d), del Codice del consumo.

Secondo la pronuncia del Tar Lazio ora citata, «AGCM, ..., nel discostarsi dalle conclusioni raggiunte nel ripetuto parere, non ha offerto alcuna motivazione se non una clausola di stile per giustificare la propria scelta di non condividere la posizione diffusamente adottata dal Regolatore, limitandosi ad osservare come le considerazioni rese da AEEGSI fossero, in sostanza, inconferenti rispetto all'oggetto della sua indagine, e, in tal modo, si è sottratta al proprio obbligo motivazionale. // L'Autorità avrebbe invece dovuto motivare in modo esauriente le ragioni per le quali non ha ritenuto condivisibili le osservazioni rese dall'Autorità di regolazione; come rileva la giurisprudenza, infatti, "laddove la pubblica amministrazione procedente intende discostarsi da un parere acquisito nel corso del procedimento (obbligatorio, facoltativo o semi-vincolante), essa deve fornire un'idonea ed adeguata motivazione, pena l'illegittimità del provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento" (T.A.R. Veneto, Venezia, sez. III, 30 maggio 2003, n. 3049)».



COMMENTI

Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia

di Alessandro Squazzoni

CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. V, 14 LUGLIO 2016, CAUSE RIUNITE C-458/14 E C-67/15. PRES. E REL. J.L. DA CRUZ VILAÇA.

«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, 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».

SOMMARIO: 1. Una pronuncia scontata nell'esito. – 2. Lo stato delle norme italiane prima della procedura d'infrazione. – 3. Un cenno all'opera correttiva della giurisprudenza interna per armonizzare la normativa sulle concessioni demaniali marittime al principio concorrenziale. – 4. La vicenda della procedura di infrazione n. 2008/4908 e la condotta non leale del legislatore italiano. – 5. La norma sulla proroga *ex lege* e i dubbi della giurisprudenza interna. – 6. L'impostazione data dalla Corte di giustizia ai rapporti tra direttiva 123/2006/CE e art. 49 TFUE e la sua genesi nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar. – 7. Esposizione schematica del contenuto della pronuncia della Corte. – 8. Cenni ad alcuni profili di critica ed in particolare al tema della erosione delle situazioni puramente interne. – 9. Brevi considerazioni sulle prime reazioni alla sentenza in ambito nazionale (ed in particolare sull'art. 24, comma 3, *septies*, d.l. n. 113/2016 come introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2016, n. 160).

1. Una pronuncia scontata nell'esito

Non si può certo restare troppo sorpresi nel leggere la sentenza della Corte di giustizia che qui si vuol commentare¹.

¹ Per i primi commenti alla sentenza Corte di giustizia UE, Quinta Sezione, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cfr. E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1217 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, in *giustamm.it* n. 10/2016; R. RIGHI-E. NESI, *Osservazioni sulla sentenza della corte di giustizia dell'unione europea, sez. v, 14 luglio 2016, in c-458/14 e c-67/15, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, in *giu-*

L'esito dei rinvii pregiudiziali spediti a Lussemburgo dal giudice amministrativo italiano era addirittura scontato² se si pensa a come è sorta ed è stata gestita la vicenda della procedura d'infrazione, intrapresa nel 2008 dalla Commissione, proprio per stigmatizzare alcuni profili della disciplina italiana in tema di demanio marittimo.

Le censure della Corte di giustizia erano poi tutt'altro che imprevedibili se si considera il quadro della sua giurisprudenza come pure le indicazioni provenienti dalla stessa giurisprudenza italiana.

Distaccandosi dal contingente la cosa stupisce ancora meno³. Se non altro perché il *pressing* esercitato dal livello comunitario sul diritto italiano anche nel campo delle concessioni di beni è un fenomeno oramai ben noto⁴ e di estrema rilevanza per l'evoluzione stessa dell'istituto – e del concetto – della concessione dei (e sui) beni pubblici⁵.

Scontata che fosse questa sentenza nell'esito, non significa però anche che essa sia necessariamente condivisibile nel suo argomentare giuridico o scevra dall'impattare in problemi di notevole complessità.

Ma, soprattutto, scontata non significa affatto priva di rilievo.

Ancora nel 2003 un'Autorevole dottrina del diritto amministrativo⁶, tutt'altro che insensibile alla dimensione sovranazionale, descriveva senza troppo biasimo lo stato dell'arte osservando che per l'assegnazione di una concessione dell'uso di un bene pubblico non sarebbe stato obbligatorio lo svolgimento di una gara bandita dall'amministrazione. Se però vi fossero state più domande, ebbene allora sarebbe stato necessario che la pubblica amministrazione ne tenesse conto comparandole.

Basterebbe questa constatazione per concludere che la decisione *Pro-*

stamm.it, n. 11/2016; L.S. ROSSI, *Spiagge: vietate le proroghe automatiche delle concessioni senza una procedura di selezione tra potenziali candidati*, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 33, p. 14 ss. Tra i contributi precedenti alla sentenza della Corte, cfr. A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *federalismi.it*, n. 14/2016; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 437 ss.

² Parla di "incompatibilità annunciata", F. CAPOTORTI, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promoimpresa: secondo l'avvocato generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*, in *eurojus.it*.

³ Per un approfondimento del tema della concessione di beni che vada oltre l'indagine dell'episodico, è d'obbligo il rinvio a B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

⁴ In effetti non occorre andare idealmente troppo lontano. Basti pensare alle notevoli ricorrenze ed analogie riscontrabili tra la vicenda qui in esame e quella del rapporto tra principi concorrenziali e disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche, su cui, A. TRAVI, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi di concorrenza*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. I Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 49 ss.; F. DONATI, *Gli aspetti giuridici del regime delle concessioni idroelettriche*, in *Atti del convegno "Idroeuropa? Il regime delle concessioni idroelettriche in Europa: lo stato dell'arte, problemi, quali insegnamenti trarre?"*, in *amministrazioneincammino.it*.

⁵ Cfr., per tutti, B. TONOLETTI, *op. cit.*, pp. 473-474, ove al termine di un'ampia indagine si mette in luce come il profilo che nel momento attuale sembra affiorare maggiormente nell'elaborazione giurisprudenziale in materia di concessioni di beni sia proprio quello del problematico rapporto "tra le scelte dell'amministrazione sull'uso dei beni pubblici e i principi del diritto comunitario", non solo perché dai casi "emerge quanto il diritto comunitario imponga alla giurisprudenza una rinnovata riflessione sul significato e le implicazioni della natura pubblica dei beni, ma soprattutto perché mostrano come in questa riflessione sia in gioco la prospettiva stessa da cui porsi per valutare giuridicamente il merito delle scelte compiute dall'amministrazione".

⁶ S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 355 ss.

moimpresa pone allora, quantomeno, un punto fermo che forse tanto acquisito non era.

2. Lo stato delle norme italiane prima della procedura d'infrazione

In tema di concessioni demaniali marittime il codice della navigazione ed il regolamento per la sua esecuzione, per quel che qui rileva, dettano una disciplina che già prima dell'intervento del d.l. n. 400/1993 risultava non priva di ambiguità.

L'art. 18 del regolamento, al primo comma, stabilisce che solo quando si tratti di "concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo" debba essere ordinata "la pubblicazione della domanda mediante affissione all'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia".

Si tratta di una pubblicazione che il successivo comma secondo metteva in relazione con la necessità di consentire alla presentazione di osservazioni e opposizioni. Il tema delle domande concorrenti compare invece in modo piuttosto sconsiderato. In origine quel profilo era infatti estraneo alla norma, essendo stato inserito per effetto delle modifiche apportate da novelle successive, ed in particolare dal d.P.R. n. 1085/1973 che introdusse nell'art. 18 reg. i commi 5, 6, 7 ed 8.

Il comma 5 prevede che nei casi in cui la domanda di concessione fosse stata pubblicata, "le domande concorrenti debbono essere presentate nel termine previsto per la proposizione delle opposizioni", salvo al successivo comma prevedere la possibilità di un esame "delle domande presentate anche oltre detto termine per imprescindibili esigenze di interesse pubblico"⁷.

Il comma 7 dispone poi che trascorsi sei mesi dalla scadenza del termine massimo per la presentazione delle domande senza che sia stata rilasciata la concessione al richiedente preferito per fatto addebitabile allo stesso, "possono essere prese in considerazione le domande presentate dopo detto termine".

L'art. 18 si chiudeva poi con un comma 8 alquanto sibillino, affermando il regolamento che le disposizioni dell'articolo "si applicano in ogni altro caso di presentazione di domande concorrenti"⁸.

Per rimanere sul terreno del regolamento di esecuzione del codice, si noti peraltro che l'art. 25 stabilisce che scaduto il termine della concessione "questa si intende cessata di diritto senza che occorra alcuna diffida o costituzione in mora" lasciando intendere di voler mettere fuori sistema ogni ipotesi di automatismo nel rinnovo.

La norma cardine in materia era però rappresentata dall'art. 37 del codice della navigazione, la cui disciplina si giustifica sulla premessa del precedente art. 36. Norma, questa, che consente all'amministrazione di concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un pe-

⁷ Questa possibilità di esame delle domande tardive verrà poi espunta dalla più recente modifica dell'art. 18 reg. nav. intervenuta per effetto del d.l. n. 457/1997 convertito dalla legge n. 30/1998 che tra altro abrogherà i commi 3, 6 ed 8 dell'art. 18 reg. (introdotti dal d. P. R. n. 1085/1973).

⁸ Come detto questo comma è stato però abrogato dal d.l. n. 457/1997 convertito dalla legge n. 30/1998.

riodo di tempo determinato “compatibilmente con le esigenze del pubblico uso”.

Nella sua originaria versione, l'art. 37 – rubricato “Concorso di più domande di concessione” – al primo comma stabiliva che nel caso di più domande “è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”. Solo in assenza di tale ragione di preferenza i successivi commi secondo e terzo disponevano che “per le concessioni di durata superiore al biennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata”, mentre “per le concessioni di durata non superiore al biennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario” e solo in mancanza si sarebbe proceduto a licitazione privata⁹.

Se si accantona per un attimo il vero grave tema, che era in realtà quello di rendere a monte possibile la presentazione di una pluralità di domande, ovvero della pubblicazione di cui si occupava l'art. 18 del regolamento, non si può dire che la disciplina dell'art. 37 nel suo impianto originario accordasse a colui che è già concessionario una preferenza inattaccabile. Questo non tanto perché la posizione di costui era contemplata solo per le ipotesi di concessioni inferiori ad una determinata durata, ma perché la sua ragione di preferenza sembrava destinata a soccombere di fronte ad un richiedente che offrisse maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e di avvalersene per un uso rispondente ad un interesse pubblico più rilevante.

Queste disposizioni subiscono però una incisiva modifica con il d.l. n. 400/1993 convertito dalla legge n. 494/1993.

L'art. 01 del d.l. n. 400/1993, nel prevedere una tipizzazione più esaustiva delle concessioni marittime cc.dd. turistico-ricreative, stabiliva che queste avessero una durata di quattro anni, essendo a tal fine irrilevante il tipo di impianti previsto per lo svolgimento dell'attività. L'art. 02 del medesimo decreto, al comma 2, modificava però il secondo e terzo comma dell'art. 37 del codice della navigazione, stabilendo che “ai fini della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze.

Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata”.

Si trattava pertanto di un rafforzamento assai sensibile del privilegio del precedente concessionario, tale da farlo sembrare un fattore di preferenza pressoché sempre prevalente.

La situazione subisce un'ulteriore amplificazione per effetto della novella apportata dall'art. 10 della legge n. 88/2001, che intervenendo in sostituzione del comma 2 dell'art. 01 del d.l. n. 400/1993 convertito dalla legge n. 494/1993, prevedeva una durata di sei anni delle concessioni e soprattutto, che “alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza”¹⁰. Come si può facilmente intuire, il privilegio così accordato al con-

⁹ La distinzione di disciplina tra concessioni di durata superiore o meno al biennio verrà poi modificata dall'art. 3 del d.P.R. 13 luglio 1954, n. 747, che distinguerà tra concessioni superiori o inferiori al quadriennio.

¹⁰ Come ricorda B. TONOLETTI, *op. cit.*, 111 in nota, è significativo osservare che nel contesto del conferimento alle Regioni della disciplina del rilascio delle concessioni per usi turistico-ricreativi, nel quadro generale dei principi della legge n. 135/2001, l'accordo quadro tra Stato e

cessionario insediato era tale da rendere persino pleonastica la tutela offerta-gli dall'art. 37 cod. nav.

Questo era il quadro normativo rilevante quando è intervenuta la procedura di infrazione della Commissione n. 2008/4908 ¹¹.

3. Un cenno all'opera correttiva della giurisprudenza interna per armonizzare la normativa sulle concessioni demaniali marittime al principio concorrenziale

Prima di descrivere le tappe essenziali innescate da quella procedura, conviene attardarsi per un attimo sull'atteggiamento che la giurisprudenza interna ha riservato alle norme appena indicate.

Perché qui vi è da segnalare una condotta connotata, a tratti, da notevole coraggio da parte del giudice amministrativo. Trattandosi di un fenomeno più volte analizzato dalla dottrina, sarà sufficiente un cenno ¹².

Il punto di snodo fondamentale in materia è rappresentato dall'aver la giurisprudenza limitato, sino praticamente ad annullarla, l'apparente discrezionalità lasciata all'amministrazione dall'art. 18 del reg. ove l'onere di pubblicazione della domanda sembrava legato a concessioni (solo) di particolare importanza. Qui l'opera decostruttiva ¹³ dei giudici è arrivata sino al punto di invertire il rapporto tra regola ed eccezione. L'amministrazione sarebbe di fatto sempre tenuta ad effettuare la pubblicità ¹⁴, salvo ipotesi del tutto eccezionali e oramai relegate ai repertori della giurisprudenza ¹⁵.

Il secondo e collegato passaggio è poi costituito dall'affermazione che tale obbligo di pubblicazione non riguarda solo le nuove concessioni, ma pure i rinnovi delle concessioni già scadute o in scadenza. Il tutto, ovviamente, non in ragione di un'esigenza di trasparenza fine a se stessa, ma appunto per consentire a quella pluralità di domande e quindi ad un confronto concorrenziale.

regioni, recepito con d.p.c.m. 13 settembre 2002, ha stabilito che la regola del rinnovo automatico delle concessioni costituisce principio fondamentale inderogabile della legislazione regionale.

¹¹ In ordine al contrasto tra il quadro normativo sinteticamente descritto nel testo e la tutela della concorrenza, anche nell'ottica della regolazione, cfr. N. RANGONE, *Usa imprenditoriale del demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011, p. 199 ss., ed ivi riferimenti anche ai rilievi formulati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prima nella segnalazione AS152 – Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative – del 20 ottobre 1998, poi nella segnalazione AS481 – Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreative – del 16 ottobre 2008.

¹² Per le considerazioni che seguiranno e le relative indicazioni di giurisprudenza, cfr. G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2010, p. 678 ss.; C. BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza*, *ivi*, p. 1463 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. – Tar*, 2009, p. 787 ss.; A. SALAMONE, *La concessione di beni demaniali marittimi*, Roma, 2013, p. 76 ss. Per una ricostruzione dei significati più profondi del percorso compiuto dalla giurisprudenza in materia, cfr. B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 351 ss., ed in part. p. 362 ss. per quel che attiene al c.d. diritto di insistenza.

¹³ Parla di opera di decostruzione, G. GRUNER, *op. cit.*, p. 682.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6421; Cons. Stato, sez. VI, 1 luglio 2008, n. 3326; Cons. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2010, 676 ss. con nota di G. GRUNER, *cit.*

¹⁵ G. GRUNER, *op. cit.*, p. 683.

E così il c.d. diritto di insistenza contemplato dall'art. 37, comma 2, cod. nav., è stato riletto dal giudice amministrativo dapprima condizionandolo ad una equipollenza effettiva tra le condizioni offerte dal precedente concessionario e quelle offerte da nuovi aspiranti, e su questo abbrivio poi affermando che la procedura di selezione dovrebbe essere depurata, per quanto possibile, da fattori di vantaggio che si possano rinvenire in capo al già concessionario in virtù della titolarità della concessione stessa.

Tutto ciò è avvenuto con il costante richiamo dei principi del diritto dell'Unione europea¹⁶.

Se questa "operazione" già poteva sembrare ai limiti della *interpretatio abrogans* dell'istituto previsto dall'art. 37 cod. nav., non meno interessante è l'approccio del giudice amministrativo con la successiva novella apportata dalla legge n. 88/2001, che configurando un rinnovo automatico di sei anni in sei anni pareva voler dar corpo a ben altro che ad un semplice diritto di preferenza.

Da un canto un orientamento praticato dal Consiglio di Stato ha ridotto di molto l'area di incidenza di questa norma, sostenendo che essa poteva essere applicata solo per le concessioni rilasciate *ex novo*, successivamente all'entrata in vigore della medesima legge¹⁷.

D'altro lato, a fronte di taluni precedenti placidamente adagiati sulla lettera¹⁸, in altre pronunce si è arrivati esplicitamente a dire che anche la disposizione introdotta dalla legge n. 88/2001 dovrebbe invece essere filtrata dal principio concorrenziale escludendosi così quella sottrazione del rinnovo al confronto competitivo che il precetto farebbe supporre¹⁹.

Intervenuta poi la procedura di infrazione è stato più facile per il giudice affermare che tale previsione comunque avrebbe dovuto restare disapplicata perché in contrasto con il diritto comunitario²⁰.

4. La vicenda della procedura di infrazione n. 2008/4908 e la condotta non leale del legislatore italiano

Venendo rapidamente alla vicenda innescata dalla procedura di infrazione n. 2008/4908²¹, è un fatto ben noto che fu inizialmente intrapresa, in un certo senso, mancando il vero bersaglio.

¹⁶ Il caso più noto ove queste statuizioni sono state affermate risale a Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Urb. app.*, 2005, 333 con nota di R. CARANTA, *Beni pubblici e regola della gara*. Per l'esame di quella sentenza si veda soprattutto, B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 413 ss., nel contesto di una profonda ed accurata riflessione sull'impatto che l'impostazione comunitaria ha avuto sulla giurisprudenza interna in tema di beni pubblici e di concessioni demaniali marittime in particolare (*op. cit.*, p. 393 ss.).

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2006, n. 613; Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2009, n. 902; Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7547. *Contra* però, tra altre, Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3554.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 257.

¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765; Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6477.

²⁰ Cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, 23 novembre 2011, n. 833; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 525.

²¹ Sulla vicenda della procedura di infrazione n. 2008/4908 cfr., tra altri, A. BELLESI-E. NESI-R.

In disparte la presenza, tra le norme sospettate di essere anticomunitarie, della legge della Regione Friuli Venezia Giulia 13 novembre 2006, n. 22²², nella prima lettera di costituzione in mora, notificata il 2 febbraio del 2009, la Commissione puntò i suoi riflettori sul solo art. 37, comma 2, cod. nav., non avvedendosi affatto della presenza del ben più “temibile” art. 01, comma 2, d.l. n. 400/1993 come riformulato dall’art. 10 della legge n. 88/2001. Per altro, in questa prima fase, la Commissione indagava la disciplina italiana sulla base del solo diritto primario, ovvero alla luce del diritto di stabilimento in allora previsto dall’art. 43 del Trattato CE.

Riscontrando questa prima comunicazione, le autorità italiane si impegnarono a modificare la norma sul c.d. diritto di insistenza in modo conforme ai principi comunitari, pur rilevando che, di fatto, già la giurisprudenza interna dava un’interpretazione ed applicazione di detto istituto conforme alle istanze di evidenza pubblica imposte dal diritto comunitario.

Con nota del 4 agosto 2009, tuttavia, la Direzione generale del mercato interno e dei servizi della Commissione europea evidenziava che la preferenza accordata dall’articolo 37 del codice della navigazione al concessionario uscente, oltre ad essere contraria all’articolo 43 del Trattato CE, era nel contempo in contrasto con l’articolo 12 della “direttiva servizi”²³, invitando così le autorità italiane ad adottare tutte le misure necessarie al fine di rendere l’ordinamento interno pienamente conforme a quello comunitario entro il termine ultimo del 31 dicembre 2009.

Il legislatore italiano ideò la consueta soluzione tampone.

Prevedendo, con l’art. 1, comma 18, d.l. 20 dicembre 2009, n. 194 la soppressione del diritto di insistenza di cui all’art. 37 comma 2, cod. nav., ma al contempo stabilendo una proroga delle concessioni, in essere alla data di entrata in vigore del medesimo decreto ed in scadenza entro il 31 dicembre 2012, inizialmente fino a quest’ultima data. Riuscito faticosamente a spuntare dalla Commissione europea il beneficio di prolungare detto periodo di proroga di altri tre anni, il legislatore, in sede di conversione del decreto, con la legge 26 febbraio 2010, n. 25, non solo adeguò il termine di proroga al 31 dicembre 2015, ma ne approfittò per inserire alla fine del comma 18 un inciso che face-

RIGHI-L. TOROSELLI, *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie locali. Alla ricerca di una difficile sintesi*, Roma, 2013, in part. p. 263 ss.

²² Nell’economia della procedura d’infrazione la legge regionale friulana non gioca infatti un ruolo indipendente, poiché la Commissione focalizzava la sua attenzione sul fatto che questa legge, nel disciplinare il concorso di domande e la procedura comparativa, prevedeva tra i criteri rilevanti per selezionare l’offerta quello appunto di trovarsi nella situazione di priorità indicata dall’art. 37, comma 2, cod. nav.

²³ Per chiarezza converrà riportare per esteso il testo dell’art. 12 della direttiva 123/2006:

“Selezione tra diversi candidati.

1. 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.

2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l’autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, 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”.

va salvezza delle disposizioni di cui all'art. 03, comma 4bis, d.l. n. 400/1993 convertito nella legge n. 494/1993. E poiché quest'ultimo comma, nel prevedere che le concessioni potessero avere una durata superiore ai sei anni ma non ai venti, faceva in esordio salvezza proprio della disposizione dell'art. 01, comma 2, del medesimo d.l. n. 400/1993 come già novellato dalla legge n. 88/2001, era evidente che l'effetto ultimo sarebbe stato quello di mantenere in vita la disposizione che prevedeva il rinnovo automatico.

Ne seguiva un lettera di messa in mora complementare del 5 maggio 2010, (n. 2010/2734) nella quale la Commissione significava che detta modifica, contemplando il rinnovo automatico, avrebbe privato di ogni effetto utile il testo del decreto-legge inizialmente ispirato ad eliminare la preferenza del concessionario uscente. Nella medesima lettera, dopo aver rammentato che l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE prevede la necessità di una procedura di selezione connotata da principi di imparzialità ed adeguata pubblicità quando il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, si rappresentò che la Commissione riteneva "che le concessioni di beni pubblici marittimi di cui si tratta nella presente procedura costituiscono autorizzazioni il cui numero è limitato ai sensi dell'art. 12 della direttiva servizi". Per conseguenza, le disposizioni dell'art. 01, comma 2, d.l. n. 400/1993 convertito dalla legge n. 494/1993, come novellato dalla legge n. 88/2001, avrebbero dovuto essere considerate contrarie all'art. 12, paragrafo 2 della direttiva servizi "in quanto favoriscono l'attribuzione di concessioni marittime a concessionari già titolari di una concessione e che, quindi, sono già stabiliti in Italia. Esse conferiscono in tal modo una posizione privilegiata ai prestatori uscenti che hanno la possibilità di vedersi rinnovare la concessione senza che sia stata applicata una procedura imparziale e trasparente".

Infine, gioverà rammentare che anche in questa lettera complementare si specificava che qualora si fosse opinato per la non applicabilità dell'art. 12 della direttiva al caso di specie, le disposizioni italiane in esame "che prevedono la possibilità di un rinnovo di concessioni marittime a favore dell'operatore uscente, devono essere considerate contrarie al principio della libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE" nel frattempo intervenuto.

Del tutto incidentalmente si deve precisare che *medio tempore* lo Stato italiano aveva in effetti dato attuazione alla direttiva 123/2006/CE, adottando il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, e così traducendo pari pari all'art. 16 la disciplina dell'art. 12 della direttiva servizi²⁴. A fronte però di una normativa interna specifica per le concessioni demaniali marittime, nessuno pensò che l'adesione alle richieste comunitarie potesse essere con tranquillità affidata ad incerte disquisizioni sulla natura rafforzata (o forza passiva) delle leggi di adeguamento a norme europee²⁵.

²⁴ Su questo decreto di recepimento, cfr. C. E. LEONARDO, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1239 ss. Per un primo approccio al significato essenziale della direttiva Bolkestein, cfr. M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, p. 9 ss.

²⁵ La questione porterebbe troppo lontano. Basti ricordare che secondo una prospettiva propugnata in ambiente europeo, il contrasto tra due norme interne una delle quali però di trasposizione del diritto comunitario, andrebbe risolto tenendo in non cale i criteri tradizionali (successione cronologia, specialità etc.) ma facendo prevalere quest'ultima. Non a caso l'avvocato generale Szpunar nelle conclusioni presentate per la causa *Promimpresa* ad un certo punto dà ben conto di questo aspetto giungendo ad affermare che "nel caso di specie, i giudici italiani sono tenuti ad interpretare il diritto interno, nella misura del possibile, in modo tale da garantire

Il legislatore italiano affrontò quindi il problema con l'art. 11 della legge 15 dicembre 2011, n. 217 (c.d. legge comunitaria 2010) mosso per la verità da intenzioni che difficilmente potrebbero dirsi genuine. Basti pensare che l'allora Ministro per le Politiche Europee in una audizione alle Commissioni del Senato, dichiarò che l'approvazione di questa norma era assolutamente necessaria per poter ottenere l'archiviazione della procedura d'infrazione, anche perché altrimenti la stessa proroga al 2015 sarebbe rimasta in pericolo, e che soluzioni a tutela delle categorie interessate sarebbe stato preferibile "trovarle e attuarle fuori dei riflettori della Commissione". Pur affermandosi, in quella stessa sede, che quanto ai passi successivi si era ben consapevole del fatto che una ulteriore proroga delle concessioni in essere oltre la data del 31 dicembre 2015 sarebbe stata destinata a scontrarsi, inevitabilmente, con un netto rifiuto della Commissione²⁶.

Fu quindi approvato l'art. 11 della legge n. 217/2011 che al comma 1, lett. a) dispose l'abrogazione dell'art. 01, comma 2, d.l. n. 400/1993, delegando poi il Governo, con la disposizione del successivo comma 2, ad adottare entro quindici mesi un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

La procedura di infrazione, in conseguenza di questo intervento, si chiudeva il 27 febbraio 2012.

Senonché pochi mesi dopo, e segnatamente con l'art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, introdotto in sede di conversione con la legge n. 221/2012, il nostro legislatore, forse pensando di essere ormai fuori dai riflettori delle istituzioni comunitarie, decise di protrarre la proroga sino al 31 dicembre 2020 novellando in questo senso l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009.

5. La norma sulla proroga *ex lege* e i dubbi della giurisprudenza interna

In effetti sarebbe sufficiente la narrazione di una condotta siffatta, che non può certo dirsi carica di adamantina lealtà istituzionale, per comprendere come non si potesse sperare in un atteggiamento particolarmente benevolo quando la vicenda, come è avvenuto, fosse per caso approdata avanti alla Corte di giustizia.

Del resto, gli stessi indirizzi provenienti dalla giurisprudenza interna davano oramai l'idea di un fermento sulla questione destinato a risolversi in un senso già tracciato.

In primo luogo va ricordato che la Corte costituzionale, ogni qual volta ne ha avuto occasione, ha sistematicamente dichiarato l'illegittimità di leggi regionali che disponevano regimi di proroga o di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime²⁷. E lo ha fatto, nella sostanza, per contrasto con

che l'articolo 16 del decreto legislativo n. 59/2010, che traspone l'articolo 12 della direttiva 2006/123, prevalga sulla normativa speciale relativa alle concessioni demaniali marittime e lacuali". Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Mieciej Szpunar, 25 febbraio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, in *curia.europa.eu*, in part. punti da 101 a 107.

²⁶ Cfr. Testo per resoconto dell'Audizione dinanzi alle Commissioni riunite VIII e X del Min. On. Anna Maria Bernini del 4 ottobre 2011, reperibile al sito *senato.it*.

²⁷ Si veda, Corte cost., 20 maggio 2010 n. 180, in *Giur. cost.*, 2010, 2165 con nota critica di M. ESPOSITO, *La triade schmittiana à rebours*. A questa sentenza hanno fatto seguito, nel solo

il diritto comunitario e proprio rammentando, come sicuro indice di anticomunitarietà, i rilievi formulati nella procedura di infrazione. Vero è che nella sentenza n. 213/2011 la Corte, con dubbia coerenza²⁸, sembrerebbe aver implicitamente “salvato” invece la disciplina statale o, per esser più esatti, l’art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, nella parte in cui prevedeva la proroga *ex lege* sino al 31 dicembre 2015²⁹. Ma si deve pur notare che lo ha fatto insistendo sulla natura transitoria di quella norma. Non a caso, in pronunce successive all’art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, cioè all’introduzione nella disciplina statale dell’ulteriore proroga al 2020, la motivazione della Consulta si è ben guardata dall’attribuire anche a questa ennesima dilazione la patente di norma ispirata alla finalità di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l’ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia³⁰.

Sul versante della giurisprudenza amministrativa, poi, sebbene non abbia avuto unanime seguito l’orientamento che ha disapplicato la norma interna che prevedeva la proroga al 31 dicembre 2015³¹, non si deve trascurare che il contrasto tra questa ed il diritto comunitario era stato da altra giurisprudenza escluso anche perché il termine sessennale della proroga coincideva con quello delle concessioni, sicché si parlò di “un’ultima proroga”³².

Non sorprende, quindi, che di fronte alla conclamata intenzione del legislatore di accordare un’ulteriore proroga, niente affatto coperta dalla chiusura della procedura d’infrazione, nell’ambiente giurisprudenziale italiano si sia creato un diffuso sentimento di disappunto che ha portato all’idea di far ridi-

2010, Corte cost., 1° luglio 2010, n. 233; Corte cost., 26 novembre 2010, n. 340. Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema, cfr. anche A. COSSIRI, *op. cit.*, p. 5 ss.

²⁸ Il problema, molto banalmente, è rappresentato dalla difficoltà di comprendere come la norma che dispone il regime di proroga possa ritenersi anticomunitaria se risiede in leggi regionali, mentre non lo sarebbe se ospitata in una legge statale. Per rilievi in questo senso, cfr. A. GRECO, *Il legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo. Problemi di costituzionalità e “tenuta” comunitaria nel bilanciamento tra tutela dell’affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, in *federalismi.it*, 6 luglio 2011. Ma sembra che la Corte costituzionale, in queste materie, sia abbastanza avvezza alle incoerenze. Non si dimentichi che nella vicenda delle concessioni idroelettriche, la Corte, con le sentenze n. 1/2008 e poi n. 205/2011, aveva censurato le norme statali sostanzialmente osservando che le norme di proroga non sono un modo coerente di aderire al principio comunitario di concorrenza, sicché sarebbe stato uno strumento non consentito di invasione dell’autonomia regionale. Improvvisamente però, con la sentenza n. 28/2014, ha ritenuto che il regime di proroga introdotto con l’art. 37 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 andava tenuto indenne da censura rientrando la materia nella competenza statale. In arg. cfr. A. TRAVI, *op. cit.*, p. 54 ss., ove si osserva che la Corte con quest’ultima sentenza, “sembra ignorare, così, il proprio orientamento precedente e, in particolare, non si interroga minimamente sulla circostanza che la disciplina del 2012 comportasse di fatto una nuova proroga delle concessioni. Il dubbio che nuove proroghe potessero essere incompatibili con le ragioni della concorrenza non viene neppure sfiorato”.

²⁹ Su questo significato della sent. n. 213/2011, cfr. anche M. MAGRI, *I rapporti tra «direttiva servizi» e concessioni demaniali marittime*, in *deje.ua.es*, 5. Lo stesso Consiglio di Stato ha poi enfatizzato la circostanza che la Corte costituzionale avesse utilizzato la norma statale sulla proroga come fosse una sorta di fonte interposta, suggellandone quindi implicitamente la costituzionalità, per escludere che vi fosse contrasto tra l’art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e gli artt. 49 e 106 TFUE. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682.

³⁰ V. ad es. Corte cost., 4 luglio 2013, n. 171.

³¹ Tar Sardegna, sez. I, ord. 27 ottobre 2010, n. 473, in *Urb. app.*, 2011, 599 con nota di M. D’ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*; Tar Sardegna, sez. I, 3 aprile 2012, n. 338.

³² Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 aprile 2011, n. 679.

scutere il tutto avanti al giudice competente a sindacare la compatibilità comunitaria delle norme interne³³.

E l'occasione propizia si è verificata in fattispecie, come quelle alla base delle pronunce di rimessione del Tar Lombardia e del Tar Sardegna, accomunate dalla significativa circostanza che è stata la stessa amministrazione a non voler applicare la proroga *ex lege* a vantaggio dei concessionari già insediati³⁴.

6. L'impostazione data dalla Corte di giustizia ai rapporti tra direttiva 123/2006/CE e art. 49 TFUE e la sua genesi nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar

Per esporre i contenuti salienti della sentenza della Corte di giustizia, prima ancora di accennare alle conclusioni dell'Avvocato generale, conviene una precisazione relativa ai due provvedimenti di rinvio pregiudiziale.

Il Tar Lombardia ha espressamente dichiarato ed argomentato la presenza di un interesse transfrontaliero certo in merito all'assegnazione della concessione in questione. Ha poi evitato ogni riferimento alla direttiva 2006/123/CE, inquadrando giuridicamente il problema nei termini di un contrasto tra la disciplina interna che determina la reiterata proroga del termine di scadenza delle concessioni di beni del demanio marittimo ed il diritto primario dell'Unione, ovvero con il principio di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE), parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 49 e 56 TFUE), trasparenza e non discriminazione (art. 106 TFUE)³⁵.

Il Tar Sardegna, di contro, non si è curato di esplicitare alcunché in merito alla presenza, nella vicenda sindacata, di un interesse transfrontaliero certo. Tuttavia, oltre a evidenziare un possibile contrasto con il diritto primario in modo non dissimile da quanto già aveva fatto il Tar lombardo, ha diffusamente dedotto in merito ad un possibile contrasto della norma interna sulla proroga anche con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

Riunendo le due cause la Corte si è quindi trovata di fronte ad una situa-

³³ Con questo non si vuol certo nascondere che vi sono pronunce, anche recenti, ove i giudici nemmeno si son posti il problema della compatibilità del regime di proroga con il diritto comunitario (ad es. Tar Sicilia, Catania, sez. III, 9 marzo 2016, n. 731) oppure non lo censurano in via generale, pur affermando che si tratta di un regime derogatorio delle regole comunitarie sulla concorrenza e quindi da ritenersi di stretta interpretazione (ad es. Tar Toscana, sez. III, 21 marzo 2016, n. 519).

³⁴ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401; Tar Sardegna, sez. I, ord. 28 gennaio 2015, n. 224. Nel caso affrontato dal Tar Lombardia il Consorzio dei Comuni della Sponda bresciana del lago di Garda e del lago di Idro, dopo aver rilasciato nel 2006 una concessione espressamente destinata a scadere il 31 dicembre 2010 si rifiutava di concedere il richiesto rinnovo perché la nuova concessione avrebbe potuto essere ottenuta solo all'esito di una procedura di evidenza pubblica. Nel caso esaminato dal Tar Sardegna il concessionario già insediato e che aveva presentato la richiesta di un formale provvedimento di proroga lamentava il fatto che la p.a. avesse ciò nonostante pubblicato un avviso di gara per l'assegnazione di dette concessioni e poi proceduto ad aggiudicarle ad altri.

³⁵ Come noto il Consiglio di Stato, nonostante fosse già stata pubblicata anche l'ordinanza di rimessione del Tar Sardegna, ha poi deciso di sollevare a sua volta avanti alla Corte di giustizia la medesima questione pregiudiziale confezionandola in modo pressoché identico a com'essa era stata impostata dal Tar Lombardia. Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3936.

zione ad un tempo ideale e gravosa. Nel senso, cioè, che da un lato l'esame del merito non poteva ad essa sfuggire; d'altro lato, era invitata ad affrontare ogni questione sul tappeto, ivi compreso a quel punto il rapporto tra le norme del TFUE e la direttiva 123/2006/CE.

Ebbene, per comprendere l'impostazione eletta dalla Corte è di fondamentale importanza spendere qualche parola sulle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar e sul contesto sottostante nel quale sono maturate.

L'avvocato generale Szpunar, infatti, in almeno due precedenti si era trovato ad affrontare il tema dell'applicabilità della direttiva 123/2006/CE alle c.d. situazioni puramente interne. Connotate cioè, dall'assenza di elementi transfrontalieri³⁶.

Nelle cause riunite C-340/14 e C-341/14, *Trijber-Harmsen vs Burge-meester van Amsterdam*, in verità era stato lo stesso giudice interno del rinvio a porre esplicitamente il quesito dell'applicabilità o meno della direttiva servizi a situazioni, come quelle di cui al procedimento principale, puramente interne. Nella causa C-293/14, *Hiebler vs Schlagbauer*, invece, il tema era stato sua sponte sollevato in sede di conclusioni, rassegnate lo stesso giorno, dall'avvocato generale Szpunar in una vertenza dove tutti gli elementi della controversia sembravano deporre per un rilievo puramente interno al Land austriaco della Carinzia³⁷.

Nel precedente *Trijber-Harmsen*, l'avvocato generale Szpunar aveva esplicitamente invitato la Corte a non attingere alla propria giurisprudenza consolidata che "parte dall'assunto che le disposizioni del trattato sulle quattro libertà disciplinano solo situazioni transfrontaliere"³⁸. Perorando, invece, la tesi di un'applicazione delle disposizioni sulla libertà di stabilimento contenute nella direttiva 123/2006 anche a situazioni puramente interne.

Sennonché già in quel precedente la Corte preferì non dare una risposta esplicita al quesito di fondo, ma aggirarlo attraverso un espediente noto. Quello cioè di individuare a tutti i costi un collegamento in fatto per poter attribuire la patente transfrontaliera a vicende che potrebbero davvero sembrare puramente interne.

Nel caso *Trijber-Harmsen*, si arrivò a dire bastevole la circostanza che anche cittadini di altri Stati membri possano in astratto beneficiare – quali consumatori – dei servizi offerti dal prestatore la cui autorizzazione è oggetto di causa, per concludere che la situazione sollevata da un giudice con la questione pregiudiziale non è puramente interna³⁹. Con il che è evidente che pra-

³⁶ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 16 luglio 2015, cause riunite C-340/14 e C-341/14, per esteso in *curia.europa.eu*, in particolare punti da 44 a 57; conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 16 luglio 2015, causa C-293/14, per esteso in *curia.europa.eu*, ai punti da 21 a 26.

³⁷ Per rendersi conto della dimensione delle questioni, si tenga presente che nel caso *Trijber* il prestatore intendeva svolgere un servizio di escursioni e celebrazione ricorrenze su un'imbarcazione senza cabina per le vie d'acqua di Amsterdam, mentre nel caso *Harmsen* si trattava di un regime d'autorizzazione per la gestione di un centro di prostituzione in vetrina. La causa *Hiebler* riguardava invece una vicenda che vedeva coinvolti due soggetti che esercitavano in Carinzia l'attività di spazzacamino, uno dei quali accusava l'altro di aver svolto attività in un settore territoriale non consentito chiedendo dunque un risarcimento pari ad euro 2.594, 65.

³⁸ Per un esempio di perdurante attualità di questo principio, cfr. Corte di giustizia, Quarta Sezione, 6 ottobre 2016, causa C-318/15, in *curia.europa.eu*, ove un rinvio del Tar Piemonte in materia di appalti sotto soglia è stato giudicato irricevibile perché a dire della Corte il giudice del rinvio non avrebbe fornito indicazioni idonee a desumere l'esistenza di un interesse transfrontaliero.

³⁹ Corte di giustizia, Terza Sezione, 1 ottobre 2015, cause riunite C-340/14 e C-341/14, in

ticamente in nessun caso intercettato dalla direttiva 123/2006 si potrà dire che la controversia difetta di un interesse transfrontaliero⁴⁰.

Nella causa C-293/14, Hiebler vs Schlagbauer, poiché il giudice del rinvio non aveva sollevato la questione, la Corte passò completamente sotto silenzio le considerazioni dell'avvocato generale sul punto⁴¹. La Corte, cioè, non si pose alcun interrogativo né spese parola alcuna circa la natura transfrontaliera o meramente interna delle situazioni, e quindi vagliò la causa alla luce della direttiva 123/2006.

Ebbene, anche nel caso Promoimpresa è l'avvocato generale – di sua iniziativa – ad affermare che “a differenza dell'articolo 49 TFUE, le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123, relative alla libertà di stabilimento, si applicano indipendentemente dall'esistenza di un elemento transfrontaliero. Non è pertanto necessario determinare, ai fini dell'applicazione dell'articolo 12 di tale direttiva, se l'autorizzazione in questione presenti un interesse transfrontaliero certo”⁴².

E come nella causa Hiebler, anche in questo caso la Corte non si cura affatto di affrontare espressamente la questione, delibando la vicenda posta dal Tar Sardegna (che aveva omesso di interrogarsi sulla natura transfrontaliera della situazione) direttamente alla luce dell'art. 12 della direttiva 123/2006.

Sennonché qui è manifesto che la Corte stessa finisce implicitamente per acconsentire alla tesi di un'applicazione della direttiva a prescindere dall'elemento transfrontaliero e quindi a situazioni puramente interne. Ne è prova eloquente il fatto che quando poi passa all'esame delle questioni prospettate alla luce dell'art. 49 TFUE, dichiara irricevibile la domanda pregiudiziale sollevata dal Tar Sardegna proprio perché il giudice rinviante aveva omesso di fornire gli elementi necessari per consentire alla Corte di ritenere che esista un interesse transfrontaliero certo. Avendo però poco prima vagliato nel merito la vicenda alla luce della direttiva 123/2006, è giocoforza concludere che, anche per la Corte, oramai, l'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento previste dalla direttiva 123/2006 prescinde dalla natura transfrontaliera e si applica anche in presenza di situazioni puramente interne.

Insomma, per andar sul semplice, da questa sentenza emerge ben netta l'idea che quanto alla libertà di stabilimento, la Corte abbia definitivamente avallato l'idea che la direttiva 123/2006, che è diritto derivato, può andare al di là del Trattato.

curia.europa.eu., in part. punti 41 e 42. Potrà sembrare buffo, ma mentre la Corte per la causa *Trijber* afferma che la situazione ipotizzata non è puramente interna perché “di tali servizi possono parimenti beneficiare cittadini di altri Stati membri e che il regime in discussione può pregiudicare l'accesso al mercato di tutti i prestatori, ivi compresi quelli originari di altri Stati membri”, quanto alla causa riunita *Harmsen*, si accontenta di evidenziare che la situazione non è puramente interna poiché “i beneficiari dei servizi offerti dal sig. Harmsen, oggetto della richiesta di autorizzazione sulla quale verte il procedimento principale, sono cittadini di Stati membri diversi dal regno dei Paesi Bassi”. E questo, se ben si è compreso, in ragione del fatto che al sig. Harmsen le autorità contestavano di aver locato le camere a prostitute ungheresi e bulgare.

⁴⁰ E infatti, la dottrina che focalizza l'attenzione sulla circostanza che la direttiva servizi persegue anche l'obiettivo della tutela dei consumatori, non a caso giunge alla conclusione che si applica a prescindere dall'elemento transfrontaliero. In questo senso, cfr. S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 59 ss.

⁴¹ Corte di giustizia, Prima Sezione, 23 dicembre 2015, causa C-293/14, in *curia.europa.eu*.

⁴² Conclusioni dell'Avvocato generale Mieciej Szpunar, 25 febbraio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit., punto 50.

7. Esposizione schematica del contenuto della pronuncia della Corte

Fatta questa precisazione, che impatta temi di non poco conto, per il resto la pronuncia si può schematizzare in alcuni passaggi.

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 servizi⁴³;

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.

⁴³ 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. In verità la Corte scansa la figura della concessione di servizi osservando che quest'ultima si caratterizzi anche per il fatto che un soggetto aggiudicatore trasferisce al concessionario il diritto a gestire un servizio le cui caratteristiche sono determinate dal soggetto aggiudicatore stesso. Si aggiunge, poi, che il considerando 15 della direttiva 2014/23 (c.d. concessioni) precisa che gli accordi aventi ad oggetto il diritto di gestire determinati beni e risorse del demanio “mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» ai sensi di tale direttiva”. L'Avvocato generale Szpunar, dal canto suo, aveva anche dato risalto alla circostanza che nella concessione di servizi vi sarebbe un dovere contrattuale specifico di prestare il servizio, mentre nelle concessioni demaniali – stando alla tesi dell'avvocato generale – non vi sarebbe l'obbligo ad esercitare “un'attività di servizio che sia stata (...) specificamente concessa da un'autorità pubblica e che sia soggetta a specifici requisiti definiti da quest'ultima”. La questione meriterebbe un approfondimento che esorbita dalle finalità del presente contributo, ma è chiaro che anche qui siamo di fronte al tipico eccesso di semplificazione argomentativa della giurisprudenza comunitaria. Se si prescinde dal dato fornito dal considerando 15 della direttiva concessioni, per il resto affermazioni del genere di quelle appena evidenziate finiscono per correre il rischio di oscurare che anche nelle concessioni demaniali in esame sussiste un interesse del soggetto pubblico a che venga effettivamente espletata una determinata attività svolta a favore degli utenti. Del resto, quanto alla vischiosità della distinzione tra i due istituti, basterà ricordare che il nostro legislatore ha spesso fatto ricorso alla nozione di servizio pubblico in relazione alle concessioni di sfruttamento di beni pubblici, ad es. in tema di disciplina delle autostrade. In arg. B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 93 ss. Né sono mancate, in talune vicende, discussioni in merito all'applicazione alle concessioni demaniali marittime di istituti tipici del settore dei pubblici servizi, come il c.d. in house. Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VII, 6 dicembre 2008, n. 21241, segnalata da G. FERRARI-L. TARANTINO, in *Osservatorio amministrativo* (a cura di), *Urb. app.*, 2009, 503.

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 rientrino 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.

8. Cenni ad alcuni profili di critica ed in particolare al tema della erosione delle situazioni puramente interne

Su molti dei passaggi della sentenza della Corte sopra schematizzati vi sarebbe spazio di argomentata critica⁴⁴.

⁴⁴ Una critica radicale che prescinde da singoli passaggi argomentativi, ma che in questa

Almeno uno dei temi dai risvolti di diritto europeo di più ampio respiro, ben essendo assai controverso, potrebbe però essere meno gravido di conseguenze pratiche di quanto da taluni supposto.

Come noto, il fenomeno della erosione degli spazi di immunità dal diritto comunitario delle situazioni puramente interne, è un tema molto “caldo” dell’attuale diritto eurounitario, enfatizzato proprio nel caso della direttiva 123/2006⁴⁵. Questa infatti, a differenza delle direttive appalti e concessioni – che attraverso le c.d. soglie risolvono a monte il problema dell’interesse transfrontaliero – si presta in effetti a diverse letture.

Indubbiamente gli argomenti prospettati dall’avvocato generale Szpunar per perorare la tesi di una diversa area di incidenza – insensibile al profilo transfrontaliero – delle disposizioni sulla libertà di stabilimento contenute dalla direttiva non sono così prepotenti⁴⁶.

Ma occorre ricordare come ad analoghe conclusioni sia ad esempio approdata anche la dottrina italiana sulla base di riflessioni ben più ponderate⁴⁷.

Tuttavia, vien fatto di chiedersi non solo quale rilievo abbia lo stabilire se davvero la direttiva 123/2006 si applichi direttamente alle situazioni puramente interne. Ma più a monte, ci si dovrebbe forse interrogare sulla portata pratica effettiva della perimetrazione data in questa occasione dalla Corte di giustizia, quando circoscrive l’effetto dell’art. 49 TFUE (destinato ad entrare in azione ove non scatti l’art. 12 della direttiva) alle concessioni demaniali rispetto alle quali si accerti la presenza di un interesse transfrontaliero.

Certo, in astratto si tratta di temi gravissimi.

Ma a sdrammatizzarli potrebbe contribuire l’idea che il sistema giuridico italiano sia tra quelli ove il riallineamento costante tra il livello di tutela delle situazioni interne e quelle che hanno origine nel diritto europeo è assicurato da vari strumenti, tra i quali vi è anche il c.d. divieto di discriminazioni a rovescio⁴⁸. Da questo punto di vista, non sembra influente ricordare che la stes-

sede non può minimamente essere presa in esame, deriva dal considerare tutta la vicenda in netto contrasto con l’art. 345 TFUE ove si sancisce che il Trattato “lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”, sicché la disciplina giuridica del demanio non sarebbe affatto scrutinabile alla luce dell’art. 49 TFUE e meno che meno di una direttiva. Per questa tesi, M. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 2167 ss.

⁴⁵ E infatti la questione dell’applicazione del capo III della direttiva 123/2006 sulla libertà di stabilimento a situazioni puramente interne è stata risolta il 18 gennaio 2016 dal giudice dei Paesi Bassi, in causa C-31/16, la cui domanda pregiudiziale è consultabile in curia.europa.eu.

⁴⁶ Nelle citate conclusioni dell’avvocato generale Szpunar per le cause riunite *Trijber-Harmens*, la perorazione a favore di un’applicazione estesa della direttiva 123/2006 è infatti affidata ad un’articolazione argomentativa non certo dirompente. In buona sostanza, si è rilevato che: a) già in tema di armonizzazione degli standard di prodotti e servizi finalizzata alla libera circolazione si assiste ad un’applicazione delle norme europee insensibile alla distinzione tra situazioni interne e transfrontaliere; b) il Manuale per l’attuazione della direttiva 123/2006, redatto dai servizi della direzione generale del Mercato interno e dei servizi della Commissione, dichiara esplicitamente che il capo in materia di stabilimento si applica anche al caso in cui un prestatore cerchi di stabilirsi nel proprio Stato membro; c) mentre il capo IV della direttiva sulla libera circolazione dei servizi contiene riferimenti alla natura transfrontaliera, non così il capo III relativo allo stabilimento; d) durante la procedura legislativa che portò all’adozione della direttiva le proposte di emendare l’art. 2 paragrafo 1 (“la presente direttiva si applica ai servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro”) allo scopo di limitare la disposizione a situazioni transfrontaliere, non furono accettate.

⁴⁷ Per questa tesi, si veda S. TORRICELLI, *op. cit.*, 59 ss.; A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano, 2016, 85 ss., nonché, 111 ss.

⁴⁸ In arg., S. TORRICELLI, *op. cit.*, 257 ss.; A. NEGRELLI, *op. cit.*, in part. p. 78 ss. In tema di discriminazioni a rovescio, anche per indicazioni di dottrina e giurisprudenza, qui è sufficiente il rinvio a E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, in *Il*

sa legge italiana di recepimento della direttiva Bolkestein si adegua a questo concetto della parità del trattamento disponendo, all'art. 24, che "I cittadini italiani e i soggetti giuridici costituiti conformemente alla legislazione nazionale che sono stabiliti in Italia possono invocare l'applicazione delle disposizioni del presente titolo", ivi compresa quindi l'invocazione dell'art. 16 (Selezione di diversi candidati), ove è stato trasposto l'art. 12 della direttiva 123/2006⁴⁹. Si tratta per giunta di un precetto che non solo riflette un criterio generale di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione europea, ora positivamente sancito dall'art. 32, comma 1, lett. i), legge 24 dicembre 2012, n. 234. Ma di una regola, quella della parità di trattamento, che è stata significativamente generalizzata nell'art. 53 della stessa legge n. 234/2012⁵⁰ sino al punto da voler dar corpo ad un potere di non applicazione del diritto italiano anticomunitario al di là dell'ambito materiale del diritto dell'Unione. Se la sua applicazione, appunto, sia suscettibile di produrre una discriminazione in danno dei cittadini e delle imprese italiane⁵¹.

Con il ch , a dirla tutta, diviene un poco oziosa la critica mossa all'impianto di questa sentenza nella parte in cui ha avallato l'idea di un'applicazione della direttiva a prescindere dall'interesse transfrontaliero⁵². Con ogni probabilità, sarebbe bastato ai giudici del rinvio far presente a Strasburgo che nell'ordinamento italiano esiste quella disposizione, per incardinare la competenza della Corte a fornire comunque un'interpretazione dell'art. 12 della direttiva 123/2006⁵³.

diritto dell'Unione Europea, 1996, p. 351 ss.; B. NASCIMBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, ivi, 2007, p. 717 ss.; F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, ivi, p. 917 ss.

⁴⁹ A tenore del quale "  assicurata la parit  di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea e non pu  essere previsto in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani".   fin troppo ovvio che qui siamo di fronte ad un precetto espressivo di un principio generale che va oltre il profilo dell'indirizzo dato alla normazione. In questo senso, cfr. B. NASCIMBENE, *op. cit.*, 732 alla nota 23.

⁵⁰ Art. 53, legge n. 234/2012: "Parit  di trattamento. 1. Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti dall'ordinamento italiano ai cittadini dell'unione europea".

⁵¹ Secondo S. TORRICELLI, *op. cit.*, pp. 285-286, in linea di principio la discriminazione a rovescio porrebbe il problema della necessit  di invocare l'incostituzionalit  della norma (per contrasto con l'art. 3 Cost.). La disposizione dell'art. 53 legge n. 234/2012 parrebbe pertanto voler eludere e supplire tale necessit  generalizzando il meccanismo di protezione di cui godrebbe il soggetto europeo non nazionale, vale a dire la disapplicazione, pur ovviamente ponendo simile tecnica di adattamento un problema sotto il profilo del rapporto tra fonti. In merito invece al dovere di adottare lo strumento dell'interpretazione conforme in luogo dell'incidente di costituzionalit  ogniqualvolta si dovesse porre una questione di discriminazione alla rovescia, B. NASCIMBENE, *op. cit.*, 733.

⁵² Vi insiste invece G. MARGHEGANI, *op. cit.*, p. 5 ss.

⁵³ Si tratta della c.d. formula Guimont, elaborata dalla Corte per legittimare il rinvio pregiudiziale ove il diritto nazionale imponga di riconoscere al suo cittadino gli stessi diritti di cui godrebbe un cittadino di altro Stato membro sulla base del diritto comunitario. Cfr. Corte di giustizia, 5 dicembre 2000, causa C-448/1998, Jean-Pierre Guimont, in *curia.europa.eu.*, al punto 23. Per una conferma recente, cfr. Corte di giustizia, Quarta Sezione, 3 dicembre 2015, causa C-338/14, in *curia.europa.eu.*, al punto 17, ove si rammenta che "da una costante giurisprudenza risulta che quando una normativa nazionale intende conformarsi, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto dell'Unione al fine, in particolare, di evitare l'insorgere di discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o di eventuali distorsioni di concorrenza, oppure di assicurare una procedura unica in situazioni paragonabili, esiste un interesse certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o

Ma anche a prescindere da quest'ultima considerazione, e volendo disporsi su un piano più generale, sembra difficile ammettere che, all'indomani della sentenza *Promoimpresa*, vi possano essere concessioni demaniali marittime ove il regime di proroga *ex lege* è salvo perché, per ipotesi, non pare sussistere un interesse transfrontaliero⁵⁴.

Opinando in quel senso, sorgerebbe il sospetto che un'impresa italiana finisca allora per ricevere un trattamento che è l'ordinamento interno (anche costituzionale) a non ammettere, perché deteriore rispetto ad un'impresa che ha sede in un altro paese dell'Unione.

Se si dovesse condividere questa sommissa considerazione, (beninteso, anch'essa tutt'altro che aporetica) alcune delle possibili critiche a questa sentenza si stempererebbero sotto il profilo del pratico impatto. Nel senso, soprattutto, che l'effettiva dubbio dell'inquadramento delle concessioni demaniali marittime nel regime dell'autorizzazione *ex art. 12* direttiva 123/2006, contrariamente all'apparenza, potrebbe finire per non giocare un ruolo tanto preponderante nell'esito fondamentale della questione.

È ovvio che la sussunzione delle concessioni demaniali marittime tra le autorizzazioni *ex art. 12* dir. 123/2006, operata dalla Corte con la tipica semplicità di chi ha il potere di creare le regole anziché di interpretarle, sia un punto assai controverso e controvertibile dell'intera vicenda. Da un lato si è intuitivamente sospinti all'idea che l'autorizzazione limitata in ragione della scarsità di risorse naturali sia una figura pennellata proprio sulla concessione demaniale, posto che le risorse naturali scarse di norma sono nel dominio pubblico. D'altro lato non è meno evidente che questa sussunzione finisce per svalutare una nota caratteristica della concessione demaniale, che risiede nel fatto che essa è un titolo di occupazione ed uso di una proprietà pubblica. Si tratta per altro di un titolo che concettualmente non si confonde con l'autorizzazione ad esercitare attività di servizio turistico-balneare⁵⁵.

Non a caso, se ben si riflette, la concessione demaniale non risponde poi a molte delle note di struttura tipiche delle autorizzazioni secondo la direttiva Bolkestein⁵⁶.

Per giunta, nemmeno sembra del tutto esatto ritenere che qui la limitatezza dei titoli disponibili dipenda esclusivamente dalla scarsità di risorse naturali. Giuridicamente parlando questa limitatezza dipende prima ancora dal fatto che il soggetto pubblico non è affatto tenuto a mettere a disposizione tutte le coste nel suo dominio, e meno che meno a metterle tutte a disposizione perché le imprese vi esercitino attività di servizio turistico-ricreativo⁵⁷.

le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate". In dottrina, cfr. A. ARENA, *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: la sentenza Sbarigia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 201 ss.

⁵⁴ In questo senso, invece, G. MARGHEGANI, *op. cit.*, p. 5; L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁵ In arg. cfr. M. MAGRI, *op. cit.*, pp. 7-8, ove si fa osservare che gli oggetti dei due provvedimenti permissivi – concessione demaniale ed autorizzazione alla prestazione del servizio – corrono su binari paralleli.

⁵⁶ Tanto per dirne una, non si potrà certo affermare che la concessione demaniale "permette al prestatore di accedere all'attività di servizi o di esercitarla su tutto il territorio nazionale" e nemmeno si potrà dire che la "limitazione dell'autorizzazione ad una determinata parte del territorio per ogni stabilimento sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale" come pretenderebbe l'art. 10, comma 4, della direttiva.

⁵⁷ Si noti che lo stesso considerando 62 della direttiva 123/2006 dedicato al tema dell'art. 12, si cura di specificare che "la presente disposizione non dovrebbe ostare a che gli Stati membri

Di converso, vi è da dire come fosse alquanto ingenua la pretesa di scansare allora l'art. 12 della direttiva, riducendo l'istituto della concessione demaniale ad un mero titolo di occupazione del suolo⁵⁸ ed alla stregua di una qualunque locazione di bene immobile⁵⁹. Qui siamo su un piano concettuale assai diverso da quello dell'attribuzione di una facoltà di godimento del bene *excludendi alios*, se non altro perché è proprio il governo di quell'uso individuale l'aspetto di interesse pubblico che innerva la concessione⁶⁰.

Ecco perché, di fronte ad una congerie di questioni giuridiche così complesse ed obbiettivamente incerte, andrebbe forse raccolto l'invito a semplificare per pulizia il tema. Riducendolo, in definitiva, nel considerare che la Corte ha comunque affermato che il regime normativo sulle proroghe è contrario all'art. 49 TFUE poiché ritardando il rilascio di concessioni attraverso procedure competitive trasparenti discrimina le imprese straniere potenzialmente interessate. E da ciò per l'appunto, conseguire che di tale decisione occorre tener conto anche quando la situazione sia invece puramente interna, poiché il nostro sistema non tollera discriminazioni in danno delle imprese italiane.

limitino il numero di autorizzazioni per ragioni diverse dalla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche". In merito poi al fatto che la logica della demanialità qui dovrebbe essere orientata dalla consapevolezza che gli areali litoranei costituiscono un bene di elevata valenza ambientale, ecologica e paesaggistica, tale da opporsi alla tendenza ad uno sfruttamento inflattivo dei beni costieri, cfr. E. BOSCOLO, *op. cit.*, pp. 1219-1220.

⁵⁸ Da più parti invocando anche la peculiare vicenda della disciplina spagnola e la presa di posizione del Tribunale costituzionale spagnolo del 5 novembre 2015, n. 233. Come rilevato da M. MAGRI, *op. cit.*, p. 2, in quella sentenza, in effetti, il contrasto con il diritto comunitario della legge spagnola 29 maggio 2013, n. 2 che ha introdotto una proroga assai consistente (fino a 75 anni) delle concessioni è stato escluso anche rilevando che la concessione è configurata come un titolo di occupazione del dominio pubblico ed è soltanto il sostrato materiale dell'eventuale attività di prestazione di servizio, dovendo quindi essere la diversa legge regolatrice dell'attività, non quella regolatrice della disponibilità del bene, a poter essere confrontata con la direttiva Bolkestein. Sulle peculiarità però della disciplina spagnola e delle ragioni che hanno indotto la Commissione europea sino ad oggi a ritenerla compatibile con il diritto comunitario, cfr. A. Cossiri, *op. cit.*, p. 15 ss. ove si fa presente, tra altro, che la proroga accordata dalla legge spagnola non solo non riguarda autorizzazioni rilasciate a prestatori che forniscano servizi sulle spiagge, ma è una sorta di compensazione alla confisca e reversione al demanio di beni espropriati ai privati. Per un esame della regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna, cfr. M. DE BENEDETTO-F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, II, p. 29 ss.

⁵⁹ L'obiezione di una similitudine con la locazione era stata prospettata dalle parti nella causa Promoimpresa ed è confutata nelle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar al punto 54, il quale ritiene sufficiente osservare che si tratta comunque di un atto che subordina l'accesso all'attività di servizio. Recentemente su questa obiezione tornano, R. RIGHI-E. NESI, *op. cit.*, p. 6 ss.

⁶⁰ E questo sia approcciando l'istituto secondo una prospettiva scientifica, sia rimanendo su un terreno più minimale. Sotto il primo profilo, basterà ricordare che "le scelte necessariamente riservate ai pubblici poteri non riguardano affatto, come invece è stato sostenuto, il rapporto tra usi collettivi e usi individuali dei beni pubblici, bensì le implicazioni di interesse generale degli usi individuali in sé considerati". Così B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 465. Nella seconda prospettiva, sarebbe sufficiente constatare che la p.a. può dichiarare la decadenza dalla concessione per mancato utilizzo o per cattivo uso, per avvedersi di quanto sia fuorviante ritenere che l'essenza giuridica dell'istituto stia nell'attribuzione di una facoltà di godimento del bene *excludendi alios*. In arg., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2356, ove si afferma legittimamente dichiarata la decadenza da una concessione perché dopo due anni il concessionario non aveva realizzato lo stabilimento balneare, né alcuna opera preordinata alla fruizione collettiva della spiaggia o di pulizia.

9. Brevi considerazioni sulle prime reazioni alla sentenza in ambito nazionale (ed in particolare sull'art. 24, comma 3 *septies* del d.l. n. 113/2016 come introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2016, n. 160)

Al di là dell'esame critico del percorso argomentativo, le prime reazioni in ambito nazionale alla sentenza *Promoimpresa* si sono concentrate prevalentemente su due aspetti.

Aspetti intimamente connessi, o quantomeno, accomunati nell'intento, nemmeno tanto celato, di porre un argine di resistenza alle conseguenze pratiche della pronuncia. In un'ottica di tutela della categoria dei concessionari insediati⁶¹.

Ci si è quindi interrogati sugli effetti della sentenza relativamente alle concessioni in essere.

Ci si è poi posti il tema degli spazi di manovra che, dopo la pronuncia comunitaria, residuano all'ordinamento interno per tutelare l'affidamento riposto dai concessionari insediati in merito agli investimenti effettuati.

Non si può negare che questo secondo profilo sia il più problematico e ricco di sfaccettature⁶². E prima o poi dovrà essere affrontato dal legislatore nell'ambito di un intervento di riforma del settore che appare oramai non più procrastinabile. Qualche indicazione sul punto, si spera, potrebbe peraltro provenire dalla stessa Corte costituzionale, recentemente investita della questione in merito alla legge regionale toscana n. 31/2016⁶³. Si tratta per giunta di un tema al quale l'Unione europea è particolarmente sensibile. Lo dimostra anche solo il fatto che la disciplina italiana che lo ha affrontato nella materia delle

⁶¹ Quest'ottica emerge lampante nel contributo di R. RIGHI-E. NESI, cit. Opposto l'approccio di E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 1225 ss. ove si evidenziano i pregi del modello concorrenziale.

⁶² Già depurarlo per una minima chiarezza d'impostazione non è agevole. Ad esempio, una cosa è chiedersi se debba trovare una qualche forma di tutela l'affidamento riposto dai concessionari nella norma interna che ha prorogato le concessioni fino al 2020, nell'ipotesi in cui tale concessione non potesse protrarsi fino a detta data. Questo è un aspetto che non è affatto affrontato (né quindi pregiudicato) dalla sentenza *Promoimpresa*. Ma qui saremmo in un campo molto prossimo a quello della responsabilità dello Stato per mutamento legislativo e alle eventuali compensazioni economiche che questa responsabilità potrebbe comportare. Per spunti in arg. cfr. A. TRAVI, *op. cit.*, pp. 58-59, che però ne tratta in relazione alla pronuncia di incostituzionalità di una legge, quale quella delle proroghe delle concessioni idroelettriche, che era sicuramente una legge d'incentivazione. Altro aspetto, sembra, è invece quello dell'affidamento riposto nella durata *sine die* (o rinnovo automatico) delle concessioni in virtù della legge n. 88/2001, poi abrogata proprio dalla norma che aveva previsto le proroghe a compensazione di questa soppressione. Qui la sentenza *Promoimpresa* lancia dei messaggi d'apertura che però sembrano un poco contraddittori. Da un lato c'è un'evidente concessione all'idea che la disciplina interna potrebbe accordare delle proroghe (ossia delle forme di compensazione in natura) subordinate però alla verifica caso per caso degli effettivi investimenti effettuati da chi ha confidato su quella legge (v. punti da 52 a 56). D'altro canto, si afferma che la finalità di consentire ai concessionari di ammortizzare gli investimenti non poteva giustificare proroghe compensative dell'affidamento, se le concessioni sono state attribuite quando già era stato dichiarato che per i principi del diritto comunitario i contratti debbono essere soggetti agli obblighi di trasparenza (v. punto 73). Sennonché, a ben vedere, quella "dichiarazione" interveniva prima della legge n. 88/2001, per effetto della nota sentenza, Corte di giustizia, Sesta Sezione, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria*.

⁶³ Con ricorso depositato il 14 luglio 2016 – in G.U. 14 settembre 2016, n. 37 – il Governo ha impugnato la legge regionale della Toscana, 9 maggio 2016, n. 31 nella parte in cui prevede che il concessionario subentrante debba corrispondere al concessionario uscente un indennizzo pari al 90% del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione.

concessioni idroelettriche da sottoporre a gara, è oggetto di una procedura d'infrazione che ha ravvisato un privilegio ingiustificato a vantaggio del concessionario uscente, ed un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori, nel regime del corrispettivo a carico del concessionario subentrante per il trasferimento del ramo d'azienda previsto dall'art. 37 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. decreto Sviluppo)⁶⁴.

Quanto invece al profilo più immediato, forse si potrà pure ammettere che il tema degli effetti della sentenza *Promoimpresa* sui rapporti concessori in essere, che non siano oggetto di giudizi pendenti, non sia di esito così scontato⁶⁵.

Il legislatore italiano, tuttavia, in merito ha eletto la via più discutibile che si potesse immaginare e – si passi il termine – forse nemmeno tanto scaltra.

Inserendo, alla chetichella, in sede di conversione del decreto legge 24 giugno 2016, n. 113, con la legge 7 agosto 2016, n. 160, 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, decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio, n. 25”.

Una strada assai censurabile non solo perché, ad onta dell'obbligo di conformazione al diritto europeo, in realtà vorrebbe perpetuare gli effetti di una disposizione già dichiarata anticomunitaria⁶⁶. Ma una via che potrebbe rivelarsi meno acuta del previsto.

Se l'obiettivo “politico” è quello di preservare quanto più possibile i rapporti in atto, forse valeva la pena di affidarsi ai margini interpretativi cui è soggetta

⁶⁴ Si tratta della procedura d'infrazione n. 2011/2026, sulla quale, cfr. F. DONATI, *op. cit.*, in part. 10 ss. In arg. si veda anche G. BRIANZA, *Il trasferimento del ramo d'azienda idroelettrico*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. I Le concessioni idroelettriche*, cit., p. 85 ss.

⁶⁵ A favore di un'incidenza del dettato della Sentenza *Promoimpresa* estesa anche alle concessioni non oggetto delle cause del rinvio pregiudiziale, E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 1227. Si spendono invece lungamente a favore dell'intangibilità della proroga sino al 2020, R. RIGHI-E. NESI, *op. cit.*, p. 16 ss. Benché il presente intervento si voglia tener lontano dalla questione, di primo impulso non sembra che gli argomenti dipanati in questo secondo contributo siano tutti convincenti. In particolare, non è dato comprendere come ci si possa sottrarre alla constatazione che quando la proroga *ex lege* non è intermediata da alcun atto della p.a., come dovrebbe essere nella fattispecie prevista dall'art. 1, comma 18 del d.l. 194/2009, la necessità di disapplicare quella legge conduca dritti alla conseguenza che la concessione è da considerarsi oggi, molto semplicemente, scaduta, e non certo illegittima. Pertanto, è dubbio che qui ci si trovi di fronte ad una situazione che inviterebbe ad un annullamento in autotutela delle originarie concessioni e quindi agli eventuali limiti di questo potere. D'altro lato, se non ci si inganna, la legge di proroga, fosse anche davvero una legge provvedimento, non poteva essere impugnata entro il termine di decadenza avanti al giudice amministrativo, sicché nemmeno si comprende quale decadenza possa colpire l'impresa che volesse, all'indomani dalla sentenza *Promoimpresa*, provocare una competizione sulla premessa che quella concessione, appunto, è scaduta. Tutto ciò, dunque, sembra consenta di prescindere in questa vicenda dal fatto che il tema del regime di invalidità dell'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario si espone a tesi diverse. Su quest'ultimo argomento, per tutti, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 399 ss. Quanto poi al fatto che l'autotutela per ottemperare al diritto comunitario potrebbe anche atteggiarsi diversamente da quella prevista dall'art. 21 *nonies* legge n. 241/1990, cfr. S. TORRICELLI, *op. cit.*, p. 245 ss.

⁶⁶ In termini recisamente critici nei confronti di questa disposizione, E. BOSCOLO, *op. cit.*, in part. 1217 e 1227.

ogni questione giuridica, ivi compresa quella della portata della sentenza su detti rapporti. Adottare una disposizione del genere, invece, non significa solo emanare un enunciato che se avesse davvero portata giuridica innovativa dovrebbe comunque essere disapplicato⁶⁷. Ma rischia di attirare, nuovamente, l'attenzione delle istituzioni comunitarie⁶⁸.

Indugiare oltre su questi aspetti non è possibile in un contributo che non si ripromette di andare oltre la segnalazione.

Piuttosto, sembra che anche da questa vicenda si possa trarre una qualche indicazione, per così dire, "di atteggiamento".

Il problema della protezione che il legislatore domestico ha sino ad oggi accordato, e vorrebbe continuare a poter accordare, alla posizione dei concessionari insediati rispetto a nuovi aspiranti, sembra assumere le fattezze di una replica in chiave moderna del contrasto che occupa, si direbbe da sempre, il campo delle concessioni. Anticamente era il tema della conservazione dei c.d. diritti quesiti⁶⁹; da qualche decennio è appunto il tema delle prerogative dei concessionari stabiliti da lungo tempo.

Ma la sensazione è che al fondo vi sia il risalente problema di una certa resistenza del nostro sistema alla necessità di togliere l'istituto della concessione dall'area del privilegio che di per sé è insensibile alle ragioni dell'uguaglianza.

L'approccio di fondo del legislatore odierno, in effetti, ricorda un po' l'atteggiamento di quei giudici che, con poca lungimiranza, alla fine dell'ottocento giustificavano la resistenza degli antichi titoli perché al più avrebbero potuto cedere per contraddizione con la pubblica utilità, ma non quando si trattasse di togliere ciò che è stato concesso ad alcuno per contentare le successive esigenze di qualcun altro⁷⁰.

Se così non fosse non si capirebbe perché su questi temi l'Italia continui a farsi dettare l'agenda dalle istituzioni comunitarie.

Davvero possibile che i principi costituzionali di imparzialità ed eguaglianza⁷¹ non avessero nulla da dire rispetto ad una norma che secondo taluni avrebbe addirittura fondato il diritto ad una concessione demaniale marittima *sine die*?

⁶⁷ Non sembra si possa sfuggire alla seguente alternativa. O l'art. 24, comma 3 *septies*, del d.l. n. 113/2016, come convertito dalla legge n. 160/2016, ha il significato di una presa d'atto dell'intangibilità di detti rapporti pure a seguito della sentenza *Promoimpresa*, come opinato da R. RIGHI-E. NESI, *op. cit.*, p. 39 alla nota 19. Ma allora si tratterebbe di disposizione inutile prima ancora che discutibile. O è alla suddetta disposizione che bisogna ricondurre la perdurante validità di detti rapporti, altrimenti intaccata dalla sentenza *Promoimpresa*. Ma allora si tratterebbe di una norma necessariamente da disapplicare. In questo senso, esattamente. E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 1227.

⁶⁸ In definitiva, l'unico scopo plausibile di una norma del genere sarebbe quello di dare un'indicazione tranquillante ai funzionari delle pubbliche amministrazioni. Ma in disparte il fatto che il timore di un attivismo delle pp.aa. nel precipitarsi a mettere a gara le concessioni in essere, senza che un terzo le incalzi, è poco realistico, vi sarebbe anche da dire che, nel momento storico attuale, i pubblici funzionari italiani dovrebbero essersi fatti un'idea sufficientemente chiara circa l'onere di dar prevalenza al diritto comunitario.

⁶⁹ In arg. B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 296 ss.

⁷⁰ Per l'esame anche di quella giurisprudenza, B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 302 ss.

⁷¹ Un chiaro richiamo ai principi costituzionali si trova in Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145, ove il giudice si è opposto ad una interpretazione della l.r. Puglia n. 17/2006 nel senso della necessità del rinnovo al precedente concessionario, perché l'ipotizzato riconoscimento di una rendita di posizione si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.



COMMENTI

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*

di **Francesco Sanchini** *

Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15

«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, 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».

«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».

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La proroga delle concessioni demaniali marittime nel complesso confronto con il contesto europeo. – 3. Il sindacato del giudice costituzionale sulle proroghe introdotte dalle leggi regionali e i dubbi di compatibilità eurounitaria espressi dal giudice amministrativo sulla disciplina nazionale. – 4. La presa di posizione dell'Avvocato generale sull'incompatibilità con il diritto europeo del quadro normativo interno nelle conclusioni sul caso *Promoimpresa-Melis*. – 5. La Corte di giustizia non riserva sorprese: la proroga automatica impedisce una selezione imparziale e trasparente. Riflessioni a margine della pronuncia sulle cause riunite C-458/14 e C-67/15 del 14 luglio 2016. – 6. Alcune osservazioni conclusive alla luce delle prospettive di riordino della materia.

1. Introduzione

Il tema della proroga delle concessioni demaniali marittime, con particolare riguardo a quelle aventi scopo turistico-ricreativo, costituisce da tempo oggetto di attenta indagine da parte degli interpreti e il suo studio assume oggi un peculiare interesse alla luce di alcuni fondamentali sviluppi che impongono una

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, urbanistico e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Firenze.

riflessione aggiornata in ordine a talune problematiche originatesi in sede teorica e applicativa.

Una simile analisi pare doverosa anche alla luce del recente ed atteso intervento della Corte di giustizia sulla questione della compatibilità con la disciplina europea di meccanismi di dilazionamento temporale automatico delle concessioni a scopo turistico-ricreativo in essere.

Questa decisione, per vero, consente di comprendere il diverso approccio che l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale spesso adottano in relazione a principi che ricoprono un ruolo di primaria importanza nel quadro dei valori del mercato comune, primi tra tutti quelli di libera competizione economica.

Infatti, è dal delicato confronto di controversi (e talvolta risalenti) istituti previsti nel contesto nazionale con siffatti principi, che sono emerse le preminenti questioni ermeneutiche affacciatesi nel dibattito giuridico, sulle quali più volte si è pronunciato il giudice nazionale, tanto amministrativo, quanto costituzionale.

Tale condizione impone, una volta ripercorsi gli snodi fondamentali del percorso evolutivo sviluppatosi nel tempo, l'esigenza di soffermarsi sulla necessità di un ripensamento del settore coerente con l'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo, che si è espressa nel senso della doverosa sussistenza di procedure di selezione per l'affidamento in concessione di beni del demanio marittimo preposti a simili finalità.

L'opportunità di una regolamentazione conforme con i parametri europei non risulta inoltre limitata alla dimensione nazionale, bensì, stante la molteplicità di competenze interessate, ancorata anche al livello regionale.

Quest'ulteriore ambito non ha a sua volta mancato di dimostrare tutte le sue criticità, come testimoniato da un costante orientamento giurisprudenziale consolidatosi in seno al giudice costituzionale e da ultimo dal contenzioso istauratosi in seguito all'approvazione della l.r. Toscana n. 31 del 2016.

Siffatta considerazione, pertanto, conferisce ancor più la misura di quanto sia attuale la necessità di un approfondimento su tale campo di studio, celandosi dietro al tema della compatibilità eurounitaria della proroga delle concessioni demaniali marittime, pur tecnico e di settore, complicate questioni teoriche di principio che rendono quanto mai sentita l'esigenza di un intervento, ormai non più procrastinabile, di riassetto della materia.

2. La proroga delle concessioni demaniali marittime nel complesso confronto con il contesto europeo

Al fine di predisporre un adeguato inquadramento circa gli aspetti di maggiore criticità cui ha dato luogo il regime delle proroghe delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, pare opportuno svolgere una preventiva, seppur succinta, ricognizione di quelli che sono stati i passaggi-chiave dell'*excursus* normativo e del suo travagliato raffronto con il diritto europeo.

L'indagine appare essenziale, infatti, al fine di individuare, a mo' di "griglia concettuale", le coordinate di riferimento per un'adeguata comprensione di tutta la successiva evoluzione interpretativa affermatasi in materia.

Il corretto inquadramento della disciplina consolidatasi a livello interno, per

di più, permette di coglierne i profili di differenziazione rispetto ad altre esperienze europee, come quella spagnola, che spesso è stata accostata a quella nazionale per istituti e problematiche in realtà solo apparentemente ad essa sovrapponibili¹.

Ciò premesso, le disposizioni che, come noto, hanno sin dall'origine posto problemi di coerenza con il quadro sovranazionale sono il comma secondo dell'art. 37 del codice della navigazione e l'art 1, comma 2, del d.l. n. 400 del 1993, disciplinanti rispettivamente il c.d. "diritto di insistenza" e il regime di durata e rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime.

Se infatti la regolamentazione del codice della navigazione – più volte reinterpretata dal giudice amministrativo² – prevedeva che in presenza di più domande per il rilascio del provvedimento concessorio fosse accordata preferenza al precedente concessionario³, l'altra disposizione individuava, oltre che un termine di sei anni per la durata della concessione, un meccanismo di rinnovo automatico di ulteriori sei anni per il caso in cui il medesimo concessionario avanzasse la relativa richiesta⁴.

Un simile impianto di disciplina finiva, così, inevitabilmente per entrare in collisione con il diritto dell'Unione sia a livello di Trattato, in specie sotto il profilo della violazione della libertà di stabilimento sancita dall'art. 49 T.F.U.E., sia sul versante del diritto derivato, con particolare riguardo alla direttiva sulla libera circolazione dei servizi n.123 del 2006, meglio conosciuta come direttiva *Bolkestein*.

In base all'art.12 di questo articolato normativo, invero, nel caso in cui sussista una scarsità di risorse naturali o di capacità tecniche utilizzabili e di conseguenza il numero di autorizzazioni per una data attività sia limitato, è necessario l'espletamento di una procedura di selezione imparziale, trasparente e dotata di adeguata pubblicità tra i candidati potenziali⁵.

È peraltro espressamente contemplato dalla medesima disposizione il divieto della previsione di procedure di rinnovo automatico, nonché di vantaggi per il prestatore uscente⁶.

¹ Per un'analisi d'insieme dei più significativi modelli di gestione del demanio marittimo negli Stati europei, F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia in altri ordinamenti*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, il Mulino, Bologna, 2011.

² Si veda, *ex multis*, la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716, con nota di G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa e principi del diritto dell'unione europea*, in *Foro amm.* CdS, 2010, 3, 678, il quale segnala una vera e propria "decostruzione della disciplina positiva" dell'affidamento e del rinnovo delle concessioni demaniali marittime ad opera della giurisprudenza amministrativa.

³ Art. 37, comma 2, R.D. 30 marzo 1942, n. 327, codice della navigazione, a mente del quale: "[a] fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze". Per l'art. 36 del detto codice, infatti, i beni del demanio pubblico marittimo possono costituire oggetto di una concessione.

⁴ Art.1, comma 2, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 (convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494), per cui "[l]e concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle concessioni rilasciate nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n.84".

⁵ Art. 12, par. 1, Direttiva 2006/123/CE.

⁶ Art. 12, par. 2, Direttiva 2006/123/CE.

I profili di frizione della regolamentazione interna con il contesto europeo erano stati in passato posti in evidenza dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato nella segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008⁷.

Se da un lato, in particolare, coerentemente con l'interpretazione del Consiglio di Stato, il diritto di insistenza era ritenuto conforme ai principi europei in ipotesi del tutto residuali, quale quella in cui fossero presentate offerte tra loro paritarie, dall'altro, il rinnovo automatico appariva uno strumento inadatto ad incentivare l'offerta di migliori servizi e al contrario incentivante la perpetrazione di pratiche collusive tra i titolari delle concessioni⁸.

Per questo si auspicava che il rilascio delle concessioni avvenisse all'esito di procedure dotate di adeguata pubblicità, in modo da non pregiudicare gli interessi concorrenziali degli operatori economici diversi dal concessionario uscente⁹.

Si ricorda, inoltre, come alla richiamata segnalazione dell'Autorità fece seguito l'avvio da parte della Commissione europea di una procedura di infrazione, con la quale a sua volta si auspicava un intervento sulla legislazione interna poco sopra richiamata¹⁰.

L'impianto normativo era ritenuto, anche da parte dell'organo europeo, contrastante con il principio della libertà di stabilimento e con la direttiva *Bolkestein*, poiché ostacolava la possibilità per operatori diversi dai precedenti concessionari di vedersi assegnatari della concessione, rendendosi in tal modo doveroso l'espletamento di procedure di gara.

Al fine di adeguarsi a siffatti rilievi il Governo italiano adottò il d.l. n. 194 del 2009¹¹, con il quale fu soppresso il diritto di preferenza per il concessionario uscente previsto dal comma secondo dell'art. 37 cod. nav.; lo stesso decreto prorogò altresì il termine di durata delle concessioni demaniali in essere alla data di entrata in vigore del decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015, fino a tale data¹².

Una simile misura, tuttavia, sembrò solo formalmente adeguarsi ai rilievi formulati dalla Commissione, la quale non tardò a riscontrare talune divergenze contenutistiche tra il testo del detto decreto e la corrispondente legge di

⁷ Rubricata "Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa", in *Boll. Agcm* 12/11/2008, n. 39/2008, p.70. Giova ricordare, per completezza, come oggetto della segnalazione fossero stati anche l'art. 9 l.r. Friuli-Venezia Giulia 13 novembre 2006, n. 22 nonché il decreto del Presidente della Regione n. 32 del 2007.

⁸ In questo senso la segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, in *Boll. Agcm*, cit., p.70 s..

⁹ Secondo l'Autorità, più specificamente, "[t]ali previsioni normative appaiono suscettibili di produrre effetti restrittivi della concorrenza, tenuto conto che né il codice della navigazione né il relativo regolamento di attuazione prevedono come principio generale, per l'assegnazione di concessioni marittime, quello dell'utilizzo di procedure concorsuali trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate né, infine, quello della ragionevole durata delle concessioni demaniali". Deve farsi presente, tuttavia, come l'Autorità si fosse genericamente occupata della problematica anche nella segnalazione AS152 del 28 ottobre del 1998, rubricata "Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative", in *Boll. Agcm* 2/11/1998, n.42/1998 (in particolare al punto 3.5) ed abbia altresì affrontato il tema nella segnalazione AS491 del 11 dicembre 2008, rubricata "Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo", in *Boll. Agcm* 2/12/2008, n.46/2008, p. 68.

¹⁰ Procedura di infrazione n. 2008/4908, la cui lettera di messa in mora risale al 29 gennaio 2009.

¹¹ Poi convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25.

¹² Giova far presente che l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009, nella sua prima versione, pur prevedendo una proroga automatica delle concessioni in scadenza, ne limitava l'estensione temporale fino al 31 dicembre 2012.

conversione, specie nella parte in cui contemplava un rinvio indiretto all'art. 1, comma 2, del d.l. n. 400 del 1993.

Siffatto rinvio, proprio in virtù del rinnovo automatico di sei anni in sei anni contemplato dalla disposizione cui mediatamente si rifaceva, finiva per neutralizzare gli effetti del d.l. n. 194 del 2009 e per porsi conseguentemente in contrasto con il diritto dell'Unione.

Per questo, in seguito ai rilievi avanzati dalla Commissione con una lettera di messa in mora complementare, si procedette ad eliminare la disposizione con la legge n. 217 del 2011 (ossia la legge comunitaria del 2010) e la procedura di infrazione trovò così il suo epilogo¹³.

Il termine di proroga delle concessioni fino al 2015 fu poi successivamente esteso fino al 31 dicembre 2020 attraverso l'art. 34-*duodecies* del d.l. 179 del 2012¹⁴ – intervenuto a modificare l'art. 1 comma 18 del d.l. n. 194 del 2009 – disposizione sulla quale i giudici amministrativi hanno espresso forti perplessità di compatibilità eurounitaria e su cui poi è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia¹⁵.

Il complesso impianto di disciplina sin qui sinteticamente ripercorso, oltre a costituire il *corpus* normativo su cui si è sviluppato il sindacato giurisdizionale di cui si darà conto nel prosieguo della trattazione, è stato sovente posto a confronto, come sopra accennato, con altre esperienze europee prese a riferimento per l'ordinamento interno.

Ci si riferisce, in particolare, al modello spagnolo della *Ley de Costas* n. 22 del 1988, come modificata dalla *Ley de protección y uso sostenible del litoral* n. 2 del 2013, che ha prolungato le concessioni demaniali marittime fino ad un massimo di settantacinque anni, così suscitando grande scalpore tra gli addetti ai lavori¹⁶.

Tale disciplina, malgrado taluni aspetti di somiglianza, cela tuttavia profili di differenziazione rispetto al sistema italiano, che non parrebbero consentire giustapposizioni di sorta.

Difatti in Spagna le spiagge, in quanto libere, non costituiscono oggetto di concessione, ragion per cui l'esercizio di attività turistico-ricreative deve necessariamente svolgersi al di fuori delle stesse; eventuali attività di questo tipo, così, sono soggette ad una mera autorizzazione e pertanto non subordinate al rilascio di alcun provvedimento concessorio, doveroso al contrario per l'utilizzazione dello spazio confinante con la spiaggia medesima¹⁷.

¹³ Art. 11, comma 1, lett. a), legge 15 dicembre 2011, n. 217 che, oltre ad abrogare il comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 400 del 1993, ha delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. Il relativo decreto delegato, tuttavia, non è stato adottato.

¹⁴ Introdotto in sede di conversione dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

¹⁵ È necessario rammentare, a completamento del percorso di disciplina ricostruito, come la legge di stabilità 2013 (e più precisamente l'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228) abbia esteso i contenuti del modificato art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, anche alle concessioni del demanio marittimo con finalità sportive, a quelle del demanio lacuale e fluviale con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché alle concessioni relative a beni preposti a porti turistici, approdi e ormeggi per la nautica di diporto.

¹⁶ Per un confronto tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo M. DE BENEDETTO-F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 1/2014, p. 28 ss.. Pare opportuno inoltre rammentare l'esperienza portoghese, in cui si continua ad accordare una preferenza al concessionario in scadenza.

¹⁷ Ricostruisce in questo modo la disciplina spagnola A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2, 2013, p. 437 ss.

Il lungo periodo di proroga contemplato nell'esperienza spagnola riguarda in realtà le concessioni rilasciate ai proprietari per l'utilizzo dei beni immobiliari sorti in zone riacquisite al demanio marittimo: quello stesso periodo non concerne invece il regime delle autorizzazioni per l'erogazione di servizi sulle spiagge attraverso infrastrutture mobili, non prorogate ed assoggettate ad una durata massima di quattro anni¹⁸.

Il termine di proroga, che si atteggia così come una sorta di indennizzo per la sottrazione immobiliare subita dai privati, risponde alla finalità di soddisfare esigenze di certezza del diritto, causata dall'indeterminatezza regolatoria generatasi nelle coste spagnole in seguito alla reversione dei fondi¹⁹.

È invece notorio come le ragioni sottese al meccanismo di proroga approntato dal legislatore nazionale obbedisca alla diversa pretesa di dilazionare l'estensione temporale del titolo legittimante lo svolgimento di servizi a carattere economico (che, come tali, assumono pregnanza ai fini dell'applicazione della direttiva *Bolkestein*), piuttosto che all'utilizzo di beni immobili preposti a fini eterogenei²⁰.

La diversità del regime previsto dal legislatore spagnolo rispetto alla disciplina prevista in Italia – e le conseguenti giustificazioni poste a fondamento dell'approvazione della riforma della *Ley de Costas* che non trovano riscontro nel contesto interno²¹ – hanno costituito peraltro la ragione principale in base alla quale, per stessa affermazione della Commissione, il primo non pone problemi di coerenza rispetto al diritto dell'Unione.

Dal quadro così tracciato si comprende, dunque, come il problema della proroga delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, oltre a costituire l'oggetto di un complesso *iter* normativo spesso entrato in collisione con i principi fondamentali del mercato comune, presenti aspetti del tutto singolari rispetto all'esperienza spagnola, i cui caratteri vengono da più parti ritenuti, spesso senza la dovuta cautela, mutuabili nell'esperienza nazionale²².

¹⁸ Affronta il problema della compatibilità del sistema spagnolo con il diritto dell'Unione, anche attraverso la disamina della posizione della Commissione nelle varie interrogazioni presentate dai parlamentari europei, A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *federalismi.it*, n.14/2016, pp. 15-20.

¹⁹ Giova rammentare come anche il Tribunal constitucional de Espana nella pronuncia n. 233 del 5 novembre 2015 abbia avuto modo di precisare che la disciplina spagnola non lede il diritto europeo poiché la concessione di beni demaniali marittimi è soltanto un titolo di occupazione del demanio pubblico, che non riguarda l'attività. Difatti, secondo il giudice costituzionale siffatta concessione “*está configurada como un título de ocupación del dominio público, no como medida de intervención en garantía de leyes sectoriales que recaigan sobre la actividad*” (punto 10, lett. c), ultimo capoverso).

²⁰ A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, cit., p.19. L'Autrice, peraltro, puntualizza a p. 20 come “[q]uella spagnola sembra essere la proroga di un titolo di occupazione del demanio pubblico, non la proroga di un titolo autorizzatorio alla prestazione di una attività, di cui l'occupazione del demanio costituisce solo un presupposto necessario. Questo profilo sembrerebbe rendere l'istituto spagnolo non comparabile alla concessione demaniale italiana ed estraneo all'ambito di applicazione della direttiva Servizi”.

²¹ A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, cit., pp. 437 ss.. L'Autrice in proposito aggiunge che “[i]n Spagna è così accaduto che i gestori di ristoranti e altre attività (compresi i porti turistici), fossero divenuti col tempo proprietari di beni e la legge aveva posto in essere un esproprio che interessava anche appartamenti di proprietà privata in edifici prospicienti la costa. A compensazione di tale “confisca” il legislatore con la riforma della *Ley del Costas* vuole offrire una concessione d'uso, la quale può protrarsi fino a 75 anni al massimo, e che tiene conto del tipo di attività, del tipo di bene a suo tempo posseduto in proprietà”.

²² Pare opportuno richiamare le affermazioni di M. DE BENEDETTO-F. DI LASCIO, *La regolazio-*

3. Il sindacato del giudice costituzionale sulle proroghe introdotte dalle leggi regionali e i dubbi di compatibilità eurounitaria espressi dal giudice amministrativo sulla disciplina nazionale

Prima di analizzare gli aspetti della disciplina interna sui quali il giudice amministrativo ha espresso forti dubbi di compatibilità con il contesto europeo, giova ricordare come un ampio sindacato sia stato altresì esercitato dalla Corte costituzionale sulle discipline regionali che hanno previsto, pur con procedure tra loro differenti, meccanismi di proroga delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo²³.

L'indagine sulla giurisprudenza costituzionale appare particolarmente interessante, avendo il giudice di Palazzo della Consulta nel tempo consolidato una posizione sostanzialmente unitaria nel censurare le previsioni delle legislazioni territoriali, ritenute in linea di massima orientate a porre barriere nell'accesso al mercato di altri potenziali concorrenti e quindi tese a favorire il consolidarsi di situazioni monopolistiche.

L'argomentazione di fondo su cui ruotano le varie pronunce del giudice costituzionale, difatti, consiste nel ritenere che le previsioni regionali contrastino con gli obblighi di derivazione europea in materia di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, in tal modo violando il parametro interposto rappresentato dall'art. 117, comma 1, Cost..

La Corte non ha così ritenuto plausibile qualsivoglia ragione giustificativa di simili previsioni che fosse fondata sulla tutela del legittimo affidamento dei concessionari uscenti, talvolta invocata dalle difese regionali.

Una simile soluzione è stata prospettata, ad esempio, nel contenzioso poi conclusosi con la sentenza n. 180 del 2010 che ha censurato l'art. 1 della l. r. Emilia-Romagna n. 8 del 2009 nella parte in cui prevedeva la possibilità per i titolari di concessioni di richiedere una proroga operante in via automatica di durata nel massimo fino a venti anni²⁴.

Il giudice costituzionale non ha tuttavia avallato l'impostazione del legislatore emiliano, trattandosi di un sistema avente lo scopo di prorogare concessioni

ne del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive, cit., p.28, per i quali: "[l]a recente riforma spagnola della Ley n.22/1988 (c.d. Ley de Costas) ad opera della Ley n. 2/2013 ha avuto larga risonanza sugli organi di stampa italiani che hanno, però, contribuito ad avvalorare una transplantatio di formule giuridiche fondata su presupposti falsati. L'aspetto che ha catturato maggiore attenzione, infatti, è stato la durata delle concessioni e, in particolare, la loro possibile proroga fino a 75 anni, elemento invocato dalle associazioni rappresentative delle imprese turistico-balneari italiane come un modello da seguire nella prospettiva di garantire gli investimenti effettuati nel corso della concessione e, così, la competitività degli operatori di settore".

²³ Per una disamina delle proroghe disposte nelle leggi regionali di settore si veda M. D'ADAMO, *Rinnovi di concessioni demaniali marittime e concorrenza. Il punto sulla normativa nazionale e regionale, e sulla recente giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile, alla luce dei principi comunitari*, in *lexitalia.it*, 1/2011.

²⁴ L'art. 1 della legge regionale romagnola 23 luglio 2009, n. 8, disponeva l'inserimento dell'articolo 8 bis nella legge regionale 31 maggio 2002, n. 9 rubricata "Disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo e di zone di mare territoriale", il cui comma secondo prevedeva che "[i] titolari di concessioni demaniali marittime di cui al decreto legge 5 ottobre 1993, n.400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), convertito in legge 4 dicembre 1993, n.494, potranno chiedere, entro il 31 dicembre 2009, la proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio, secondo quanto previsto dall'articolo 1, comma 253, della legge 296 del 2006 ed in conformità a quanto disposto dal presente articolo".

ormai esauritesi e in relazione alle quali conseguentemente non poteva ipotizzarsi la necessità di salvaguardare alcun affidamento, conoscendo il concessionario il termine entro il quale poter eventualmente rientrare dagli investimenti effettuati²⁵.

L'incostituzionalità delle discipline regionali²⁶, dichiarata anche in relazione alle legislazioni friulana²⁷, toscana²⁸, marchigiana²⁹ e veneta³⁰ non ha rinve-

²⁵ Considerato in diritto, punto 2.1, in cui la Corte puntualizza che “[l]a norma regionale impugnata viola l’art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. Infatti la norma regionale prevede un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, consentendo il rinnovo automatico della medesima. Detto automatismo determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Secondo la Regione Emilia-Romagna, invece, la norma impugnata si giustifica perché collega la durata delle concessioni agli investimenti effettuati dal concessionario per la valorizzazione del bene e delle relative infrastrutture. La norma regionale impugnata prevederebbe, infatti, la possibilità di una proroga della durata della concessione solo a seguito della presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene dato in concessione, che, solo se apprezzato dall’amministrazione di riferimento, determinerà una maggiore durata del rapporto concessorio, proporzionale alla tipologia di investimento proposto, al fine di consentire l’ammortamento dei costi e l’equa remunerazione dei capitali investiti. Non vi sarebbe, dunque, violazione del principio di libertà di concorrenza, in quanto la norma impugnata sarebbe preordinata a tutelare il principio dell’affidamento e le legittime aspettative dei concessionari, in ragione dei loro obiettivi di miglioramento delle infrastrutture serventi il bene demaniale in concessione. Questo argomento, però, avrebbe un senso solo se – per ipotesi – la norma impugnata avesse lo scopo di ripristinare la durata originaria della concessione, neutralizzando gli effetti di una precedente norma che, sempre per ipotesi, avesse arbitrariamente ridotto la durata della stessa. Nel caso all’odierno esame, invece, si tratta della proroga di una concessione già scaduta, e pertanto non vi è alcun affidamento da tutelare con riguardo alla esigenza di disporre del tempo necessario all’ammortamento delle spese sostenute per ottenere la concessione, perché al momento del rilascio della medesima il concessionario già conosceva l’arco temporale sul quale poteva contare per ammortizzare gli investimenti, e su di esso ha potuto fare affidamento. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l’accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all’ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori”.

²⁶ Per una riflessione generale sulle pronunce di incostituzionalità si vedano le osservazioni di A. GRECO, *Il legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo. Problemi di costituzionalità e “tenuta comunitaria” nel bilanciamento tra tutela dell’affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, in *federalismi.it*, n.14/2011, p. 7 s., che rileva che le decisioni “che conducono alle dichiarazioni di incostituzionalità seguono un percorso logico coincidente, che si snoda in due fasi essenziali [...]”. In primo luogo, infatti, la Corte supera la formulazione letterale e sottolinea come, in sostanza, le regioni abbiano previsto un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, di fatto consentendo (*rectius*: continuando a consentire anche a seguito della soppressione del diritto di insistenza) il rinnovo automatico della medesima. [...] L’affermazione del principio è poi sostenuta nella *pars destruens* sulle ragioni sottese al differimento del termine finale sino a 20 anni dal rilascio della concessione, collegato all’entità degli investimenti o effettuati da parte del concessionario per la valorizzazione del bene e delle relative infrastrutture. L’argomento, per il giudice delle leggi, è infondato, in quanto diretto solo ed esclusivamente a dissimulare la proroga di una concessione scaduta”.

²⁷ Sentenza n. 233 del 2010, che ha dichiarato l’incostituzionalità, tra gli altri, dell’art.36, comma 2, della l. r. Friuli-Venezia Giulia 30 luglio 2009, n. 13.

²⁸ Sentenza n. 340 del 2010, che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 16, comma 2, della l.r. Toscana, 23 dicembre 2009, n. 77. Sulla pronuncia si vedano le osservazioni di G. Lo CONTE, *Rinnovo di concessione di beni demaniali e tutela della concorrenza: un matrimonio impossibile*, in *Gazzetta Amministrativa*, n.2/2011, pp.32 ss..

²⁹ Sentenza n.213 del 2011, che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 4, comma 1, della l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7.

³⁰ Sentenza n.213 del 2011, che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art.5 della l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13.

nuto tuttavia il proprio fondamento unicamente nel comma primo dell'art. 117 Cost., avendo la Corte talvolta richiamato, in qualità di parametro integrativo, anche il comma 2, lett. e), della medesima disposizione, che conferisce al legislatore statale la competenza esclusiva in materia di concorrenza.

È quanto è accaduto nella pronuncia n. 213 del 2011³¹ in cui si è ritenuto che la disciplina regionale di cui all'art. 2, della l.r. Abruzzo n. 3 del 2010³² (che statuiva che la dilazione prescritta per le concessioni in essere fosse operativa anche per il rilascio *ab origine* delle stesse il cui procedimento fosse in corso), interferisse con la competenza legislativa esclusiva dello Stato, quale l'accesso da parte dei possibili beneficiari del titolo concessorio ai beni del demanio marittimo³³.

L'orientamento della giurisprudenza costituzionale non è stato esente da critiche, avanzate in particolare da una dottrina che ha posto in evidenza come la Corte abbia optato per un indirizzo ermeneutico uniforme pur in presenza di fattispecie in realtà tra loro eterogenee³⁴.

³¹ Deve altresì segnalarsi la più recente pronuncia n. 171 del 2013 che del pari censura la disciplina regionale ligure (art. 1, l.r. n. 24 del 2012) anche sulla base del parametro costituito dal comma 2, lett. e), dell'art. 117 Cost.. Nella decisione si evidenzia come la Corte abbia reiteratamente precisato *"in ipotesi del tutto analoghe"* che *"il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni viola l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere all'ingresso, tali da alterare la concorrenza (sentenze n. 213 del 2011, nn. 340, 233 e 180 del 2010)"*.

³² Il presente articolo deve essere letto in modo coordinato con l'art. 1 della medesima l.r. Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3. Secondo l'art. 1, infatti, *"[i] titolari di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative possono richiedere l'estensione della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio, in ragione dell'entità degli investimenti e secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 253, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)". In base all'art. 2 "[l]'estensione della durata della concessione è applicabile anche alle nuove concessioni, per le quali, alla data di approvazione della presente legge, sia in corso il procedimento di rilascio della concessione demaniale"*.

³³ Considerato in diritto, punto 8. Per la Corte *"[q]uanto all'art. 1, valgono le considerazioni sopra indicate con riferimento all'art. 4, comma 1, della legge della Regione Marche n. 7 del 2010, avendo il legislatore regionale abruzzese previsto, anche in questo caso, la possibilità di estendere la durata delle concessioni demaniali in atto, con ciò attribuendo ai titolari delle stesse una proroga in violazione dei principi di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza. Quanto all'art. 2, esso applica l'estensione disciplinata dal precedente art. 1 alle concessioni il cui procedimento di rilascio sia in itinere al momento dell'approvazione della legge regionale. Per effetto del collegamento tra le due norme, è evidente che l'estensione prevista dall'art. 2 è subordinata all'entità degli investimenti, secondo quanto stabilito dall'art. 1, comma 253, della legge n. 296 del 2006, che ha introdotto l'art. 3, comma 4-bis, del d.l. n. 400 del 1993. Il fatto che l'art. 2 si riferisca a nuove concessioni e, quindi, non disponga alcuna proroga o modifica di quelle in corso, non esclude la sua illegittimità; ciò in quanto il rilascio delle concessioni demaniali marittime e, quindi, le regole che disciplinano l'accesso ai relativi beni da parte dei potenziali concessionari sono aspetti che rientrano nella materia della tutela della concorrenza, attribuita alla competenza esclusiva dello Stato, di cui l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 è espressione"*. Si fa presente che tutte le sentenze della Corte costituzionale citate costituiscono oggetto di un'approfondita analisi nel saggio di A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, cit., pp. 5-11.

³⁴ Ci si riferisce ad A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, cit., p. 21.

Si è rilevato, difatti, come non tutte le discipline sottoposte al vaglio del giudice delle leggi prevedessero analoghi meccanismi di proroga poiché, mentre in taluni casi la dilazione temporale era disposta in via automatica, in altri era subordinata al riscontro da parte dell'amministrazione di certi requisiti ed in assenza talvolta di una preventiva delimitazione a livello di durata³⁵.

Per questo la Corte è sembrata non aver preso in adeguata considerazione il diverso bilanciamento di interessi confliggenti sotteso alle diverse ipotesi considerate, sì da far assurgere la tutela del principio di concorrenza ad un *"super-interesse, capace di imporsi isolatamente, senza bilanciamenti, su qualsiasi altro interesse di rilievo costituzionale e di rilievo nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea"*³⁶.

La riflessione parrebbe cogliere nel segno, in quanto orientata a far luce su un aspetto effettivamente delicato emergente dal complesso delle pronunce, dirette a frapporre una preclusione forse troppo netta rispetto alle previsioni delle diverse discipline regionali, dal canto loro orientate alla salvaguardia di esigenze di carattere più sostanzialistico che formale.

Ad ogni modo, è sempre a partire dall'esigenza del rispetto dei principi posti a tutela della libera competizione economica che sono scaturite le censure mosse dall'altro plesso giurisdizionale interno, quello amministrativo, che hanno poi condotto all'adozione della recente pronuncia della Corte di giustizia del 14 luglio 2016 sulle cause riunite *Promoimpresa-Melis*.

La sentenza del giudice europeo ha trovato origine, come noto, dai rilievi avanzati dal T.a.r. Lombardia³⁷ e dal T.a.r. Sardegna³⁸ che, nell'enucleare i profili di incompatibilità eurounitaria della disciplina nazionale, hanno interrogato il giudice del Lussemburgo al fine di veder chiarita la questione inerente la legittimità della proroga automatica prevista dalla normativa nazionale.

Convien anzitutto far presente come il percorso logico seguito dal giudice lombardo appaia interessante in quanto, oltre a prospettare con chiarezza gli aspetti di criticità della regolamentazione interna, sembra idealmente raccordarsi con gli approdi ermeneutici cui è pervenuta la Corte costituzionale nel dichiarare l'illegittimità delle varie previsioni regionali sottoposte al suo giudizio³⁹.

Il Tribunale amministrativo, invero, dapprima enuclea i propri dubbi in ordine alla conciliabilità della proroga con i canoni di derivazione sovranazionale, per poi soffermarsi, tanto sulla presenza nel caso di specie di un interesse transfrontaliero certo, quanto sulla necessità di procedure di gara che si esplicino in modo coerente con i principi di trasparenza e non discriminazione⁴⁰.

Nell'analitico *iter* motivazionale, proseguendo oltre, si apprezza un richiamo in via analogica alla giurisprudenza del Giudice delle leggi relativa ai rinnovi e

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401.

³⁸ T.a.r. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224. Come noto, i giudici amministrativi sono stati aditi, nell'un caso, per l'annullamento dei provvedimenti con i quali è stato negato il rinnovo della concessione per l'occupazione dell'area demaniale compresa nel demanio del Lago di Garda e, nell'altro, degli atti con cui il Comune di Loiri Porto San Paolo assegnava nuove concessioni, alcune delle quali situate in aree già oggetto di concessione ai ricorrenti.

³⁹ Si veda in proposito il punto 21 della sentenza del T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401, in cui si fa riferimento alla sentenza n.171 del 2013 della Corte costituzionale, nonché alla pronuncia n.2 del 2014.

⁴⁰ T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401, punti 11 e seguenti.

alle proroghe automatiche delle concessioni in materia di trasporto pubblico locale, la cui disciplina è preclusa al legislatore regionale in quanto tesa a frapporre limiti nell'ingresso al mercato e quindi lesiva delle fondamentali regole concorrenziali⁴¹.

Il T.a.r. Lombardia approfondisce altresì il problema della conciliabilità della reiterazione della proroga con esigenze di certezza del diritto, precisando come eventuali effetti pregiudizievoli per il concessionario potrebbero in ipotesi verificarsi nel solo caso di anticipazione del termine di cessazione del rapporto concessorio e non, come nel caso della proroga fino al 31 dicembre 2020, di (mancato) dilazionamento dello stesso⁴².

Analoghe valutazioni vengono svolte, tra l'altro, anche con riguardo alla necessità di tutelare l'equilibrio finanziario dei concessionari e quindi alla stregua dei principi di adeguatezza e di proporzionalità, che non si ritiene possano essere adottati a giustificazione di una simile normativa che interviene in modo trasversale sui rapporti concessori, senza possibilità, quindi, di alcun riscontro concreto delle singole situazioni di dissesto⁴³.

Al contrario, la previsione di una proroga generalizzata del termine delle concessioni appare sproporzionata, in quanto non connessa all'effettiva necessità di tutelare la parità di trattamento degli operatori in ordine alla salvaguardia della stabilità economica del concessionario uscente, che finirebbe per avvalersi di un vantaggio irragionevole⁴⁴.

Le osservazioni svolte dal giudice amministrativo lombardo hanno rappresentato un percorso interpretativo persuasivo anzitutto per i giudici del Consiglio di Stato che, in un caso riguardante concessioni destinate a porti turistici, hanno fatto proprio il ragionamento di questo T.a.r. e proposto a loro volta domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia⁴⁵.

Risultano, ad ogni modo, del pari meritevoli di attenzione i rilievi avanzati dal Tribunale amministrativo sardo che, in seguito ad un'approfondita ricostruzione del quadro ordinamentale di riferimento, conclude nel senso che la normativa italiana finisce per sottrarsi al diritto europeo, in quanto, per effetto della sua vigenza, *"continua a consentire e riconoscere un sostanziale "diritto di insistenza" sulle concessioni demaniali marittime in essere"*⁴⁶.

Si ritiene infatti che un simile impianto normativo, a cagione del prolungato riconoscimento di una sorta di "esclusiva" nell'utilizzazione a fini economici di beni demaniali, non possa che entrare in conflitto con il principio della parità di trattamento tra gli operatori di mercato, nonché con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

⁴¹ *Ibidem*. Specifica il giudice amministrativo che "[n]e consegue che, rispetto alle concessioni di beni demaniali, cui si riferisce il caso in esame, è solo l'affidamento mediante procedure concorsuali che si realizza un'effettiva apertura di tali settori al mercato così da garantire il superamento di assetti monopolistici".

⁴² T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401, punto 24.

⁴³ T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401, punto 25.

⁴⁴ T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401, punto 26 Aggiunge peraltro il medesimo giudice che l'art.1, comma 18, del d.l. n.194 del 2009, costituisce una *"misura che, sottraendo al mercato, per un periodo tutt'altro che esiguo, concessioni di beni di rilevanza economica, incide in modo eccessivamente pregiudizievole e, pertanto, sproporzionato nella sfera giuridica degli operatori del settore, cui è preclusa la possibilità di conseguire simili utilità, nonostante l'assenza di ragionevoli e concrete esigenze a fondamento della proroga"*.

⁴⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3936, punti 12 e seguenti.

⁴⁶ T.a.r. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224, punto 27.

Le pronunce dei giudici amministrativi, pertanto, si sono mostrate complessivamente molto critiche rispetto all'impianto normativo predisposto dal legislatore italiano, ritenuto senza mezzi termini integralmente contrastante con il quadro normativo sovranazionale.

Le censure avanzate hanno costituito allo stesso tempo lo stimolo per il successivo sindacato del giudice europeo che, sulla base dei rilievi dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, non ha tardato a dar seguito alle considerazioni critiche prospettate dai tribunali amministrativi regionali.

4. La presa di posizione dell'Avvocato generale sull'incompatibilità con il diritto europeo del quadro normativo interno nelle conclusioni sul caso *Promoimpresa-Melis*

Una riflessione sui contenuti salienti delle conclusioni dell'Avvocato generale rese sulle cause riunite C-458/14 e C-67/15 costituisce uno snodo fondamentale della problematica in analisi, in quanto rappresenta una sorta di "passaggio intermedio" tra le decise osservazioni dei giudici amministrativi e la successiva interpretazione fornita della Corte di giustizia.

Vi si rinviene, infatti, un risoluto allineamento nel senso dell'incompatibilità della proroga automatica con il complesso delle regole e dei principi europei, anche se, come si vedrà di qui a breve, da una lettura approfondita può comunque percepirsi un intento non del tutto preclusivo rispetto alla possibilità di fornire una giustificazione al meccanismo dilatorio, seppur limitatamente ad ipotesi di certo marginali.

Il punto di partenza dell'intero *corpus* motivazionale può individuarsi nel richiamo alla consolidata giurisprudenza per la quale un'armonizzazione esaustiva formatasi a livello europeo in un dato settore impedisce che qualsiasi atto nazionale possa essere scrutinato in base a disposizioni diverse da quella stessa misura di armonizzazione; se gli Stati potessero aggirare questa disciplina attraverso il diritto primario, essa potrebbe risultare invero privata dell'effetto utile⁴⁷.

Identificato così il parametro interpretativo di riferimento nel solo art.12 della direttiva *Bolkestein*, del percorso ermeneutico si apprezzano in particolare tre segmenti di rilievo, soffermandosi l'Avvocato generale dapprima sull'applicabilità della disposizione alla fattispecie concreta, per poi passare ad una sua dettagliata esegesi, onde conclusivamente indagarne gli effetti nell'ordinamento giuridico nazionale.

Con riguardo alla parte relativa all'operatività dell'art.12, viene anzitutto affrontato il problema della distinzione tra le concessioni demaniali marittime e lacuali e la figura della locazione commerciale, ipotesi, quest'ultima, che diversamente da quanto accade nel primo caso riconosce il godimento di un bene pubblico senza un'autorizzazione condizionante l'accesso all'attività di servizio⁴⁸.

In disparte questo aspetto, l'attenzione si concentra sulla qualificabilità delle fattispecie in questione in termini di concessioni di servizi (rilevanti ai fini dell'applicazione dei principi e delle norme europee in tema di appalti), piuttosto

⁴⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punti 39-46.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punti 52-56.

sto che come autorizzazioni alle attività di servizi (significative ai sensi della direttiva *Bolkestein*).

Tale nodo interpretativo viene risolto in quest'ultimo senso alla luce della considerazione per la quale, nel caso delle concessioni di servizi, l'amministrazione conferisce al concessionario lo svolgimento di una data attività di servizio – che di norma la stessa è chiamata ad esercitare – subordinandola a puntuali requisiti unilateralmente predeterminati e senza possibilità di rinuncia da parte dell'operatore economico⁴⁹.

Per queste ragioni si è escluso che nel caso di specie potesse ritenersi configurabile siffatto tipo di concessione, poiché nessuno dei ricorrenti era stato sottoposto ad alcun obbligo di prestazione, al contrario rimanendo libero di recedere dalla fornitura del servizio.

Tale conclusione, per di più, è coadiuvata da un'interessante puntualizzazione da parte dell'Avvocato generale, il quale non ha mancato di chiarire che, anche volendo assimilare le dette convenzioni a vere e proprie concessioni di servizi con conseguente inapplicabilità della direttiva, le autorità nazionali finirebbero per essere destinatarie, sempre che si sia in presenza di attività economiche di interesse transfrontaliero certo, di requisiti sostanzialmente analoghi, alla luce delle regole e dei principi derivanti dal Trattato⁵⁰.

Affrontato in senso affermativo l'ulteriore aspetto della sussistenza di un numero limitato di autorizzazioni a causa della scarsità delle risorse naturali, l'analisi si sposta sull'esegesi dell'art. 12, di cui viene anzitutto posta in evidenza la finalità principale.

Questa disciplina, nella parte in cui dispone che il rilascio di autorizzazioni abbia durata limitata e segua una procedura trasparente e imparziale, risponde in effetti all'esigenza di mantenere un'apertura al mercato di un'attività presupponente un numero limitato di operatori⁵¹.

Con riguardo poi alla compatibilità tra il dilazionamento delle autorizzazioni rilasciate anteriormente alla trasposizione della direttiva e le previsioni dello stesso art.12, viene avanzata la duplice considerazione per cui, se da un lato un tale meccanismo finisce per collidere con il paragrafo primo della disposizione in cui viene contemplato il necessario espletamento di una procedura di selezione, dall'altro la proroga non può che assimilarsi ad un vero e proprio rinnovo automatico, la cui operatività è radicalmente preclusa dal paragrafo secondo del menzionato articolo⁵².

Non sono peraltro ritenute fondate le osservazioni dirette a motivare la pre-

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punti 62-64. Quest'argomentazione parrebbe trarre conferma anche *“dal considerando 14 della direttiva 2014/23, da cui risulta che non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti quali autorizzazioni o licenze, segnatamente qualora l'operatore economico rimanga libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi. A differenza di detti atti, i contratti di concessione stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice”*.

⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punto 69. *“Infatti”, si specifica, “purché si tratti di attività economiche di interesse transfrontaliero certo, per quanto riguarda l'obbligo di rispettare tali regole fondamentali e tali principi, un'autorizzazione non si distingue da una concessione di servizi”*.

⁵¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punto 79. La disposizione pare peraltro trovare il proprio fondamento – come viene precisato al punto 80 – in una giurisprudenza costante della Corte di giustizia (sentenze *Belgacom*, C-221/12, in tema di concessione di servizi e *Engelmann*, C-64/08, con riguardo al regime autorizzatorio) per cui la mancanza di procedure trasparenti di gara finirebbe per risultare lesiva della libertà di stabilimento.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punti 82-83.

visione nazionale alla stregua di ragioni di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento dei destinatari, quale misura cioè funzionale a garantire il rientro degli investimenti effettuati dai concessionari nella ragionevole aspettativa di un allungamento della durata del titolo legittimante. Per l'Avvocato generale gli interessi dei titolari delle autorizzazioni già sarebbero stati tenuti in debito conto dalla direttiva, che dispone per quel titolo una durata adeguata (art. 12, paragrafo secondo)⁵³.

È del pari espresso un giudizio negativo in ordine alla possibilità di addurre ragioni connesse a "motivi di interesse generale", cui il paragrafo terzo della disposizione fa riferimento con riguardo alle regole per il procedimento selettivo, poiché tale disciplina in alcun modo riconosce la possibilità di invocare simili ragioni per esimersi dalla sua stessa indizione⁵⁴.

Un richiamo al legittimo affidamento non viene ritenuto, comunque, del tutto privo di fondamento, quanto meno nelle ipotesi in cui sia possibile provare in concreto che il titolare dell'autorizzazione abbia legittimamente riposto un'aspettativa in ordine al rinnovo del proprio titolo autorizzatorio e abbia compiuto i relativi investimenti⁵⁵.

Sta di fatto che una tale ragione è preclusa in relazione ad una proroga automatica del tipo di quella prevista dalla disciplina interna, che si riferisce in modo trasversale alle concessioni demaniali marittime e lacuali intese nella loro generalità⁵⁶.

Nell'ultima parte delle conclusioni, infine, l'Avvocato generale rammenta che i giudici nazionali nell'assolvere l'obbligo di interpretazione conforme debbano risolvere il contrasto tra il diritto interno trasponente la normativa sovranazionale e la disciplina nazionale di settore con esso confliggente alla stregua delle particolarità della stessa direttiva n.123 del 2006, la cui normativa "a carattere orizzontale" di recepimento – a mente di quanto statuito nel manuale per la sua attuazione – deve in ogni caso prevalere sulla normativa speciale⁵⁷.

La precisazione è funzionale ad evitare la conseguenza che l'applicazione dell'art.12, malgrado il formale recepimento, sia poi nella sostanza vanificata dal sopravvenire di una disciplina speciale⁵⁸.

Enucleati i contenuti fondamentali delle conclusioni⁵⁹, può affermarsi che il

⁵³ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punti 84-87.

⁵⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punto 91.

⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punto 92.

⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 25 febbraio 2016, punti 92-93. Questa argomentazione trova ulteriore conforto nel richiamo alla sentenza *ASM Brescia*, C-347/07, concernente un caso di applicazione di motivi di interesse generale in relazione al principio di certezza del diritto, che viene indicata dall'Avvocato generale per porre in evidenza come la soluzione adottata in quella pronuncia non potesse trovare accoglimento nelle controversie sottoposte di cui al giudizio principale.

⁵⁷ In particolare viene richiamato il punto 1.2.1 di detto manuale che, malgrado non vincolante, è stato dalla Corte di giustizia utilizzato nella sua giurisprudenza pregressa (in particolare, nella sentenza *Hiebler*, C-293/14) come precisato nella nota 24 delle conclusioni.

⁵⁸ Nel ribadire che i contenuti di tale disposizione costituiscono la concretizzazione di obblighi derivanti dal Trattato, è stato poi precisato che ad essi deve in ogni caso riconoscersi effetto diretto poiché tale caratteristica è propria a loro volta, secondo l'interpretazione fornita dal giudice europeo, degli articoli 49 e 56 T.F.U.E. in relazione a controversie involgenti rapporti contrattuali (punti 108-110).

⁵⁹ A commento delle conclusioni si veda F. CAPOTORTI, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promoimpresa: secondo l'avvocato generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta*

ragionamento condotto dall'Avvocato generale in ordine alla incompatibilità eurounitaria della disciplina interna non lascia particolari spazi ad interpretazioni o valutazioni di sorta, avendo questi con precisione tracciato un sentiero ermeneutico lineare.

A fronte di tale chiarezza concettuale non sono mancati tuttavia i rilievi della dottrina che, oltre a dissentire in ordine alla tecnica e al parametro di decisione implicitamente suggerito alla Corte⁶⁰, ha altresì riscontrato profili di criticità nella sovrapposizione dei termini "proroga" e "rinnovo automatico", sui quali sarebbe stata invece opportuna un'adeguata diversificazione⁶¹.

Al di là di tali censure, entrambe fondate, resta il fatto che il messaggio che si è voluto lanciare al giudice europeo è stato puntuale e rigoroso e di ciò si rinviene traccia nella pronuncia del 14 luglio 2016 in cui, come forse era prevedibile, sono state valorizzate gran parte delle osservazioni prospettate nelle conclusioni, seppur attraverso l'aggiunta di ulteriori argomentazioni a sostegno della tesi dell'illegittimità della proroga delle concessioni demaniali.

al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia, in *eurojus.it*, 2016.

⁶⁰ M. MAGRI, *I rapporti tra "direttiva servizi" e concessioni demaniali marittime*, in *de-je.ua.es*, 2016, p. 9 s., che in proposito ha osservato che "è lecito dissentire dalle conclusioni cui perviene l'Avvocato Generale (e, prima di lui i giudici rimettenti) nella causa C-67/15, dal punto di vista del parametro e della "tecnica" di decisione che indirettamente si suggerisce alla Corte di adottare. Ad una approfondita disamina, i termini della questione impongono alla Corte di risolvere la controversia sottoposta dai giudici italiani alla luce del diritto primario, senza le mediazioni del diritto derivato; e di non compiere una meccanica sussunzione della norma oggetto di rinvio all'art.12 della direttiva Bolkestein". L'Autore, infatti, ha evidenziato che "[s]enza dubbio, la previsione di un cosiffatto regime transitorio può ledere l'art.49 TFUE, nel momento in cui ritarda irragionevolmente l'effetto utile della direttiva Bolkestein, tramutandosi in un ostacolo all'esercizio ivi garantito. Si tratta però di una questione da affrontare nel modo corretto: se il problema nella causa C-67/15 è la ragionevolezza della proroga delle concessioni in corso, rispetto alla garanzia della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, allora la soluzione va ricercata, metodologicamente, nella interpretazione del diritto primario e non – come si afferma nelle conclusioni – esclusivamente nella direttiva Bolkestein".

⁶¹ A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, cit., p. 15, per la quale "[l]'avvocato generale sostiene che "proroga" (non disciplinata dalla direttiva) e "rinnovo automatico" (vietato dalla direttiva) siano nozioni equivalenti, liquidando la questione senza addurre motivazione. Anche il giudice costituzionale italiano, come visto, raggiunge la medesima conclusione, equiparando le proroghe, comunque configurate dai legislatori regionali, al rinnovo automatico, senza dare alcuna considerazione alla capacità delle fattispecie legali di produrre o meno effetti in via generale ed astratta. Tuttavia, proroga e rinnovo automatico potrebbero essere nozioni diverse, specie ove la prima, pur disposta per legge, sia condizionata, nell'an e nel quantum, ad una valutazione caso per caso della pubblica amministrazione. Ove si riuscisse a dimostrare che i due istituti non sono equivalenti quanto agli effetti sulla concorrenza, la proroga potrebbe essere estranea all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Si dovrebbe immaginare però di argomentare la differenza tra i due istituti non su un piano formalistico (destinato senz'altro a non essere preso in considerazione né dalla Commissione, né dalla Corte di giustizia), ma sostanzialistico, in ordine agli effetti differenti che essi potrebbero produrre con riferimento a fattispecie concrete. Considerando che le conclusioni dell'avvocato generale qui in esame sono pronunciate nell'ambito di una causa pregiudiziale interpretativa, una argomentazione di questo tipo potrebbe essere spesa in sede di eventuale procedura di infrazione che dovesse seguire alla sentenza della Corte di giustizia o nella fase amministrativa della negoziazione con la Commissione".

5. La Corte di giustizia non riserva sorprese: la proroga automatica impedisce una selezione imparziale e trasparente. Riflessioni a margine della pronuncia sulle cause riunite C-458/14 e C-67/15 del 14 luglio 2016

La recente pronuncia della Corte di giustizia sul caso *Promoimpresa-Melis* costituisce una tappa assai importante e attesa in relazione ad una problematica che, come si è sin qui cercato di illustrare, non ha ancora trovato una definizione stabile.

La decisione ha aderito al filone interpretativo consolidatosi in termini critici relativamente al sistema di proroga automatica concepito a livello nazionale, che aveva lasciato presagire la possibile adozione di una sentenza di senso avverso rispetto al “salvataggio” della travagliata disciplina interna.

L’impianto motivazionale della sentenza appare ordinato su puntuali snodi concettuali, attraverso i quali il giudice europeo con chiarezza argomentativa muove rigorose censure al meccanismo dilatorio, sulla falsariga di quanto accaduto in occasione delle conclusioni rese dall’Avvocato generale Szpunar, rispetto alle quali si apprezzano tuttavia, come poco sopra accennato, spunti di approfondimento, assieme ad una maggiore sinteticità espositiva.

La Corte si sofferma anzitutto sul principale aspetto qualificatorio emergente dalle fattispecie da cui ha originato il rinvio pregiudiziale, costituendo le concessioni demaniali marittime e lacuali a scopo turistico-ricreativo – a prescindere dal *nomen* posseduto nel contesto interno – delle vere e proprie autorizzazioni rilevanti ai sensi della direttiva *Bolkestein*⁶².

Con maggiore sforzo esplicativo, viene così richiamata l’attenzione sul fatto che, nei giudizi di rinvio, le concessioni non riguardavano prestazioni di servizi ma l’autorizzazione all’esercizio di un’attività di carattere economico su un bene demaniale⁶³.

Quest’affermazione transita attraverso il richiamo al *considerando* 57 della direttiva, in virtù del quale la disciplina in essa contenuta e concernente le autorizzazioni non è applicabile alle concessioni di servizi pubblici, al contrario rilevanti ai sensi della direttiva n. 23 del 2014⁶⁴.

Una concessione di servizi, difatti, si connota per il trasferimento dall’autorità al concessionario del diritto di gestione di un dato servizio e per la possibilità per il titolare di determinarne l’organizzazione, oltre che per la soggezione ai rischi ad essa collegati⁶⁵.

Tali puntualizzazioni non appaiono tuttavia di per sé sufficienti ad affermare l’automatica applicazione dell’art. 12 del provvedimento normativo europeo, poiché, pur essendo certo che si tratti di concessioni relative a risorse naturali,

⁶² Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punti 37-40.

⁶³ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 44. Si precisa inoltre al punto 48 che “[u]n’interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. Quest’ultimo precisa infatti che taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d’uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi, non dovrebbero configurarsi come “concessione di servizi” ai sensi di tale direttiva”.

⁶⁴ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 44 e 45.

⁶⁵ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 46.

si ritiene esser compito del giudice interno indagare in ordine al carattere limitato delle stesse risorse a cagione della loro scarsità⁶⁶.

Il giudice di Lussemburgo, in proposito, ha modo di suggerire come le concessioni di cui ai procedimenti principali fossero rilasciate a livello locale e non nazionale, circostanza questa da tenere in considerazione nell'indagine relativa alla limitatezza del numero delle aree impiegabili a fini economici.

Ciò precisato in ordine alle condizioni di applicazione della disciplina contenuta nella direttiva, il Consesso europeo non tarda a raccordarsi in modo esplicito alle conclusioni dell'Avvocato generale attraverso il richiamo all'argomentazione per cui una proroga normativa della scadenza delle autorizzazioni è assimilabile ad un rinnovo automatico, precluso dal paragrafo secondo dell'art.12⁶⁷.

Nel rammentare, inoltre, che una tale proroga automatica non permette l'espletamento di procedure di selezione imparziali, trasparenti e dotate di adeguata pubblicità, la Corte rigetta altresì l'ulteriore rilievo fondato sulla tutela del legittimo affidamento, ricordando come il paragrafo terzo della citata disposizione consenta di tenere conto di motivi imperativi d'interesse generale nel solo momento della determinazione della procedura selettiva e non per giustificare proroghe di autorizzazioni in cui una tale procedura risulti del tutto assente⁶⁸.

Di legittimo affidamento potrebbe invero parlarsi solo subordinatamente ad una valutazione concreta tesa a dimostrare che gli investimenti effettuati sono giustificati da un'aspettativa legittima in ordine ad un rinnovo dell'autorizzazione, condizione, questa, che evidentemente non può trovare riscontro in una proroga automatica di carattere generalizzato⁶⁹.

La Corte si sofferma poi sull'eventualità che i giudici del rinvio, non riscontrando il carattere della scarsità delle risorse, ritengano che la direttiva *Bolkestein* non debba trovare applicazione: in questa ipotesi, trattandosi di diritti di stabilimento in aree demaniali per lo sfruttamento economico a fini turistico-ricreativi, non potrà che trovare applicazione l'art. 49 T.F.U.E.⁷⁰.

Di conseguenza, nel caso in cui una concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, una sua assegnazione in assenza di una procedura trasparente determina una disparità di trattamento a scapito di imprese aventi sede in altri Stati membri⁷¹.

Il giudice di Lussemburgo, peraltro, fornisce una serie di criteri-guida in base ai quali poter condurre un'indagine in ordine all'effettiva sussistenza di un tale tipo di interesse, che vengono individuati – a mente della più recente giurisprudenza europea – nell'importanza economica, nel luogo di esecuzione nonché nelle caratteristiche tecniche dell'appalto⁷².

⁶⁶ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 43.

⁶⁷ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 50.

⁶⁸ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punti 51-55.

⁶⁹ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 56.

⁷⁰ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 63. Si afferma al punto 64 "[a] tal riguardo, è stato dichiarato che le autorità pubbliche, qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare (v., in tal senso, sentenza 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:461, punti 57 e 58 nonché giurisprudenza ivi citata)".

⁷¹ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 65.

⁷² Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 66.

Con riguardo ai procedimenti principali, viene in proposito precisato che, mentre nella vicenda lombarda era stata condotta un'indagine in ordine alla sussistenza di un simile requisito alla stregua della collocazione geografica e del valore della concessione (accertandosi in tal modo un pregiudizio per ulteriori potenziali concorrenti di Stati europei), nella vicenda sarda simili indicazioni non erano state fornite, dovendo pertanto il giudice remittente svolgere una tale verifica in via preventiva rispetto al sindacato della Corte.

Conclude il percorso motivazionale un'ulteriore riflessione in ordine all'insussistenza di esigenze di tutela del principio di certezza del diritto, rilevandosi che le fattispecie concessorie oggetto di rilascio fossero venute ad esistenza quando già era noto che i contratti di interesse transfrontaliero certo dovestero sottostare a procedure trasparenti: per questo, non viene ritenuto che un simile principio possa essere ragionevolmente invocato, diversamente inverandosi una disparità di trattamento vietata dal Trattato⁷³.

Così ripercorsi i passaggi-chiave della pronuncia della Corte di Giustizia, giova svolgere alcune riflessioni a margine del percorso motivazionale che, pur nella sua articolazione strettamente consequenziale, sembra lasciar spazio a talune osservazioni, quanto meno nella parte in cui pare individuare dei piccoli pertugi rispetto alla "via obbligata" costituita dal necessario espletamento di procedure di selezione, che sembrerebbero, anche se in modo limitato, ridimensionare la perentorietà delle conclusioni finali.

Ci si riferisce in specie a quella parte dell'*iter* argomentativo in cui viene espressamente sancita la necessità che la scarsità delle risorse, la cui sussistenza è imprescindibile ai fini dell'applicazione dell'art.12 della direttiva, debba essere valutata in concreto da parte del giudice interno, il quale anzitutto deve aver riguardo alla dimensione comunale ai fini di un tale accertamento⁷⁴.

Questa precisazione, peraltro, parrebbe idealmente raccordarsi con l'ulteriore spunto per cui la Corte sembrerebbe mostrarsi indirettamente accondiscendente rispetto all'operatività di meccanismi di proroga nell'ipotesi in cui non venga riscontrato che la concessione presenti, oltre che risorse scarse, un interesse transfrontaliero certo, circostanza sicuramente rara che, comunque, deve essere accompagnata da un'adeguata e concreta motivazione da parte dell'autorità pubblica⁷⁵.

Nella sentenza della Corte, per vero, è del tutto assente una puntualizzazione in ordine alla distinzione tra i concetti di proroga e rinnovo automatico che, replicando ciò che era stato in precedenza affermato dall'Avvocato gene-

⁷³ Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 73.

⁷⁴ Si vedano in proposito le osservazioni di L.S. Rossi, *Spiagge: vietate le proroghe automatiche delle concessioni senza una procedura di selezione tra potenziali candidati*, in Guida al diritto, 33/2016, p. 16, per la quale "[s]i potrebbe dedurre che queste affermazioni della Corte rendano possibile in certe zone (dove appunto non vi sia scarsità) il rilascio di autorizzazioni anziché procedure di evidenza pubblica o il mantenimento delle concessioni in atto. Occorrerebbe probabilmente che il Comune dichiarasse che non vi è scarsità (ma dovrebbe motivare, indicando la percentuale di occupazione)".

⁷⁵ *Ibidem*. Si puntualizza, infatti, che "[l]a Corte respinge l'argomento del Governo italiano in base al quale la proroga del 2020 risponde all'esigenza di tutelare legittimo affidamento e certezza del diritto, in quanto la questione dell'interesse transfrontaliero – in presenza del quale le concessioni possono essere aggiudicate solo con procedure non discriminatorie e trasparenti – era stata dichiarata con la sentenza Asm. A contrario si potrebbe dunque desumere che una proroga potrebbe essere accordata solo nei casi – per la verità rari – in cui non vi sia né scarsità né interesse transfrontaliero certo. Si tratta, però, di valutazioni che l'amministrazione deve compiere ovviamente caso per caso".

rale, vengono meccanicamente sovrapposti al fine di escludere la compatibilità con il diritto europeo della disciplina interna.

Come già ricordato, questi due elementi sembrerebbero evocare in realtà strumenti tra loro differenti e come tali non riconducibili ad un concetto unitario identificabile nel generico dilazionamento del termine di scadenza di concessioni demaniali in essere, riflettendo ciascuno di essi un diverso bilanciamento tra contrapposti interessi⁷⁶.

Deve ad ogni modo apprezzarsi lo sforzo ermeneutico profuso dalla Corte di giustizia che, al di là di ogni possibile valutazione e osservazione, ha fatto avvertire con grande chiarezza che non sono più possibili soluzioni di compromesso e che la via da imboccare è, inevitabilmente, quella di far ricorso a procedure selettive imparziali e trasparenti.

6. Alcune osservazioni conclusive alla luce delle prospettive di riordino della materia

Volendo trarre qualche riflessione conclusiva a margine del complesso di questioni analizzate nel corpo del presente contributo, sembra ragionevole affermare che con la recente bocciatura della Corte di giustizia l'articolazione generale delle concessioni demaniali marittime e lacuali a scopo turistico-ricreativo debba ormai essere riconsiderata, al fine di predisporre un quadro coerente con i principi e le regole europee.

Appare viva, così, la necessità di approntare un intervento il più tempestivo possibile e in grado di soddisfare le molteplici esigenze che si impongono a livello ordinamentale: se da un lato, infatti, un tale intervento potrebbe evitare l'avvio di nuove procedure di infrazione da parte della Commissione, dall'altro, contribuirebbe alla definizione di una situazione giuridica complessivamente più chiara per i privati, che da un contesto di disciplina dai contorni poco nitidi non possono che uscirne in ogni caso danneggiati.

È d'uopo rammentare come poco dopo la pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia sia stato introdotto in sede di conversione del d.l. enti locali 2016, un emendamento che dispone la validità delle concessioni già istaurate e pendenti in base all'art. 1, comma 18, d.l. n. 134 del 2009, ossia della disposizione – cui si è più volte fatto riferimento – che ha prorogato la durata delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo in essere alla data di entrata in vigore di quel decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015, sino alla data del 31 dicembre 2020⁷⁷.

La previsione sembrerebbe tuttavia criticabile in quanto contrastante con i

⁷⁶ Si richiamano, anche a commento della pronuncia della Corte, le considerazioni svolte sulle conclusioni generali dell'Avvocato generale da parte di A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, cit., p. 15, che appaiono del pari valide avendo il giudice europeo pienamente aderito alla detta sovrapposizione concettuale nel paragrafo 50 della sentenza.

⁷⁷ Recita l'art. 24, comma 3-septies del d.l. 24 giugno 2016, n. 113 recante "Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio" come convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2016, n. 160, "[n]elle 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".

principi del diritto europeo e ciò, maggiormente, alla luce della decisione del giudice di Lussemburgo.

Tale disposizione, invero, attraverso una sorta di “sanatoria” delle concessioni demaniali rilasciate in attuazione del quadro regolatorio dichiarato non conforme con il contesto sovranazionale, parrebbe perpetuare il funzionamento di quegli stessi meccanismi che sono stati esplicitamente censurati dalla Corte di giustizia.

Si auspica tuttavia che questa misura, varata al dichiarato fine di assicurare certezza del diritto e continuità nella gestione del demanio marittimo in attesa del riordino del settore, costituisca un provvedimento autenticamente temporaneo e comunque strumentale all'approvazione di un testo normativo di più ampio respiro che, riconosciuta adeguata tutela ai rapporti concessori in essere, rappresenti un'attuazione effettiva degli indirizzi sovranazionali.

A tal proposito si ricorda come, coerentemente ad una simile esigenza, si siano orientate talune delle più recenti iniziative parlamentari assunte nel corso della XVII legislatura, in linea di massima dirette a riconoscere un congruo periodo transitorio per il rientro degli investimenti effettuati da parte degli operatori economici del settore balneare.

Tra i più recenti progetti presentati in tal senso, è possibile richiamare il disegno di legge A.S. n. 2269 rubricato “*Modifiche alle disposizioni in materia di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*” del 3 marzo 2016⁷⁸, che prevede un periodo transitorio adeguatamente esteso finalizzato alla tutela dell'affidamento riposto dai gestori sul rientro degli investimenti effettuati, oltre che al rinnovo delle concessioni attive⁷⁹.

Il lasso temporale provvisorio, in particolare, sarebbe funzionale alla ricognizione dei beni demaniali marittimi disponibili e non ancora utilizzati per il riconoscimento di nuove concessioni in base ai piani di utilizzo degli arenili approntati dai Comuni e, soprattutto, per “*consentire al Governo di agire in sede europea sulle peculiarità che caratterizzano le imprese del settore turistico-balneare in Italia e per le quali potrebbero essere individuate soluzioni differenti rispetto a quelle previste dalla “direttiva servizi”, ottenendo dalla Commissione europea il via libera per l'applicazione della citata fase transitoria in virtù della specificità del settore*”⁸⁰.

Si pone in termini non troppo dissimili rispetto a tale iniziativa, il disegno di legge A.S. n. 2336 recante “*Revisione e riordino delle disposizioni in materia di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*” del 21 aprile 2016⁸¹, che nell'obiettivo primario di far sì che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative siano affidate attraverso procedure competitive, contempla anch'esso un lungo regime transitorio a presidio delle concessioni in essere, che verrebbero prorogate fino al 31 dicembre 2050⁸².

Lo scopo del detto disegno è infatti quello di coniugare la necessità di salva-

⁷⁸ Reperibile all'indirizzo web <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46574.htm>.

⁷⁹ In questo senso la relazione introduttiva al disegno di legge A.S. n. 2269, p. 2.

⁸⁰ Nota introduttiva al disegno di legge A.S. n. 2269, p.2 s., in cui si aggiunge che tale ambito è “*caratterizzato da rilevanti investimenti materiali e occupazionali, della sua unicità a livello europeo, dei motivi di interesse generale, di sicurezza e tutela ambientale previsti dalla direttiva medesima quali fattori di esclusione, del sussistere della libertà di stabilimento in ragione della vastità delle risorse naturali presenti lungo le coste italiane e della conseguente possibilità di rilascio di nuove concessioni*”.

⁸¹ Reperibile all'indirizzo web <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46758.htm>.

⁸² Art.18, disegno di legge A.S. n. 2336.

guardare le concessioni attive con l'effettività dei principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi, il cui bilanciamento verrebbe assicurato dalla previsione per cui ogni ente territoriale deve indicare gli spazi demaniali non impiegati per finalità turistico-ricreative da assoggettare a procedure di selezione, la cui proporzione con le aree già sottoposte a rapporti concessori sarebbe definita da un regolamento governativo di tempestiva emanazione⁸³.

Degno di nota, infine, è anche il disegno di legge A.S. n. 2337 del 5 maggio 2016⁸⁴ rubricato "*Disciplina delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*" che persegue l'obiettivo di percorrere un "doppio binario" di azione, operando una distinzione tra le concessioni in essere, soggette ad un differimento transitorio, e quelle di nuovo rilascio, sottoposte all'immediata operatività di procedure di selezione⁸⁵.

Si prevede, in particolare, il prolungamento delle concessioni attive al 31 dicembre 2015 per trent'anni a fronte dell'impegno degli operatori ad investire per la riqualificazione delle aree demaniali⁸⁶, oltre che un complesso di regole di gara da seguire per l'assegnazione di nuovi titoli concessori su beni demaniali marittimi⁸⁷.

Volendo svolgere qualche considerazione a margine dei richiamati disegni di legge, sembra apprezzabile lo sforzo di contemperare le duplici esigenze di tutelare sia gli investimenti effettuati dagli operatori balneari che la necessità di un'apertura alle procedure selettive.

Ciò che pare criticabile all'interno delle iniziative assunte a livello parlamentare, tuttavia, è l'eccessivo periodo di tempo riconosciuto a tutela delle concessioni attive che potrebbe risultare incoerente con i principi espressi dal giudice europeo.

In taluni dei disegni di legge richiamati, difatti, si prevedono periodi anche molto estesi che rischiano di non risultare pienamente compatibili con la necessità, ormai non più differibile, di assicurare l'espletamento di gare imparziali e trasparenti.

Tale considerazione, peraltro, potrebbe essere corroborata dal fatto che, come è stato affermato dalla stessa Corte di giustizia, non sussiste un vero e proprio affidamento legittimo da tutelare in capo agli operatori balneari.

Il regime transitorio dovrebbe pertanto contemplare termini verosimilmente più contenuti, permettendo comunque un'adeguata tutela degli investimenti compiuti, ma, al contempo, evitando ogni possibile radicamento di situazioni di vantaggio in capo a questi stessi operatori.

Ad ogni modo, rispetto alle iniziative di riassetto della materia predisposte a livello nazionale non è apparsa recessiva l'attenzione sul problema anche a livello regionale e di ciò può aversi una dimostrazione con la recente normativa approvata dal legislatore toscano, che assume rilievo anche per il contenzioso costituzionale prontamente istaurato sulla stessa dal Governo in via principale.

⁸³ Relazione introduttiva al disegno di legge A.S. n. 2336, p.2. Sulla disciplina transitoria, in particolare, si veda l'art. 18 del citato disegno di legge A.S. n. 2336.

⁸⁴ Reperibile all'indirizzo web <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46857.htm>.

⁸⁵ Relazione introduttiva al disegno di legge A.S. n.2337, p.3

⁸⁶ Art.1, disegno di legge A.S. n. 2337. Nella relazione introduttiva (p.3) si specifica che "[a]l termine del periodo transitorio, il successivo rinnovo delle concessioni avviene attraverso procedure competitive che prevedono, tra le altre cose, un equo indennizzo del concessionario uscente, pari al valore complessivo dell'azienda".

⁸⁷ Art.2, disegno di legge A.S. n. 2337.

Questa disciplina, contenuta nella l.r. Toscana 9 maggio 2016, n. 31, appare interessante poiché, come specificato nel preambolo dell'articolato normativo, trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di individuare un adeguato equilibrio tra i compresenti interessi della tutela della concorrenza e della salvaguardia degli investimenti effettuati dagli operatori economici⁸⁸, il tutto nel più generale intento di approntare un'azione tesa a valorizzare le peculiarità del territorio costiero toscano, di cui le imprese del settore balneare costituiscono elemento identitario⁸⁹.

L'art. 2 della legge riconosce, infatti, al concessionario uscente, conformemente al quadro regolatorio in vigore a livello nazionale e nell'ambito delle procedure comparative per il rilascio delle concessioni di durata superiore a sei e inferiore a venti anni, il diritto ad un indennizzo da corrispondersi da parte del concessionario subentrante *“pari al 90 per cento del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione, attestato dalla perizia giurata di cui alla lettera c)”*⁹⁰, *da pagarsi integralmente prima dell'eventuale subentro*⁹¹.

Il provvedimento, peraltro, intende valorizzare altresì gli investimenti di riqualificazione ambientale e di valorizzazione paesaggistica⁹², oltre che la gestione diretta dell'attività oggetto della concessione⁹³.

La misura varata dal legislatore toscano costituisce pertanto un interessante modello di analisi, cercando di adeguare il settore balneare al rispetto dei principi europei di libera competizione economica, pur non trascurando l'esigenza di una concreta salvaguardia delle peculiarità del settore imprenditoriale costiero regionale.

Tale iniziativa, tuttavia, non è stata favorevolmente recepita dal Consiglio dei Ministri che nella seduta del 30 giugno 2016 ha deliberato l'impugnativa dell'articolato nella parte in cui invaderebbe taluni ambiti competenziali esclusivi statali ed in particolare quelli di cui all'art.117, comma secondo, lett. l), e), s) in materia di ordinamento civile, tutela della concorrenza e tutela del paesaggio⁹⁴.

⁸⁸ Si veda in proposito il punto 4 del Preambolo in base al quale *“[l']intervento legislativo si rende necessario per garantire, nell'ambito delle procedure amministrative di competenza dei comuni, il rispetto del principio di proporzionalità che impone un corretto bilanciamento tra i principi di concorrenza e libertà di stabilimento e la tutela degli investimenti”*.

⁸⁹ Specifica infatti il punto 3 del Preambolo che *“[l']intervento legislativo è strumento per valorizzare gli elementi che caratterizzano il paesaggio e la fruizione sostenibile della costa attraverso la qualificazione dell'offerta turistico balneare, nonché per salvaguardare la gestione diretta delle imprese operanti in ambiti demaniali marittimi quale ulteriore elemento identitario e caratterizzante del sistema turistico balneare delle coste della Toscana”*.

⁹⁰ Che prevede che *“in caso di area già oggetto di concessione, l'ente gestore acquisisce il valore aziendale dell'impresa insistente su tale area attestato da una perizia giurata di stima redatta da professionista abilitato acquisita a cura e spese del concessionario richiedente il rilascio della concessione ultrasessennale”*.

⁹¹ Art. 2, comma 1, lett. d), l.r. Toscana 9 maggio 2016, n. 31.

⁹² Art. 2, comma 1, lett. b), l.r. Toscana 9 maggio 2016, n. 31, a mente del quale *“per la valutazione delle domande concorrenti, costituisce elemento di preferenza la presentazione di un progetto di riqualificazione ambientale e di valorizzazione paesaggistica del territorio costiero, in coerenza con gli elementi di valore individuati nell'integrazione del piano di indirizzo territoriale (PIT) avente valenza di piano paesaggistico regionale, approvato con deliberazione del Consiglio regionale 27 marzo 2015, n.37, con particolare riferimento alle schede dei sistemi costieri e alle schede d'ambito e con le previsioni contenute negli strumenti urbanistici regionali”*.

⁹³ Art. 2, comma 1, lett. a), l.r. Toscana 9 maggio 2016, n. 31, che dispone che *“costituisce condizione per il rilascio del titolo concessorio, l'impegno, da parte dell'assegnatario, a non affidare a terzi le attività oggetto della concessione [...]”*.

⁹⁴ Si veda in proposito il comunicato stampa della seduta reperibile all'indirizzo web

Al di là dei vari profili di incostituzionalità che sono stati prospettati dal Governo, la normativa regionale sembra poi prestarsi ad ulteriori rilievi critici.

Desta perplessità, in particolare, la previsione dell'indennizzo in favore dei vecchi concessionari, che potrebbe costituire un ostacolo alla piena operatività del principio di concorrenza.

Il legislatore regionale, difatti, condizionando l'immissione del concessionario subentrante all'integrale pagamento dell'indennizzo pari al 90% del valore aziendale dell'impresa, parrebbe aver interposto uno sbarramento di difficile coordinamento con il principio di libera competizione economica, prefigurandosi un onere di non marginale entità per l'accesso alla concessione medesima, oltre che il rischio di un possibile vantaggio ingiustificato per il concessionario uscente.

La legge toscana, così, non sembrerebbe aver fornito neppure indicazioni adeguatamente puntuali in ordine al calcolo dell'indennizzo dovuto, non risultando pienamente comprensibile se a tal fine debbano essere considerati, ad esempio, l'ammortamento dell'investimento effettuato e gli utili realizzati dallo stesso concessionario.

Tale considerazione, inoltre, potrebbe virtualmente collegarsi con l'osservazione, prospettata dall'Avvocatura generale dello Stato nel ricorso in via principale, in base alla quale il riferimento contenuto nel testo della disposizione al "valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione", risulta del tutto indeterminato e privo di un'esplicita definizione normativa. Una simile nozione, invero, appare come un "*coacervo dai confini incerti, suscettibile di comprendere (...) beni già in proprietà del concessionario uscente e beni, come quelli immobili, che in linea di principio dovrebbero risultare già automaticamente acquisiti al demanio per accessione*"⁹⁵.

La disciplina regionale sembra in tal modo porre problematiche in realtà non troppo dissimili rispetto a quelle emerse nell'ambito del regime delle concessioni idroelettriche, che è stato sottoposto a censure da parte della Commissione europea⁹⁶.

<http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-122/5376> in cui viene più specificamente dato conto che "viene disposta l'impugnativa della legge regionale in quanto una norma riguardante le nuove concessioni demaniali marittime a scopo turistico ricreativo invade la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile, di tutela della concorrenza e di tutela del paesaggio di cui all'art. 117, secondo comma, lett. l), e) e s), della Costituzione. Un'altra norma riguardante l'affidamento a terzi delle attività oggetto di concessione demaniali marittime a scopo turistico ricreativo invade la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile, in violazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione".

⁹⁵ Si veda in proposito il punto 1 del ricorso n. 40/2016 per questione di legittimità costituzionale dell'Avvocatura dello Stato del 14 luglio 2016 e reperibile su cortecostituzionale.it.

⁹⁶ Si rammenta in proposito come quest'ultima attraverso la procedura d'infrazione n. 2011/2026 avesse riscontrato, tra gli altri profili di incompatibilità eurounitaria della normativa interna (art. 37 del c.d. "decreto Sviluppo", d.l. n. 83 del 2012 convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134), un ingiustificato privilegio per il concessionario uscente alla luce dell'obbligo per il concessionario subentrante di rilevare tutto il ramo d'azienda, anche nell'ipotesi di realizzazione di nuovi impianti. Per la Commissione, invero, si sarebbe determinato un ostacolo per gli operatori non precedentemente concessionari in quanto, diversamente dai concessionari esistenti, sarebbero stati obbligati al pagamento del corrispettivo. Malgrado la dottrina non abbia mancato di porre in evidenza talune perplessità in ordine all'opportunità di una simile procedura d'infrazione e alla fondatezza nel merito del complesso delle contestazioni mosse dalla Commissione (su cui si vedano le considerazioni di F. DONATI, *Gli aspetti giuridici del regime delle concessioni idroelettriche*, in *Atti del convegno "Idroeuropa? Il regime delle concessioni idroelettriche in Europa: lo stato dell'arte, problemi, quali insegnamenti da trarre"*, in *amministrateincammino.it*, 2014, pp. 5-12) resta la rilevanza di tale precedente come termine di

In ogni caso, così ripercorse le più recenti e interessanti iniziative assunte a livello interno, non resta che auspicare che venga predisposto in tempi rapidi un intervento sull'intera materia, al fine di rimuovere un'incertezza normativa non più sostenibile per le moltissime imprese del settore balneare.

Un allineamento pressoché compatto del giudice amministrativo, costituzionale ed europeo, difatti, non lascia ormai più margini di tempo al legislatore nazionale che, non potendo più percorrere la strada – già da troppo tempo esplorata – del ricorso allo strumento della proroga, è chiamato con forza ad approntare una riforma del sistema aperta alla libera competizione economica ma, al contempo, attenta alla salvaguardia delle posizioni degli operatori economici già in possesso di titoli concessori.

confronto per comprende i possibili aspetti problematici dell'esperienza toscana rispetto al diritto europeo. Infatti, il riconoscimento per il concessionario uscente di un corrispettivo in relazione agli investimenti dallo stesso effettuati e potenzialmente non vantaggiosi per il subentrante, sembrerebbero costituire una misura non appropriata e limitativa del corretto esplicarsi del principio di concorrenza.



DIBATTITI

Il regolamento europeo sull'integrità e la trasparenza dei mercati dell'energia (REMIT) alla prova dei fatti

In data 29 novembre 2016 si è svolto a Milano, organizzato dall'Associazione italiana di diritto dell'energia (AIDEN), e con la sponsorizzazione di A2A Spa, un workshop dedicato all'applicazione del Regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso. I contributi di seguito raccolti costituiscono la sintesi di parte significativa degli interventi dei relatori.

Introduzione

Eugenio Bruti Liberati

Dopo diversi anni di gestazione, con l'emanazione del Regolamento di esecuzione del dicembre 2014, il sistema REMIT è divenuto pienamente operativo, e in tutta Europa le Autorità nazionali di regolazione hanno cominciato ad avviare e talora a concludere procedimenti che danno attuazione alla relativa normativa.

È quindi divenuto urgente analizzare i non semplici problemi giuridici che il Regolamento REMIT pone e che gli atti attuativi ed esplicativi della Commissione Europea e dell'Agenzia per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia (ACER) hanno chiarito solo in parte.

Ricordo che il REMIT ha due obiettivi fondamentali: promuovere la massima trasparenza possibile dei mercati dell'energia all'ingrosso e prevenire e reprimere gli abusi realizzati negli stessi mercati attraverso l'utilizzo improprio di informazioni privilegiate oppure mediante condotte di manipolazione dei prezzi.

I cardini della disciplina e gli strumenti con cui il legislatore europeo ha inteso realizzare quegli obiettivi appaiono riassumibili nei termini che seguono.

Da un lato, vi sono i divieti e gli obblighi imposti agli operatori: due divieti di carattere generale – il divieto di abuso di informazioni privilegiate (cioè di insider trading) e quello di manipolazione dei mercati – e gli obblighi, assai stringenti, di comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate di cui dispongono.

Dall'altro, è stato creato un sistema, strutturato a livello europeo, di monitoraggio costante sui mercati dell'energia all'ingrosso, che vede al suo vertice l'ACER e che si realizza anche attraverso un Registro degli operatori e delle operazioni che gli stessi pongono in essere; e sono stati inoltre attribuiti alle autorità nazionali di regolazione poteri penetranti di indagine, di interdizione e di sanzione per scoprire e punire gli illeciti REMIT.

Si tratta di strumenti che rinviano in larga misura ad istituti da tempo presenti nella disciplina di altri settori, e in particolare in quella dei mercati mobiliari. Del resto, il Regolamento REMIT nasce dichiaratamente come una specificazione e un adattamento al settore dell'energia della disciplina generale sul *market abuse* adottata in sede europea nel 2003 (e recentemente revisionata con il Regolamento n. 596/2014).

Cionondimeno, per quanto i concetti di *insider trading*, di manipolazione del mercato, di informazione privilegiata siano ben noti e da tempo oggetto di applicazione nella prassi e nella giurisprudenza e di analisi da parte della dottrina, il loro trapianto nel settore dell'energia non è esente da difficoltà e dubbi: ed è appunto di queste difficoltà e di questi dubbi – che attengono anche all'identificazione dell'ambito di applicazione della disciplina REMIT rispetto a quelle contigue, come la disciplina *antitrust* – che occorre anzitutto occuparsi.

D'altro canto, anche i penetranti poteri investigativi e sanzionatori riconosciuti, come si è detto, alle autorità nazionali di regolamentazione – e dunque, da noi, all'Autorità per l'energia –, che vanno ad aggiungersi ai poteri di regolazione generale ed asimmetrica di cui essa già dispone in forza della sua disciplina generale, pongono problemi non lievi.

Evidente appare quindi la necessità di un'indagine specifica su tali poteri, per chiarirne i connotati e i limiti procedurali e funzionali e per precisare i nessi che intercorrono tra gli stessi, e *in primis* i nessi tra i poteri specificamente REMIT e quelli di regolazione.

Al riguardo, non ci si può nascondere che l'applicazione della disciplina REMIT implica un rischio non marginale di eccessiva invadenza regolatoria nelle scelte di mercato degli operatori: essa nasce con l'obiettivo – di per sé tutto interno ad una logica di mercato – di assicurare il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali, promuovendo la circolazione tra il pubblico di tutte le informazioni rilevanti e punendo i comportamenti manipolatori, ma potrebbe anche essere usata – in contrasto con quella logica – per scopi impropriamente dirigistici. Sono la stessa (del resto, inevitabile) flessibilità delle clausole generali che definiscono la manipolazione del mercato e i conseguenti ampi margini interpretativi spettanti alle autorità di regolazione a comportare tale pericolo e a suggerire una riflessione attenta sugli scopi e sui limiti degli interventi in questione.

Puntuale identificazione degli illeciti REMIT e del loro spazio di operatività rispetto alle normative contigue; analisi approfondita dei poteri riconosciuti a tutte le autorità a vario titolo coinvolte dal REMIT e innanzitutto dell'AEEGSI: è a questi temi, valutati anche alla luce dei primi casi emergenti dalla prassi europea e nazionale, che è fondamentalmente dedicata la nostra odierna riflessione.

E ciò senza peraltro trascurare i complessi problemi di *governance* che il sistema REMIT pone, con il difficile coordinamento verticale ed orizzontale tra i molteplici organismi europei e nazionali (la Commissione UE, l'ACER, l'ESMA, l'AEEGSI, l'AGCM, la Consob) che hanno competenze in materia.

E qui occorre richiamare un secondo rischio di carattere generale, di cui pure è bene essere consapevoli.

Il regime REMIT implica un impegno significativo sia per le istituzioni, che vengono – come si è rilevato – incaricate di una costante opera di monitoraggio sui mercati dell'energia all'ingrosso, sia per le imprese, a cui vengono imposti obblighi non lievi di informativa e di *disclosure* sulla loro attività.

Appare quindi palese la necessità che a questo impegno rilevante ed one-

roso corrisponda un vantaggio adeguato per il sistema in termini di migliore funzionamento dei mercati interessati.

Perché se così non fosse, se questi vantaggi fossero limitati, ad esempio perché ci si dovesse rendere conto che molte condotte abusive possono o devono essere riportate senza troppe difficoltà alle categorie generali dell'*anti-trust* o del *market abuse*, allora occorrerebbe valutare seriamente se questa disciplina meriti di essere mantenuta o se viceversa richieda di essere ridimensionata e semplificata, in favore dell'applicazione delle regole generali che valgono per tutti i mercati delle *commodities* e dei prodotti finanziari.

Confido che anche su questo rischio il dibattito di oggi possa fornire indicazioni significative.

La manipolazione dei mercati energetici all'ingrosso

Francesco Sclafani

1. Il Remit dedica alla manipolazione del mercato una norma dal contenuto lapidario, l'art.5: *“È fatto divieto di effettuare, o tentare di effettuare, manipolazioni di mercato nei mercati dell'energia all'ingrosso”*.

Si tratta di una disposizione che, oltre a dire tutto e niente, esprime, a prima vista, il principio fondamentale che sta alla base di qualsiasi norma antitrust, ovvero che il funzionamento del libero mercato non deve essere alterato o manomesso dalle imprese attraverso condotte artificiali, perché gli illeciti antitrust che siamo abituati a conoscere (cartelli, pratiche concordate e abusi di posizione dominante) altro non sono – in buona sostanza – che manomissioni del mercato.

V'è poi una seconda norma del Remit, l'art. 13, da cui si desumono due dati rilevanti per cercare di dare una configurazione a questo illecito: a) la manipolazione del mercato rientra nella più ampia nozione di abuso di mercato assieme all'abuso di informazioni privilegiate (c.d. *insider trading*); b) la vigilanza e la repressione di entrambi tali illeciti sono affidate alle autorità nazionali di regolamentazione e non alle autorità antitrust.

Anche l'espressione “abuso di mercato”, di cui la manipolazione è una specie, ci richiama alla mente una nozione antitrust – l'abuso di posizione dominante – della quale costituisce un'evoluzione nata nei mercati finanziari che, essendo caratterizzati da una forte liquidità, sono esposti al rischio di condotte individuali anticoncorrenziali anche ad opera di operatori non dominanti.

Negli ultimi anni la Commissione e la Corte di giustizia UE hanno esteso molto il raggio di azione dell'abuso di posizione dominante fino a comprendere anche le condotte rivolte a manipolare il processo, o la regolazione, o il procedimento amministrativo; quindi ormai anche l'abuso dei diritti fondamentali, come il diritto di azione e di partecipazione nel procedimento amministrativo, può costituire un illecito antitrust. Tuttavia, si tratta pur sempre di un illecito che trova il suo presupposto nello strapotere di mercato derivante da una posizione di dominanza.

L'abuso di mercato invece prescinde da una posizione dominante e quindi rappresenta una nuova frontiera basata sul superamento della dominanza

come necessario presupposto ed unica leva per configurare condotte anti-competitive individuali.

2. V'è poi una terza norma del Remit, l'art. 2, in cui si legge che per manipolazione del mercato si intendono quattro distinte fattispecie riconducibili a due categorie. Ma, a differenza della legislazione americana – che distingue la manipolazione compiuta attraverso il potere di mercato e quella compiuta con artifici o raggiri – il Remit segue la classificazione dei mercati finanziari distinguendo tra due diverse categorie: a) le operazioni di mercato manipolative; b) la divulgazione di informazioni false e tendenziose.

Le varie forme di manipolazione sono illustrate nelle linee guida dell'ACER attraverso alcuni esempi tratti dalle esperienze dei regolatori nazionali e dei mercati finanziari.

Secondo il Remit le operazioni di mercato manipolative sono tre: 1) operazioni false ed ingannevoli: consistono in una transazione o un ordine che fornisca, o sia suscettibile di fornire, indicazioni false o tendenziose in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo; tra gli esempi contenuti nelle linee guida dell'ACER si segnalano: a) *wash trade*: acquisto e vendita simultanea degli stessi prodotti al fine di far risultare un volume di scambi superiore e quindi un artificioso aumento della domanda; b) *improper matched orders*: l'incrocio di un acquisto ed una vendita simultanei per lo stesso prezzo e la stessa quantità di prodotti tra due parti colluse; c) *ordini effettuati senza l'intenzione di eseguirli*: si tratta di ordini, specialmente nei sistemi di scambio elettronico, ad un prezzo più alto/più basso rispetto a quello di mercato con l'intenzione di non eseguirli ma di dare l'impressione che vi sia una domanda o un'offerta a quel prezzo;

2) operazioni con artifici o raggiri: una transazione o un ordine che utilizzi, o tentino di utilizzare, un artificio o raggirio idoneo ad inviare segnali falsi o tendenziosi in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo; anche qui l'ACER indica alcuni esempi significativi: a) *pump and dump*: consiste nel far lievitare artificialmente il prezzo di un prodotto acquistato a buon mercato con l'obiettivo di rivenderlo ad un prezzo gonfiato; in passato avveniva attraverso telefonate oggi è possibile raggiungere via mail un numero sempre più elevato di utenti in pochi secondi per indurli all'acquisto con l'inganno; b) *circular trading*: uno schema fraudolento secondo il quale viene effettuata una vendita sapendo che contemporaneamente viene effettuato un acquisto compensativo per la stessa quantità di prodotto e allo stesso prezzo; c) *pre arranged trading*: vendita di prodotti ad un prezzo concordato in anticipo;

3) posizionamento dei prezzi: una transazione o un ordine che consentano, o siano intesi a consentire, di fissare il prezzo ad un livello artificioso, a meno che il soggetto dimostri che le sue motivazioni sono legittime e che la sua condotta è conforme alle prassi di mercato; qui gli esempi più significativi dell'ACER sono: a) *marking the close*: l'acquisto o la vendita alla chiusura della giornata per alterare il prezzo di chiusura; b) *abusive squeeze* o *market corner*: i soggetti che hanno una significativa influenza sulla domanda o sull'offerta abusano della loro posizione al fine di alterare artificiosamente il prezzo; c) *cross market manipulation*: conclusione di operazioni in un mercato con lo scopo di influenzare artificialmente il prezzo di un prodotto collegato in un altro mercato.

La quarta figura manipolativa è la diffusione di informazioni false o ingannevoli in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo purché il soggetto sappia

o sia tenuto a sapere che l'informazione è falsa o tendenziosa. A differenza dell'*insider trading* che consiste nello sfruttamento abusivo di informazioni privilegiate quest'ultima figura manipolativa consiste nella mera diffusione di informazioni false o ingannevoli senza che sia accompagnata da alcuna operazione di mercato.

Qui sono interessanti due puntualizzazioni fatte dall'ACER: a) l'ingannevolezza può derivare anche dalla omissione di una "*informazione privilegiata*"; b) la diffusione può avvenire anche per fatti concludenti, infatti nelle linee guida viene fatto il singolare esempio dello spostamento fisico di un deposito di merci per creare un'impressione ingannevole in relazione all'offerta o alla domanda.

Queste quattro figure, attraverso le quali può manifestarsi la manipolazione di mercato, vengono descritte nel Remit come condotte commissive (si parla di "*transazione, ordine, diffusione*") il che porterebbe ad escludere l'ipotesi di una manipolazione posta in essere con una condotta omissiva: ad es. l'astensione da un'operazione di mercato per finalità manipolative. Tuttavia, nelle linee guida dell'ACER viene fatto l'esempio di una condotta omissiva consistente nel non offrire produzione, capacità di stoccaggio o trasporto disponibili, senza una giustificazione e con l'intento di alzare il prezzo. Si tratta di una fattispecie manipolativa nota nell'esperienza americana come "trattenimento fisico" che però non mi pare compatibile con la lettera del Remit, a meno che non si ritenga che l'intenzionale astensione da una operazione di mercato sia essa stessa un'operazione di mercato.

Inoltre, nel descrivere queste fattispecie manipolative il legislatore comunitario sottolinea che ciò che rileva è il carattere manipolativo della condotta in sé a prescindere dalla realizzazione di un effetto manipolativo il che vuol dire che si tratta di un illecito di pericolo e non di danno.

3. L'art. 5 del Remit vieta espressamente anche la tentata manipolazione del mercato, purché il tentativo sia accompagnato ovviamente da un'intenzione manipolativa. Considerato che si tratta di un illecito di pericolo (perché come abbiamo visto basta solo il rischio di un effetto manipolativo) la soglia di punibilità risulta essere molto anticipata. E lo è anche rispetto agli illeciti anti-trust che sono anch'essi illeciti di pericolo – in quanto l'offensività è data dall'oggetto e non anche dall'effetto anticoncorrenziale – nei quali però non è configurabile il tentativo.

Una soglia di punibilità così arretrata, peraltro per un illecito dai contorni tutt'altro che definiti, potrebbe rivelarsi un boomerang perché si corre il rischio di reprimere troppo o troppo poco.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo va ricordata la regola generale secondo la quale negli illeciti amministrativi basta la colpa che peraltro, secondo una consolidata giurisprudenza, si presume salvo prova contraria. Tuttavia, nella fattispecie mi sembra difficile configurare una responsabilità per colpa in quanto nella manipolazione del mercato l'elemento intenzionale ha un ruolo non secondario per tre ragioni: a) la natura stessa dell'illecito perché il concetto di manipolazione, ed il modo in cui viene delineato sia nel Remit che nelle linee guida dell'ACER, implica la consapevolezza e l'intenzione di compiere un atto contrario al regolare funzionamento del mercato; b) ipotizzare una manipolazione non intenzionale, peraltro di mero pericolo, significherebbe delineare una responsabilità delle imprese che non mi sembra compatibile con le dinamiche di mercato e con una sana competitività che implica anche con-

dotte aggressive; c) infine, va ricordato il principio di diritto punitivo secondo il quale non è configurabile il tentativo negli illeciti colposi, quindi se viene punito anche il tentativo vuol dire che l'intento manipolativo ha un ruolo essenziale ai fini della responsabilità.

Del resto, tre delle quattro fattispecie in cui si sostanzia la manipolazione del mercato si realizzano attraverso la diffusione di informazioni false o tendenziose oppure artifici o raggiri che di per sé implicano un intento ingannatorio. Per la quarta (il c.d. posizionamento dei prezzi) è prevista la scriminante della *“pratica di mercato accettabile”* secondo la quale l'autore della condotta può dimostrare di aver agito per motivazioni legittime secondo la prassi di mercato, dove la parola *“motivazione”* sta ad indicare *“l'intenzione”* perseguita dall'operatore.

Infine, per quanto riguarda il bene giuridico tutelato esso è collegato al grado di trasparenza del mercato: nessun mercato è caratterizzato da totale trasparenza o totale opacità e la manipolazione consiste per l'appunto nello sfruttamento delle asimmetrie informative per alterare in modo artificioso le dinamiche concorrenziali. Quindi l'offensività dell'illecito può essere identificata in un attentato all'integrità e alla trasparenza del mercato, nel senso che viene fatto divieto di mettere in pericolo o di tentare di mettere in pericolo (ed è qui l'anticipazione della soglia di punibilità) la funzione allocativa del mercato derivante dalla regolare interazione della domanda e dell'offerta in condizioni di piena trasparenza.

L'esperienza dei mercati finanziari, dove è nato il *market abuse*, è senz'altro utile per individuare in concreto questa offensività purché però si tenga conto che i mercati energetici, essendo molto meno liquidi, sono fisiologicamente caratterizzati da un diverso livello di trasparenza.

4. Da questa sommaria analisi emerge che la manipolazione del mercato è una figura molto sfuggente, tant'è che il Remit, invece di darne una definizione, si limita ad indicare un elenco di fattispecie non del tutto chiare e le linee guida dell'ACER – ormai giunte alla quarta edizione e dichiaratamente finalizzate a *“riempire di significato un concetto indefinito”* (così vi si legge) – non vanno al di là di una lista di esempi o di segnali diagnostici presi dall'esperienza. Si tratta quindi di una nozione sostanzialmente empirica ed in costante evoluzione come si desume anche dall'art. 6 del Remit in cui si prevede un aggiornamento della lista delle fattispecie manipolative che tenga conto degli sviluppi del mercato.

Del resto anche gli americani, che hanno molta più esperienza in argomento, dicono che la manipolazione si riconosce solo quando la si vede (*“I know it when I see it”*) ed una Corte statunitense è arrivata a dire che *“solo l'ingenuità dell'uomo costituisce un limite all'individuazione delle fattispecie manipolative”*.

Il che pone non pochi problemi in termini di certezza per gli operatori del mercato e quindi di rispetto del principio di legalità sotto il profilo della determinatezza e tassatività della fattispecie incriminatrice. Da più parti è stato infatti segnalato il rischio che tale indeterminatezza possa portare ad un *enforcement* inefficiente caratterizzato da *“falsi positivi”* (condotte manipolative che passano indenni) e *“falsi negativi”* (condotte lecite perseguite come manipolative).

La maggiore incertezza riguarda la figura del posizionamento dei prezzi che consiste in un'operazione di mercato idonea a fissare il prezzo ad un livello artificioso. Qui il 13° considerando del Remit ci dice che per artificioso si in-

tende un prezzo *“non giustificato dall’interazione della domanda e dell’offerta o dalla disponibilità effettiva di capacità di produzione, di stoccaggio o di trasporto”*.

Ma il problema è capire quand’è che il prezzo non è giustificato da questa interazione visto non è stato ancora inventato l’algoritmo che ci consente di individuare il giusto prezzo di mercato. E nemmeno le linee guida dell’ACER offrono un aiuto perché l’Agenzia si limita ad affermare che *“il comportamento degli operatori deve essere coerente con i loro vincoli tecnici ed economici in modo da conformarsi con il diritto della concorrenza, specialmente riguardo all’esercizio del potere di mercato”*.

A dir la verità anche l’abuso di posizione dominante è un illecito dai contorni sfumati tuttavia essa ha un punto di riferimento ben definito: lo strapotere di mercato del dominante usato come arma anticoncorrenziale. Invece il c.d. posizionamento di prezzi non ha nessun punto di riferimento perché riguarda qualunque condotta che per il sol fatto di essere irrazionale può essere ritenuta artificiosa e suscitare quindi il sospetto di un intento manipolativo.

In buona sostanza gli strumenti con cui si può manipolare il mercato sono tre: a) l’inganno; b) il potere di mercato; c) una condotta economica irrazionale.

Mentre sull’inganno e sul potere di mercato possiamo attingere alla prassi e alla giurisprudenza in materia consumeristica e antitrust, il problema è capire quand’è che una condotta economica irrazionale può essere considerata manipolativa. Dall’esperienza americana emergono tre criteri: 1) deve trattarsi di un comportamento non conveniente, cioè di una scelta non economicamente ragionevole e quindi artefatta; 2) deve essere idonea ad alterare le dinamiche concorrenziali rispetto alla normale interazione tra domanda ed offerta (e questo è il punto più delicato); 3) deve essere idonea a portare un successivo beneficio al manipolatore come conseguenza della suddetta alterazione.

Più di questo mi sembra difficile poter dire per dare un po’ di determinatezza a questa figura di illecito così sfumata.

5. Infine, qualche considerazione sull’enforcement che il legislatore comunitario ha affidato alle autorità nazionali di regolazione.

Innanzitutto, mi sembra evidente che la manipolazione del mercato non è un illecito regolatorio in quanto ha tutte le caratteristiche di un illecito antitrust visto che la sua offensività non riguarda il rispetto della regolazione ma l’integrità del mercato e quindi il rispetto della concorrenza.

In secondo luogo, essa si realizza attraverso condotte che possono anche coincidere con i classici illeciti antitrust (nelle linee guida dell’Acer ci sono esempi di condotte manipolative realizzate attraverso la collusione o un’influenza di mercato che potrebbe coincidere con una dominanza). Il che rischia di creare un nuovo conflitto di competenze con problemi di *ne bis in idem* tra l’Autorità per l’energia e l’Antitrust analogo a quello delle pratiche commerciali scorrette. Ed è per questo che il Remit invita i regolatori a cooperare con le autorità antitrust.

Un esempio di tale cooperazione ci è offerto da un procedimento avviato recentemente dal Regolatore italiano ai sensi del Remit relativo a sospette strategie di programmazione nel mercato del dispacciamento ritenute non coerenti con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza che dovrebbero caratterizzare il comportamento di un operatore razionale.

È interessante notare che il procedimento non è stato avviato per sanzionare la sospetta manipolazione del mercato ma per compiere un intervento rego-

latorio ovvero adottare misure prescrittive e di regolazione asimmetrica, con espressa riserva di avviare eventualmente un procedimento sanzionatorio.

Tuttavia, il Regolatore sembrerebbe essersi poi spogliato della sua competenza sanzionatoria perché ha sciolto la riserva segnalando il caso all'Antitrust che ha avviato due procedimenti per abuso di posizione dominante (uso il condizionale perché il Regolatore nel rimettere il caso all'Antitrust non ha espressamente archiviato l'ipotesi di un suo avvio sanzionatorio).

Questo primo esempio di collaborazione induce ad alcune considerazioni:

a) di fronte ad un sospetto di manipolazione del mercato il Regolatore non tradisce la sua natura: avvia per regolare, non per sanzionare e poi fa un passo indietro segnalando il caso all'Antitrust; questo è un approccio prudente in linea col principio del *ne bis in idem* secondo il quale le imprese non possono essere chiamate a rispondere due volte per lo stesso fatto;

b) tuttavia resta un problema di *ne bis in idem* di tipo regolatorio ovvero di sovrapposizione tra le misure prescrittive che saranno adottate dal Regolatore e quelle che saranno adottate dall'Antitrust in caso di accertamento dell'abuso di posizione dominante che è sempre accompagnato da una diffida diretta a rimuovere la condotta abusiva o i suoi effetti;

c) di fronte ad un Regolatore che cede il passo all'Antitrust non va sottovalutato il rischio che quest'ultima possa essere indotta ad estendere la nozione di dominanza fino a farla coincidere con un potere di mercato che sia appena sufficiente per perseguire un intento manipolativo il che finirebbe per ricondurre sempre la manipolazione nell'ambito dell'abuso di posizione dominante e quindi nella competenza sanzionatoria dell'Antitrust.

È evidente comunque che l'attribuzione del potere di enforcement al Regolatore incide sugli equilibri tra funzione regolatoria e funzione di garanzia della concorrenza che in Italia siamo stati abituati a concepire come due funzioni distinte in quanto il Regolatore opera *ex ante* per creare la concorrenza che non c'è mentre l'Antitrust opera *ex post* per garantire la concorrenza che c'è.

Questo modello è ormai in via di superamento perché stiamo assistendo ad un fenomeno di sempre maggiore confusione dei due ruoli attraverso l'attribuzione di funzioni regolatorie all'Antitrust (oltre alla diffida si pensi agli impegni) e di funzioni antitrust al Regolatore di cui il Remit è l'ultima dimostrazione.

Quindi possiamo dire che il Remit segna il passaggio da una funzione antitrust centralizzata (con un garante della concorrenza per tutti i mercati) ad una funzione antitrust distribuita in cui un importante illecito antitrust (l'abuso di mercato) è affidato all'enforcement delle varie autorità di regolazione di settore (Autorità per l'energia, Consob).

Mentre facevo questa riflessione ho scoperto però che è in discussione al Senato un disegno di legge (A.S. 2388) che va in una direzione diametralmente opposta, ovvero una centralizzazione esasperata di queste due funzioni, in quanto prevede l'accorpamento delle principali autorità di regolazione e di garanzia (AGCOM, AGCM, AEEGSI, ART e Garante privacy) in un'unica Superautorità che concentrerebbe in sé sia le funzioni regolatorie che quelle di vigilanza nei principali mercati regolamentati

Gli esempi stranieri a cui si ispira questa riforma (in particolare quello spagnolo) ci hanno insegnato che questo accorpamento non migliorerebbe affatto l'efficienza né della regolazione né della funzione antitrust, ma questa è tutta un'altra storia.

L'insider trading e gli obblighi di disclosure disciplinati dal Regolamento (UE) n. 1227/2011

Luigi Arturo Bianchi-Ilaria Cera

1. Il Regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 ("Remit") si applica alla negoziazione di prodotti energetici all'ingrosso (art. 1(2)). La Remit stabilisce *inter alia* regole volte a vietare abusi di mercato, ad esempio attraverso (i) le fattispecie di *insider trading* (art. 3); (ii) di *market manipulation* (art. 5); (iii) i poteri di *monitoring* dell'*Agency for the Cooperation of Energy Regulators* ("Acer") e delle *National Regulatory Authorities* ("NRA") (art. 7) e la raccolta di dati mediante iscrizione in un apposito registro delle operazioni sui mercati dell'energia all'ingrosso (c.d. *reporting*) (art. 8); (iv) l'obbligo di pubblicità delle informazioni privilegiate (art. 4); e (v) l'applicazione delle sanzioni pecuniarie amministrative, salvo che il fatto costituisca reato (art. 22, commi 4 – 8, Legge 30 ottobre 2014, n. 161).

In via preliminare deve rammentarsi che, in forza di quanto prevedono gli artt. 1(2) e 2, n. 4, le disposizioni della Remit si applicano, indipendentemente dal luogo e dalla modalità, alle negoziazioni di prodotti energetici all'ingrosso aventi ad oggetto energia elettrica o gas naturale. Esempi di tali negoziazioni possono essere costituiti da (a) contratti per la fornitura di energia elettrica o di gas naturale, qualora la consegna degli stessi avvenga nell'Unione Europea; (b) derivati riguardanti l'energia elettrica o il gas naturale prodotti, commercializzati o consegnati nell'Unione Europea; e (c) contratti e derivati relativi al trasporto di energia elettrica o di gas naturale nell'Unione Europea.

Si noti che non sono qualificabili come prodotti energetici all'ingrosso e, pertanto, non costituiscono oggetto delle previsioni della Remit, i contratti per la fornitura e la distribuzione di energia elettrica o di gas naturale destinati all'impiego da parte di clienti finali, per tali ultimi intendendosi i clienti che acquistano elettricità o gas naturale per uso proprio. Nondimeno, deve parimenti sottolinearsi che detti contratti ricadono nella definizione di prodotti energetici all'ingrosso qualora destinati a clienti finali con una capacità di consumo annua pari o superiore al valore soglia di 600 GWh.

In generale, la disciplina della Remit si applica agli operatori di mercato, *i.e.* persone, fisiche o giuridiche, inclusi i gestori dei sistemi di trasmissione, che eseguono operazioni, compresa la trasmissione di ordini di compravendita, in uno o più mercati energetici all'ingrosso (art. 2, n. 7). A tale proposito, l'art. 2, n. 6, Remit definisce detti mercati come "*un mercato all'interno del Unione in cui sono negoziati prodotti energetici all'ingrosso*", sì che, di conseguenza, sono ricompresi in tale definizione i mercati regolamentati, le *multilateral trading facilities* (MTF) e i mercati *over-the-counter* (OTC).

2. Ai sensi dell'art. 4(1) Remit: "*Gli operatori di mercato comunicano al pubblico in modo efficace e in tempo utile le informazioni privilegiate di cui dispongono in relazione alle imprese o agli stabilimenti che l'operatore di mercato interessato, l'impresa madre o un'impresa collegata possiede o controlla oppure per i cui aspetti operativi l'operatore di mercato o l'impresa è responsabile in tutto o in parte. Le informazioni comunicate al pubblico comprendono quelle riguardanti la capacità e l'uso degli stabilimenti di produzione, stoccag-*

gio, consumo o trasporto di energia elettrica o gas naturale o quelle riguardanti la capacità e l'uso di impianti di [gas naturale liquefatto], inclusa l'eventuale indisponibilità pianificata o non pianificata di tali impianti”.

Inoltre: “Qualora un operatore di mercato o una persona che agisca in suo nome o per suo conto divulghi informazioni privilegiate su un prodotto energetico all'ingrosso nel normale esercizio del proprio lavoro o della propria professione o nell'adempimento delle proprie funzioni secondo quanto previsto [dall'art. 3(1), lett. b), Remit] detto operatore di mercato o detta persona è tenuto a comunicare simultaneamente tali informazioni al pubblico in modo completo ed efficace. In caso di comunicazione pubblica non intenzionale l'operatore di mercato garantisce una comunicazione completa ed efficace delle informazioni il prima possibile dopo la divulgazione non intenzionale”. Tuttavia, tale previsione non si applica se la persona che riceve le informazioni ha “un obbligo di riservatezza, indipendentemente dal fatto che tale obbligo discenda da una legge, da una normativa, da uno statuto oppure da un contratto” (ex art. 4(3) Remit).

Alla luce di quanto precede, la *disclosure* richiesta dalla Remit deve essere (x) specifica, (y) oggettiva e (z) concisa. Pertanto, qualora la comunicazione al mercato si riveli incompleta, ovvero se resa pubblica in maniera non conforme alle previsioni Remit, la stessa verrà considerata una *non-effective disclosure* e, per l'effetto, la condotta dell'operatore di mercato sarà ritenuta in violazione del disposto dell'art. 4(1) Remit *supra* riportato.

2.1. È previsto un dual approach per consentire una simultanea, completa ed effettiva comunicazione al pubblico dell'informazione privilegiata attraverso:

- piattaforme dedicate, quali, ad esempio, quelle gestite da GME, TSOs, Nord Pool Spot e EEX Transparency; e
- siti web degli operatori di mercato, non necessariamente in alternativa alle piattaforme di cui al punto precedente. Infatti, la pubblicazione deve essere tale da rendere l'informazione privilegiata disponibile presso il pubblico nella maniera più ampia. Ad esempio, è possibile soddisfare l'obbligo di disclosure anche attraverso il ricorso ai media.

In aggiunta, al fine di soddisfare l'obbligo di pubblicazione dell'informazione privilegiata nella maniera più conforme al disposto Remit, l'Acer ha previsto dei requisiti minimi per entrambi i canali di informazione citati, tra i quali:

- a) l'informazione deve essere resa accessibile liberamente e gratuitamente;
- b) deve essere resa disponibile anche attraverso i feed RSS al fine di un facile e veloce accesso da parte del pubblico;
- c) l'informazione pubblicata deve rimanere a disposizione del pubblico per un periodo almeno pari a 2 anni;
- d) deve essere pubblicata anche in lingua inglese.

Al fine di garantire la simultanea, completa ed efficiente *disclosure*, la pubblicazione dell'informazione privilegiata deve altresì essere effettuata in un momento temporalmente antecedente alla (i) negoziazione di prodotti energetici all'ingrosso; e (ii) raccomandazione a terzi di effettuare operazioni di *trading* sui prodotti energetici all'ingrosso.

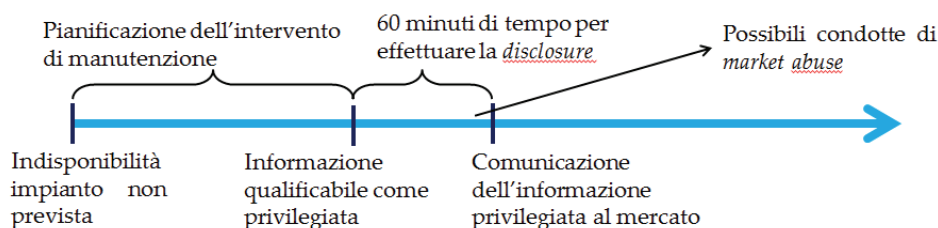
In particolare, detta pubblicazione dovrebbe avvenire il prima possibile, al più tardi entro un'ora. A tale proposito, l'Autorità auspica per gli operatori di mercato lo sviluppo di un piano di *compliance* per la pubblicazione in tempo reale di informazioni privilegiate.

Nondimeno, il momento di effettiva conoscenza e disponibilità dell'informa-

zione privilegiata, e la sua conseguente *disclosure* al mercato al più tardi in un'ora di tempo, potrebbe rischiare di essere allocato in maniera arbitraria da parte dell'operatore di mercato, in quanto il processo di formazione dell'informazione privilegiata è a carattere progressivo.

Si pensi a un operatore di mercato che sia venuto a conoscenza di una indisponibilità di un impianto di produzione dell'energia elettrica e, pertanto, che si renda necessario un intervento di manutenzione sull'impianto medesimo. Il processo di pianificazione della manutenzione sull'impianto potrebbe richiedere del tempo per essere definitivamente approntato e, ai fini della *disclosure* al mercato, il momento in cui l'informazione potrebbe assumere il carattere privilegiato – e, per l'effetto, debba formare oggetto di comunicazione al pubblico attraverso i mezzi di comunicazione idonei a tale fine ai sensi della Remit entro un'ora – si dimostra in realtà non definibile *ex ante* da parte dell'operatore di mercato. Anzitutto in quanto la manutenzione potrebbe costituire un rimedio ad una emergenza impiantistica; inoltre, comunicare entro 60 minuti l'informazione al mercato potrebbe comunque dare spazio ad eventuali condotte ascrivibili a condotte di *insider trading* e *market manipulation* da parte dell'operatore di mercato (v. Figura 1).

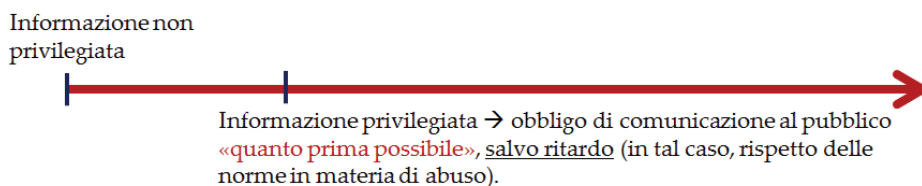
Figura 1



2.2. È opportuno accennare ai profili attinenti alla disclosure – sancita, dapprima, dal TUF e, poi, dal Regolamento (UE) n. 596/2014 «MAR» – così come disposti, rispettivamente, dall'art. 187-bis TUF e dall'art. 7(1) MAR, trattandosi di disciplina che ha esplicitamente ispirato quella contenuta nella Remit.

Mentre il Tuf stabilisce che, *“fermi gli obblighi di pubblicità previsti da specifiche disposizioni di legge, gli emittenti quotati comunicano al pubblico, senza indugio, le informazioni privilegiate di cui all'articolo 181 che riguardano direttamente detti emittenti e le società controllate. La Consob stabilisce con regolamento le modalità e i termini di comunicazione delle informazioni, ferma restando la necessità di pubblicazione tramite mezzi di informazione su giornali quotidiani nazionali, detta disposizioni per coordinare le funzioni attribuite alla società di gestione del mercato con le proprie e può individuare compiti da affidarle per il corretto svolgimento delle funzioni previste dall'articolo 64, comma 1, lettera b)”* (art. 114, comma 1, TUF), la recente disciplina, contenuta nella c.d. MAR, prescrive che *“l'emittente comunica al pubblico, quanto prima possibile, le informazioni privilegiate che riguardano direttamente detto emittente”* (art. 7(1) MAR) (v. Figura 2).

Figura 2



3. Ai sensi dell'art. 181, comma 1, TUF *“per informazione privilegiata si intende un'informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari”*.

Tale informazione possiede le seguenti caratteristiche: (i) precisione; (ii) natura non pubblica; (iii) concerne, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari; e (iv) è *price sensitive*.

In base al disposto dell'art. 2 Remit, l'informazione privilegiata è *“un'informazione che ha carattere preciso, che non è stata resa pubblica, che concerne, direttamente o indirettamente, uno o più prodotti energetici all'ingrosso e che, se resa pubblica, potrebbe verosimilmente influire in modo sensibile sui prezzi di tali prodotti”*.

Conformemente alla definizione contenuta nel TUF, l'informazione privilegiata ai sensi della Remit (a) ha carattere preciso; (b) è di natura non pubblica; (c) concerne, direttamente o indirettamente, uno o più prodotti energetici all'ingrosso; e (d) gode della *price sensitivity*.

Nei paragrafi seguenti saranno messe a confronto le principali previsioni in tema di *inside information* contenute, rispettivamente, nella Remit, nella MAR e nel TUF.

L'art. 2, n. 1, 3° par., Remit stabilisce che *“un'informazione è ritenuta avere carattere preciso se si riferisce a un complesso di circostanze esistente o di cui si possa ragionevolmente ritenere che verrà ad esistere, o a un evento verificatosi o di cui si possa ragionevolmente ritenere che si verificherà e se tale informazione è sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni sul possibile effetto di detto complesso di circostanze o di detto evento sui prezzi dei prodotti energetici all'ingrosso”*.

Secondo quanto prescrive l'art. 7, comma 2, MAR l'informazione rilevante ai presenti fini *“fa riferimento a una serie di circostanze esistenti o che si può ragionevolmente ritenere che vengano a prodursi o a un evento che si è verificato o del quale si può ragionevolmente ritenere che si verificherà e [...] tale informazione è sufficientemente specifica da permettere di trarre conclusioni sul possibile effetto di detto complesso di circostanze o di detto evento sui prezzi degli strumenti finanziari o del relativo strumento finanziario derivato, dei contratti a pronti su merci collegati o dei prodotti oggetto d'asta sulla base delle quote di emissioni”*.

Da ultimo, ai sensi dell'art. 181, comma 3, TUF l'informazione si riferisce a *“circostanze esistenti o che si può ragionevolmente ritenere che vengano a prodursi”* o a un *“evento che si è verificato o del quale si può ragionevolmente prevedere che si verificherà”* ed è sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni sul possibile effetto sui prezzi.

Ai sensi del TUF, infatti, è attribuita rilevanza anche al processo di forma-

zione dell'informazione privilegiata: l'informazione societaria non nasce direttamente come privilegiata, bensì assume questa qualifica soltanto successivamente al verificarsi di un processo dinamico di stratificazione degli elementi e dei presupposti richiesti dalla definizione normativa.

Inoltre, la necessità di estendere l'applicazione dell'obbligo di informativa anche ad eventi e circostanze non ancora certi si rinviene nella particolarità delle informazioni societarie di assumere significatività (*i.e.* per le aspettative generate, per la possibile influenza sui prezzi degli strumenti finanziari collegati, *etc.*) anche qualora non siano ancora determinate in modo definitivo.

Ai sensi dell'art. 7, comma 2, MAR, è espressamente previsto che nel caso di fattispecie a formazione progressiva (*i.e.* operazioni di acquisizione, fusioni, aumento di capitale, *etc.*) anche le c.d. tappe intermedie di tali fattispecie possono costituire, di per sé, informazioni privilegiate, infatti: *“Nel caso di un processo prolungato che è inteso a concretizzare, o che determina, una particolare circostanza o un particolare evento, tale futura circostanza o futuro evento, nonché le tappe intermedie di detto processo che sono collegate alla concretizzazione o alla determinazione della circostanza o dell'evento futuri, possono essere considerate come informazioni aventi carattere preciso”*.

3.1. Ai sensi del TUF e della MAR, l'informazione non deve essere stata ancora resa diffusa al mercato. Ai fini Remit, viceversa, un requisito necessario e sufficiente alla pubblicità dell'informazione consiste nella sua divulgazione, in maniera simultanea, ad un numero imprecisato ed indiscriminato di soggetti. La ratio di tale previsione risiede nel ridurre l'asimmetria informativa, permettendo una parità di accesso all'informazione da parte del pubblico.

Con riguardo al requisito circa la natura non pubblica dell'informazione, l'ACER precisa nelle *Guidelines* che la pubblicazione dell'informazione attraverso i servizi di trasmissione in tempo reale dell'informazione (*e.g.* società che misurano la produzione in tempo reale di centrali elettriche e vendono le relative informazioni ai sottoscrittori del relativo servizio) può essere considerata adeguata ai fini Remit. (*v. infra*).

3.2. Ai sensi della MAR, l'informazione *price sensitive* consiste nell'informazione che *“se comunicata al pubblico, avrebbe probabilmente un effetto significativo sui prezzi degli strumenti finanziari, degli strumenti finanziari derivati, dei contratti a pronti su merci collegati o dei prodotti oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni, s'intende un'informazione che un investitore ragionevole probabilmente utilizzerebbe come uno degli elementi su cui basare le proprie decisioni di investimento”*.

Parimenti, ex TUF viene in rilievo l'informazione che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari.

Per la Remit, l'informazione è da considerarsi privilegiata se le circostanze che ne formano la base, una volta rese pubbliche, potrebbero potenzialmente influire sui prezzi di un prodotto energetico all'ingrosso. Pertanto, non è richiesto dalla Remit un effetto reale sui prezzi relativi ai prodotti energetici all'ingrosso, essendo necessaria e sufficiente l'attitudine di detta informazione ad influire sui prezzi medesimi.

In merito, l'ACER ha fornito degli indicatori della *price sensitivity* dell'informazione, quali:

- la tipologia di informazione è la stessa di un'informazione che, in passato, ha avuto un effetto significativo sui prezzi;

- da precedenti studi, rapporti e pareri sugli effetti sui prezzi di un determinato tipo di informazione è indicato che l'informazione in oggetto ha effetto sui prezzi;
- l'operatore di mercato ha trattato in passato eventi simili come informazione privilegiata;
- un altro ragionevole operatore di mercato ha trattato in passato eventi simili come informazione privilegiata.

3.3. Ai sensi della MAR e del TUF, l'informazione concerne direttamente o indirettamente uno o più emittenti/strumenti finanziari. Invece, ai fini Remit, la stessa concerne, direttamente o indirettamente, uno o più prodotti energetici all'ingrosso.

Di seguito si riportano alcuni esempi di inside information ai sensi di TUF e MAR e della Remit con riferimento a fattispecie che possono concretamente verificarsi nella operatività societaria e aziendale.

TUF e MAR

- Nomina o revoca di consiglieri d'amministrazione o di sindaci;
- operazioni di fusione o scissione;
- operazioni sulle azioni proprie;
- compravendita di partecipazioni, di altre attività o di rami d'azienda;
- richiesta di ammissione a procedure concorsuali;
- operazioni con parti correlate;
- ingresso in, o uscita da, un settore di business;
- rinuncia all'incarico da parte della società di revisione legale dei conti;
- cambiamenti nel personale strategico della società;
- controversie legali;
- operazioni sul capitale;
- emissione di obbligazioni e altri titoli di debito;
- modifiche dei diritti degli strumenti finanziari quotati;
- perdite di misura tale da intaccare in modo rilevante il patrimonio netto;
- conclusione, modifica o cessazione di contratti o accordi rilevanti;
- conclusione di processi relativi a beni immateriali quali invenzioni, brevetti o licenze su di essi;
- presentazione di istanze o promulgazione di provvedimenti di assoggettamento a procedure concorsuali.

Remit

Qualora siano idonee a influenzare l'andamento dei prezzi dei prodotti energetici all'ingrosso, possono essere considerate privilegiate le seguenti informazioni inerenti alla capacità, all'uso e alle indisponibilità, programmate o meno, di:

- impianti per la produzione di elettricità o gas naturale;
- impianti di stoccaggio di elettricità o gas naturale;
- impianti per il consumo di elettricità o gas naturale;
- impianti per la trasmissione;
- impianti di gas naturale liquido.

Inoltre, per le stesse ragioni sopra esposte, possono essere considerate informazioni privilegiate le informazioni rilasciate in ottemperanza a (i) disposizioni normative e regolamentari dell'Unione Europea; (ii) regole di mercato; (iii) contratti; e (iv) prassi di mercato.

4. Ai sensi dell'art. 4(1) Remit, *“gli operatori di mercato comunicano al pubblico in modo efficace e in tempo utile le informazioni privilegiate di cui dispongono in relazione alle imprese o agli stabilimenti che l'operatore di mercato interessato, l'impresa madre o un'impresa collegata possiede o controlla oppure per i cui aspetti operativi l'operatore di mercato o l'impresa è responsabile in tutto o in parte. Le informazioni comunicate al pubblico comprendono quelle riguardanti la capacità e l'uso degli stabilimenti di produzione, stoccaggio, consumo o trasporto di energia elettrica o gas naturale o quelle riguardanti la capacità e l'uso di impianti di GNL, inclusa l'eventuale indisponibilità pianificata o non pianificata di tali impianti”*.

Secondo, invece, l'art. 17(1) MAR, *“l'emittente comunica al pubblico, quanto prima possibile, le informazioni privilegiate che riguardano direttamente detto emittente [e] garantisce che le informazioni privilegiate siano rese pubbliche secondo modalità che consentano un accesso rapido e una valutazione completa, corretta e tempestiva delle informazioni da parte del pubblico. [...] L'emittente pubblica e conserva sul proprio sito per un periodo di almeno cinque anni tutte le informazioni privilegiate che è tenuto a comunicare al pubblico”*.

“Gli articoli 12 e 15 [manipolazione del mercato] si applicano anche [...] ai contratti a pronti su merci che non sono prodotti energetici all'ingrosso, se un'operazione, ordine di compravendita o condotta ha o è probabile che abbia o è finalizzato ad avere, un effetto sul prezzo o sul valore di uno strumento finanziario [soggetto alla disciplina della MAR]” (art. 2(2) MAR).

Inoltre, il Considerando 51 MAR prevede che *“l'obbligo di comunicare informazioni privilegiate deve essere destinato ai partecipanti al mercato delle quote di emissioni. [...] Laddove i partecipanti al mercato delle quote di emissioni si conformano già a obblighi analoghi di comunicazione delle informazioni privilegiate, in particolare ai sensi del regolamento (UE) n. 1227/2011, l'obbligo di comunicare informazioni privilegiate in ordine alle quote di emissioni non dovrebbe portare a duplicazioni di comunicazioni obbligatorie sostanzialmente dello stesso contenuto”*.

Alla luce dei confronti supra esposti circa le previsioni nell'ambito della *disclosure* delle *inside information*, appare opportuno domandarsi se possa ipotizzarsi che la governance di un operatore di mercato sia idonea a influenzare i prezzi dei prodotti energetici all'ingrosso e, pertanto, formare oggetto di comunicazione al pubblico ai sensi della Remit.

Con particolare riguardo ai mezzi attraverso i quali le informazioni privilegiate sono comunicate al pubblico in una *effective*, nonché *timely*, *manner*, appare opportuno interrogarsi circa l'idoneità ai sensi della Remit del sito *web* dell'operatore di mercato utilizzato come mezzo di diffusione di informazioni privilegiate al pubblico.

A tale proposito, in data 23 maggio 2016 la Commissione europea ha evidenziato in una propria comunicazione rivolta all'ESMA come i partecipanti al mercato delle quote di emissioni rischino di risultare soggetti a un doppio obbligo di comunicazione delle informazioni privilegiate.

In risposta, l'ESMA ha espresso una propria *opinion* in data 17 giugno 2016 in cui ha sostenuto che i requisiti per una efficace *disclosure* delle informazioni privilegiate previste dalla Remit non appaiono equivalenti a quelle stabilite nella MAR. Più precisamente, qualora l'informazione sia qualificabile come privilegiata ai sensi della MAR, le misure previste dalla Remit non paiono sufficienti a raggiungere lo scopo (*i.e.* l'informazione non risulta essere sufficientemen-

te diffusa al pubblico). Tuttavia, l'ESMA non ha chiarito definitivamente la questione, poiché nel *Final Report* del 30 settembre 2016 la stessa Autorità non ha preso posizione sul tema.

In attesa di ulteriori chiarimenti in merito da parte delle competenti Autorità, la prassi attualmente utilizzata dagli operatori di mercato consiste nell'applicare i meccanismi di *disclosure* previsti ai sensi della Remit, a loro senza dubbio applicabile.

Con particolare riferimento alle caratteristiche che le informazioni debbono possedere al fine di formare oggetto di una disclosure al pubblico, è opportuno trattare brevemente la questione circa la possibile interferenza tra le c.d. *transparency information* e le *inside information*.

Infatti, ai sensi dell'art. 2 Remit, ai fini della nozione di informazione privilegiata *supra* delineata, per «informazioni» si devono intendere quelle: (i) “che devono essere rese pubbliche ai sensi dei Regolamenti (CE) n. 714/2009 e (CE) n. 715/2009 [che, insieme alla direttiva (CE) n. 72/2009, formano il c.d. Terzo pacchetto dell'energia], compresi gli orientamenti e i codici di rete adottati ai sensi di detti regolamenti”; (ii) inerenti alla capacità e all'uso “degli impianti di produzione, stoccaggio consumo o trasporto di energia elettrica o gas naturale, ovvero riguardanti la capacità e l'uso di impianti di [gas naturale liquido]”, inclusa la relativa indisponibilità pianificata o meno; (iii) che devono essere rese note ai sensi di legge o regolamenti a livello comunitario o nazionale, “alle regole di mercato e ai contratti o pratiche invalse sul mercato dell'energia all'ingrosso, se e in quanto [le stesse] possano verosimilmente avere un effetto rilevante sui prezzi dei prodotti energetici all'ingrosso”; e (iv) “su cui un operatore di mercato diligente baserebbe in parte la decisione di concludere un'operazione concernente un prodotto energetico all'ingrosso”, ovvero di emettere un ordine di compravendita dello stesso.

Transparency information

- Definite ai sensi dei Regolamenti (CE) n. 714/2009 e (CE) n. 715/2009
- A carattere periodico;
- Ex art. 2(1), lett. a), Remit, le *transparency information* da rendere pubbliche mediante apposite piattaforme ai sensi dei Regolamenti sopra citati possono costituire informazioni privilegiate ai sensi della Remit

Inside information

- Definite dall'art. 2 della Remit;
- *Ad hoc*

Le *inside information* possono di conseguenza consistere nelle informazioni sulle variazioni (di qualunque misura) di capacità o produzione che, per le loro caratteristiche, soddisfano i requisiti delle informazioni privilegiate ai sensi della Remit.

Le *transparency information* possono essere le informazioni relative a indisponibilità programmate pari o superiore a 100 MW di un'unità di consumo (cfr. art. 7 del Regolamento (UE) n. 543/2013).

È utile richiamare alcuni esempi di *disclosure* di *inside information* conformemente a quanto prescrive la Remit.

Esempio 1

- Si è verificata una indisponibilità non programmata di una centrale nucleare in Francia;
- Detto evento rischia di influenzare i prezzi dei prodotti energetici all'ingrosso negoziati sul mercato dell'energia elettrica di riferimento;
- Si rende necessario pianificare dei controlli tecnici *ad hoc*, non programmati, al fine di intervenire su tale indisponibilità;
- Detti controlli tecnici, ancorché di per sé non parrebbero costituire un'informazione a carattere privilegiato, diventano tali in quanto assumono rilevanza ai sensi della Remit.

Esempio 2

- Un operatore di mercato aveva pianificato la manutenzione di una centrale elettrica e aveva comunicato tale evento al mercato a mezzo di un *Urgent Market Message*;
- la manutenzione programmata non è, tuttavia, stata tenuta in considerazione dall'operatore di mercato e dalle condotte dallo stesso poste in essere sul mercato interessato;
- nondimeno, avendo comunicato in maniera completa l'informazione al pubblico, l'operatore di mercato medesimo è stato solamente ammonito da parte della competente NRA.

Caso Elering

- Interruzione del funzionamento di un cavo di trasmissione elettrica tra Estonia e Finlandia per manutenzione e dragaggio da parte di Elering, un operatore di sistemi di trasmissione (TSO) interamente partecipato dalla Repubblica d'Estonia;
- entro 60 minuti dall'approvazione da parte del *Power Control Center*, Elering ha informato il pubblico di tale interruzione al funzionamento;
- sanzione amministrativa pecuniaria pari a Euro 10.000,00 da parte dell'Autorità Antitrust d'Estonia;
- il Tribunale successivamente appellato da Elering ha invece ritenuto che l'evenienza di tale manutenzione non costituiva un'informazione sufficientemente precisa ai sensi dell'art. 2(1) Remit per essere tempestivamente comunicata al pubblico e, pertanto, la condotta posta in essere da Elering è stata ritenuta conforme al disposto dell'art. 4(1) Remit;
- l'Autorità Antitrust ha proposto ricorso avverso il provvedimento del Tribunale avanti la Suprema Corte, che ha definitivamente confermato la decisione del Tribunale medesimo.

Esempio 3

Notifica all'Acer da parte della competente NRA di un'indagine su di una potenziale violazione dell'art. 4 Remit:

- Un operatore di mercato aveva riportato un'indisponibilità non programmata circa alcune centrali elettriche in maniera inconsistente e non conforme con i criteri stabiliti nelle *guidelines* dell'Acer;
- in particolare, alcuni requisiti di IT imposti dalla Remit (i.e. l'uso di RSS *feed* e il periodo pari a 2 anni di mantenimento delle informazioni a disposizione del pubblico) erano stati trascurati; inoltre risultavano assenti anche taluni requisiti inerenti al contenuto di tali *disclosures* (i.e. data e ora della pubbli-

cazione e cronologia delle pubblicazioni di eventi simili); la NRA ha interrogato l'operatore di mercato in merito e lo stesso ha preso l'impegno di adeguare e attuare i miglioramenti richiesti dalla NRA medesima.

Esempio 4

- Pubblicazione da parte di un operatore di mercato di un'informazione concernente il fallimento di una prova di tenuta stagna di una turbina a gas in una centrale elettrica;
- tuttavia, prima di procedere a detta pubblicazione sulla piattaforma dedicata, l'operatore di mercato ha promosso un'offerta su una piattaforma intragiornerale;
- non rientrando nella fattispecie di eccezione stabilita ai sensi dell'art. 3(4) Remit, la competente NRA ha ritenuto che l'operatore di mercato ha posto in essere tale condotta utilizzando l'informazione a carattere privilegiato di cui era in possesso che, pertanto, è risultata in violazione del disposto di cui all'art. 3 Remit;
- tuttavia, il danno prodotto al mercato è risultato di entità trascurabile e, per l'effetto, la NRA ha deciso di lanciare un monito senza imposizione di sanzione alcuna.

4.1. *“Un operatore di mercato può, in via eccezionale e sotto la propria responsabilità, ritardare la divulgazione al pubblico di informazioni privilegiate al fine di non pregiudicare i suoi legittimi interessi, a condizione che tale omissione (i) non sia tale da fuorviare il pubblico, (ii) che l'operatore di mercato sia in grado di assicurare la riservatezza delle informazioni stesse e (iii) che non assuma decisioni concernenti la compravendita di prodotti energetici all'ingrosso sulla base di dette informazioni. In tali circostanze l'operatore di mercato trasmette immediatamente tali informazioni, unitamente alla motivazione del ritardo nella comunicazione al pubblico”, all'ACER e alla competente NRA in conformità all'art. 8(5) Remit (art. 4(2) Remit).*

In ogni caso, la disciplina del ritardo non si applica nei confronti delle autorità di vigilanza (i.e. l'ACER e le competenti NRA): le informazioni privilegiate delle quali viene ritardata la comunicazione al pubblico, corredate da una motivazione dell'applicazione del ritardo medesimo, devono essere trasmesse immediatamente (i.e. senza ritardo) alle stesse autorità.

Diversamente, ex art. 114, comma 3, TUF *“gli emittenti quotati possono, sotto la propria responsabilità, ritardare la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate, al fine di non pregiudicare i loro legittimi interessi, nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla Consob con regolamento, sempre che ciò non possa indurre in errore il pubblico su fatti e circostanze essenziali e che gli stessi soggetti siano in grado di garantirne la riservatezza”.*

Parimenti, ai sensi dell'art. 17, comma 4, MAR *“l'emittente o il partecipante al mercato delle quote di emissioni può ritardare, sotto la sua responsabilità, la comunicazione al pubblico di informazioni privilegiate, a condizione che siano soddisfatte tutte le condizioni seguenti: la comunicazione immediata pregiudicherebbe probabilmente i legittimi interessi dell'emittente o del partecipante al mercato delle quote di emissioni il ritardo nella comunicazione probabilmente non avrebbe l'effetto di fuorviare il pubblico; l'emittente o il partecipante al mercato delle quote di emissioni è in grado di garantire la riservatezza di tali informazioni”.*

5. Ai sensi dell'art. 3(1) Remit, *“è fatto divieto alle persone che dispongono di informazioni privilegiate in relazione a un prodotto energetico all'ingrosso di”*:

– Condotta di *tuyautage*: *“Raccomandare o indurre un'altra persona ad acquisire o cedere prodotti energetici all'ingrosso cui si riferiscono dette informazioni”*.

– Condotta di *trading*: *“Utilizzare tali informazioni acquisendo o cedendo, o cercando di acquisire o cedere, per conto proprio o per conto di terzi, direttamente o indirettamente, prodotti energetici all'ingrosso cui le informazioni si riferiscono”*.

– Condotta di *tipping*: *“Comunicare informazioni privilegiate a un'altra persona se non nell'ambito del normale esercizio del proprio lavoro, professione o mansioni”*.

In base all'art. 3(5) Remit, i divieti delle condotte di abuso di informazioni privilegiate *“si applicano anche alle persone fisiche che partecipano alla decisione di procedere all'operazione per conto della persona giuridica [in possesso delle informazioni privilegiate]”*.

Per quanto concerne la figura degli *insiders*, l'art. 3(2) Remit prevede che questi possano essere costituiti da: (i) membri di organi amministrativi, di gestione, o di sorveglianza di un'impresa; (ii) persone che detengono quote di capitale di un'impresa; (iii) persone con accesso alle informazioni attraverso l'esercizio del proprio lavoro, professione o mansioni; (iv) persone che hanno acquisito tali informazioni mediante un'attività criminosa; e (v) persone che sanno, o sono tenute a sapere, che si tratta di informazioni privilegiate.

Nella pratica societaria e di mercato, possono costituire condotte rilevanti ai fini del divieto di *insider trading*:

- Se, per mezzo dell'uso delle informazioni privilegiate, si realizzano acquisizioni o vendite, anche sotto forma potenziale, per conto proprio o di terzi, direttamente o indirettamente, di prodotti energetici all'ingrosso;
- *“Hands-off approach”*: il soggetto in possesso dell'informazione privilegiata modifica o cancella determinati ordinativi già in essere e inerenti a prodotti energetici all'ingrosso.

Un esempio di condotta di *insider trading* può essere il seguente caso:

- Era stata pianificata da parte di un operatore di mercato una manutenzione di una centrale elettrica, successivamente rinviata su richiesta di un TSO a causa di un errore nella pianificazione della manutenzione ad un'altra centrale elettrica;
- in tal senso, la società interessata aveva ricevuto istruzione di continuare la produzione di energia elettrica nella centrale originaria;
- l'operatore di mercato ha omesso di comunicare al mercato questa variazione del piano di manutenzione e, inoltre, ha posto in essere negoziazioni in possesso di quest'informazione a carattere privilegiato, comunicandola al pubblico solamente il giorno successivo;
- tuttavia, non avendo negoziato volumi diversi rispetto a quelli abitualmente in possesso dell'informazione privilegiata e, inoltre, non avendo provocato con la sua condotta alcuna influenza sui prezzi di mercato dei prodotti energetici all'ingrosso, l'operatore di mercato è stato ammonito verbalmente per mancanza di cura verso il mercato.

5.1. — Con riguardo alle fattispecie supra delineate, l'art. 187-bis TUF stabilisce che: *“Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime; b) comunica informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio; c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a)”*.

Costituiscono esempi di condotte ai sensi dell'art. 187-bis TUF:

- la comunicazione da parte di un amministratore di società X di informazioni privilegiate, inerenti al lancio di un'OPA totalitaria da parte della società Y sulla società X, all'*asset manager* di una società di gestione patrimoniale e consulenza negli investimenti, che le ha utilizzate al fine di raccomandare a terzi all'acquisto di azioni della società Y;
- l'acquisto di azioni di una società da parte di terzi a conoscenza delle informazioni privilegiate inerenti ad un progetto di valutazione di indirizzi strategici della società da parte di soggetti che ne erano a conoscenza in virtù dello svolgimento della propria professione;
- l'acquisto di azioni di una società X immediatamente prima della stipula di un contratto preliminare di joint venture tra la società X e una società Y;
- la cessione di azioni di una società utilizzando un'informazione privilegiata relativa ad un progetto di collocamento di azioni della medesima società; e
- l'acquisto di azioni di una società X avvenuta in più sedute di negoziazione poi conclusa mediante operazioni di vendita in poche sedute di negoziazione in concomitanza all'esecuzione di operazioni di acquisto di rilevanti quantità di titoli da parte di una società Y.

Non integra una condotta rilevante ai fini dell'insider trading (art. 3(4) Remit):

- *“il compimento di operazioni al fine di garantire l'assolvimento di un obbligo di acquisizione/cessione di prodotti energetici all'ingrosso già maturato, quando tale obbligo risulta da un accordo concluso/ordine di compravendita emesso prima che la persona interessata sia venuta in possesso dell'informazione privilegiata”;*
- *“il compimento di operazioni da produttori/operatori del mercato dei prodotti energetici all'ingrosso al solo fine di coprire le perdite fisiche immediate risultanti da indisponibilità impreviste, quando per effetto di queste il soggetto non sarebbe in grado di far fronte agli obblighi contrattuali, ovvero qualora queste operazioni vengano effettuate d'intesa con gestori del sistema di trasporto per garantire il normale funzionamento e in condizioni di sicurezza del sistema”;*
- *“l'agire da parte degli operatori del mercato dei prodotti energetici all'ingrosso in conformità alle disposizioni nazionali di emergenza, qualora le NRA siano intervenute per garantire l'approvvigionamento di elettricità/gas naturale e in meccanismi di mercato siano stati sospesi nel territorio*

di uno Stato membro o parti di esso". In questo caso, la competente NRA assicura la pubblicità delle informazioni privilegiate ai sensi dell'art. 4 Remit.

Inoltre, le condotte di *trading* e *tuyautage* non si applicano ai gestori dei sistemi di trasmissione o trasporto quando questi acquistano energia elettrica o gas naturale al fine di assicurare la gestione in sicurezza del sistema in conformità ai loro obblighi ex art. 12, lett. d) e e), direttiva 2009/72/CE o dell'art. 13(1), lett. a) e c), direttiva 2009/73/CE (art. 3(3) Remit).

Le esenzioni sancite dall'art. 3 Remit riguardano le condotte di *insider trading*, per ciò comportando l'inapplicabilità dei relativi divieti agli operatori di mercato che pongono in essere determinate condotte alle condizioni di seguito delineate.

Nondimeno, dette esenzioni non esimono l'operatore di mercato di comunicare al pubblico le informazioni privilegiate.

Da ultimo, le fattispecie sancite dagli artt. 3(4) e 4(2) Remit non sono tra di loro cumulabili.

Art. 3(4), lettera a), Remit

"Il compimento di operazioni al fine di garantire l'assolvimento di un obbligo di acquisizione/cessione di prodotti energetici all'ingrosso già maturato, quando tale obbligo risulta da un accordo concluso/ordine di compravendita emesso prima che la persona interessata sia venuta in possesso dell'informazione privilegiata".

A tali fini, l'operatore di mercato è obbligato a non modificare, ovvero cancellare, l'ordinativo effettuato (*"hands-off approach"*), altrimenti tale condotta potrebbe essere considerata *insider trading*.

Art. 3(4), lettera b), Remit

"Il compimento di operazioni da produttori/operatori del mercato dei prodotti energetici all'ingrosso al solo fine di coprire le perdite fisiche immediate risultanti da indisponibilità impreviste, quando per effetto di queste il soggetto non sarebbe in grado di far fronte agli obblighi contrattuali, ovvero qualora queste operazioni vengano effettuate d'intesa con gestori del sistema di trasporto per garantire il normale funzionamento e in condizioni di sicurezza del sistema".

L'esenzione è applicabile solamente a indisponibilità impreviste, quindi non ex ante ipotizzabili, e alle perdite che ne siano conseguenza diretta ed immediata. Infatti, è data la facoltà all'operatore di mercato di compiere operazioni di copertura delle perdite subite.

In ogni caso, gli obblighi contrattuali citati dalla disposizione devono sussistere *ex ante* le indisponibilità impreviste verificarsi e devono riferirsi al periodo di indisponibilità.

Ad esempio, costituisce una condotta esclusa dall'applicazione del divieto di *insider trading* l'attuare opzioni di copertura mediante acquisto di energia, in precedenza già venduta.

Art. 3(4), lettera c), Remit

"L'agire da parte degli operatori del mercato dei prodotti energetici all'ingrosso in conformità alle disposizioni nazionali di emergenza, qualora le NRA siano intervenute per garantire l'approvvigionamento di elettricità/gas naturale e in meccanismi di mercato siano stati sospesi nel territorio di uno Stato membro o parti di esso".

Le emergenze di *black-out* elettrici, nonché le emergenze dovute alla mancanza di copertura del fabbisogno di gas naturale, possono costituire degli esempi della condotta *supra* riportata.

6. Salvo che il fatto costituisca reato (art. 22, commi 4 – 8, Legge 30 ottobre 2014, n. 161), l'AEEGSI può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie:

- da Euro 20.000,00 a 3.000.000,00 nei confronti dei soggetti che, essendo in possesso di informazioni privilegiate in relazione a vendite all'ingrosso di prodotti energetici pongano in essere condotte di *insider trading* ai sensi dell'art. 3 Remit;
- da Euro 20.000,00 a 5.000.000,00 nei confronti dei soggetti che pongano in essere condotte di manipolazione del mercato ai sensi degli artt. 2, nn. 2 e 3, e 5 Remit.

Inoltre, l'AEEGSI può altresì irrogare sanzioni amministrative pecuniarie da Euro 20.000,00 a 3.000.000,00 nei confronti dei soggetti inadempienti all'obbligo di pubblicazione delle informazioni privilegiate ex art. 4 Remit.

7. Al fine di assicurare l'applicazione della Remit, e nel rispetto del principio di proporzionalità, l'AEEGSI, nell'esercizio dei poteri di indagine ed esecuzione, può: *“Accedere a tutti i documenti rilevanti e richiedere informazioni ai soggetti coinvolti o informati sui fatti, anche mediante apposite audizioni personali; effettuare sopralluoghi e ispezioni; chiedere i tabulati telefonici esistenti e i registri esistenti del traffico di dati, fissando il termine per le relative comunicazioni; intimare la cessazione delle condotte poste in essere in violazione della Remit; presentare presso il competente tribunale istanza di sequestro o di confisca del prodotto o del profitto dell'illecito, comprese somme di denaro; presentare presso il tribunale o altra autorità competente istanze di divieto dell'esercizio di un'attività professionale”* (art. 22, comma 1, L. 30 ottobre 2014, n. 161).

Le funzioni e i poteri delle autorità nazionali di regolamentazione. I profili procedurali

Alfredo Marra

1. La disamina delle funzioni, dei poteri e dei relativi procedimenti che il Regolamento REMIT pone in capo alle autorità nazionali di regolamentazione richiede di chiarire in via preliminare il contesto in cui nasce questo Regolamento.

Com'è noto, le procedure che hanno portato all'adozione di REMIT sono state avviate dalla Commissione europea nel dicembre 2007, ossia in un momento in cui le istituzioni europee, come reazione alla crisi economica, avviano una progressiva espansione della legislazione nel settore degli strumenti finanziari. Si assiste in particolare a un rafforzamento della vigilanza e dei controlli sui mercati e tale rafforzamento interessa, sia pure di riflesso, anche i

mercati energetici, dal momento che tra gli strumenti finanziari rientrano anche categorie contrattuali proprie dei mercati dell'energia (contratti derivati su merci) che erano tuttavia rimaste escluse dall'applicazione della disciplina generale sugli abusi di mercato (direttiva n. 6/2003 c.d. MAD, *Market Abuse Directive*). In particolare, REMIT nasce per *“creare nella legislazione relativa al settore dell'energia un quadro di base contro gli abusi di mercato per tutti i prodotti dell'elettricità e del gas che non ricadono nella direttiva sugli abusi di mercato”*¹.

Dunque, una finalità molto chiara e, se si vuole, anche molto circoscritta, ossia quella di colmare una lacuna normativa nella disciplina degli abusi di mercato che, per ragioni diverse, non comprendeva i prodotti dei mercati energetici.

Questo rafforzamento della vigilanza e dei controlli sui mercati rileva, peraltro, anche da un altro punto di vista, dal momento che esso determina altresì un profondo cambiamento dal punto di vista dell'organizzazione.

Si realizza, infatti, quella che in dottrina (Torchia) è *stata definita “l'evoluzione da un sistema di regolazione composita, entro il quale i regolatori nazionali e la Commissione interagivano strettamente, mantenendo però ferma la distinzione di attribuzioni e la divisione delle competenze, ad un sistema di regolazione integrata, nel quale si supera il sistema duale e si crea un centro di imputazione unitaria della regolazione europea di settore”*.

Nei mercati energetici, tuttavia, a differenza di quello che accade in altri settori della regolazione europea (bancario, assicurativo e finanziario), non viene istituita una vera e propria Authority europea, ma un'agenzia – l'ACER – che ha soprattutto compiti di coordinamento dei regolatori nazionali, ma non ha poteri propri ed esclusivi di *enforcement* paragonabili a quelli che sono oggi attribuiti all'Autorità bancaria europea (EBA), all'Autorità europea delle assicurazioni (EIOPA), e all'Autorità europea degli strumenti finanziari (ESMA).

Nondimeno, con la creazione di ACER e, ancor di più con il Regolamento REMIT, si registra anche nel settore energetico un deciso avanzamento verso la definizione di un sistema di regolazione integrata.

L'esame dei profili di organizzazione è oggetto di altra relazione, ma un breve richiamo a tali profili è importante anche in questa sede. La crescente rilevanza di ACER all'interno del sistema europeo di regolazione dei mercati energetici, infatti, influenza significativamente il tema delle funzioni e dei poteri delle autorità nazionali di regolamentazione, dal momento che l'esame di essi è, in un certo senso, speculare all'esame delle funzioni e dei poteri che spettano all'Agenzia.

Ebbene, ai sensi dell'art. 16 del REMIT, è possibile notare anzitutto che nella maggior parte dei casi l'Agenzia adotta più che altro atti non vincolanti e comunque non dispone di propri poteri diretti ed esclusivi, dovendo sempre servirsi operativamente delle autorità nazionali.

Così, quando sospetti – sulla base di proprie valutazioni o di segnalazioni che provengono dalle autorità nazionali – che si siano verificate violazioni del Regolamento, l'Agenzia può

i) chiedere informazioni alle Autorità nazionali o

¹ Così la relazione della Commissione europea di accompagnamento alla proposta di Regolamento 2010/0363 (COD). L'attuale disciplina degli abusi di mercato è costituita dal Regolamento 596/2014 e dalla direttiva 57/2014 (cd MAD II) che hanno superato la precedente direttiva 6/2003 (MAD).

ii) richiedere loro di avviare un'indagine e di adottare i provvedimenti necessari.

È ben vero che, a fronte di tali iniziative da parte dell'Agenzia, ogni decisione in merito spetta comunque all'autorità domestica (art. 16 § 4). Tuttavia, è anche vero che l'Autorità nazionale ha l'obbligo di "*adottare immediatamente le misure necessarie per soddisfare la richiesta dell'Agenzia*" (fatte salve alcune deroghe espressamente previste) (art. 16 § 5).

Inoltre, nel caso supponga che sia stata commessa una violazione avente un impatto transfrontaliero, l'Agenzia può istituire e coordinare un gruppo di indagine costituito dai rappresentanti delle autorità nazionali.

Sebbene formalmente il ruolo dell'Agenzia appaia limitato a poteri di coordinamento o di impulso all'avvio di procedimenti di competenza esclusiva della autorità nazionali, tale ruolo risulta nei fatti ben più pregnante. Da una parte, infatti, le Autorità nazionali non possono rifiutarsi di adottare le misure necessarie per soddisfare le richieste dell'Agenzia, mentre, dall'altra parte, la composizione dell'Agenzia e il ruolo sempre più centrale da essa rivestito nel sistema di regolazione europeo, fanno sì che gli spazi di autonomia delle autorità nazionali siano di fatto piuttosto esigui.

Schematizzando, comunque, si può concludere che, almeno sul piano formale, mentre l'azione di monitoraggio della negoziazione in prodotti energetici all'ingrosso è condotto sia dall'Agenzia (art. 7 comma 1), sia dalle autorità nazionali di regolamentazione (art. 7 comma 2) le funzioni di amministrazione attiva, ossia di *enforcement* (indagine e inibitorio) e sanzionatori sono poste dal Regolamento in capo alle autorità nazionali.

2. Ai sensi dell'art. 13, ciascuno Stato membro garantisce che le proprie autorità nazionali di regolamentazione siano dotate dei poteri di indagine e di esecuzione necessari per assicurare l'attuazione dei divieti di *insider trading* (art. 3) e di manipolazione del mercato (art. 5), nonché dell'obbligo di pubblicità delle informazioni privilegiate (art. 4).

Dunque, il fine per il quale i poteri – che come si vedrà sono molto rilevanti e penetranti – sono attribuiti alle autorità nazionali di regolamentazione è quello di garantire l'attuazione dei divieti di *insider trading* e di manipolazione del mercato nonché di assicurare l'obbligo di pubblicità delle informazioni privilegiate.

Per quanto riguarda il tipo di poteri che l'Autorità può esercitare, si tratta essenzialmente di tre diverse tipologie, ossia poteri di indagine, di *enforcement* e sanzionatori.

Rilevano anzitutto i poteri di indagine, cui sono da ricondurre i) l'accesso a tutti i documenti pertinenti in qualsiasi forma, ii) la richiesta di informazioni, anche mediante convocazione, il potere di ispezione mediante sopralluoghi, iii) il potere di richiedere tabulati telefonici e registri esistenti del traffico dati.

Quanto ai poteri di *enforcement*, vi rientrano i) il potere di richiedere la cessazione di qualsiasi pratica in violazione del Regolamento, ii) il potere di presentare presso un tribunale istanza di congelamento o confisca degli attivi ovvero iii) di presentare presso un tribunale o autorità competente un'istanza di divieto temporaneo dell'esercizio di un'attività professionale.

Infine, quanto ai poteri sanzionatori, il Regolamento lascia ampi margini di scelta ai singoli Stati, limitandosi a prevedere che le sanzioni debbano essere effettive, dissuasive e proporzionate (art. 18).

Naturalmente, il fatto di avere lasciato nella disponibilità degli Stati la disci-

plina del sistema sanzionatorio non è privo di conseguenze pratiche. Proprio su questo piano, infatti, possono realizzarsi tra gli Stati asimmetrie tali da influenzare le scelte degli operatori ai fini, ad esempio, di stabilire la propria sede operativa.

Quanto, infine, ai modi di esercizio, ancora ai sensi dell'art. 13, i poteri delle autorità di regolamentazione possono essere esercitati direttamente, in collaborazione con altre autorità ovvero tramite il ricorso alle autorità giudiziarie competenti.

Tali poteri, inoltre, sono esercitati in modo proporzionato e sono limitati alle finalità dell'indagine.

3. L'art. 22 l. 161/2014 – che ha attuato il REMIT nell'ordinamento italiano – si limita in sostanza a ribadire i poteri che il Regolamento prevede debbano essere attribuiti alle singole autorità nazionali.

Per quanto riguarda l'AEEGSI è da notare che se, in parte, si tratta di tipologie di poteri non sconosciuti all'Autorità, è anche vero che quest'ultima acquista la titolarità di ulteriori e significativi poteri prima non esistenti, come ad esempio

i) l'accesso ai tabulati telefonici e ai registri del traffico di dati (previa autorizzazione del procuratore della Repubblica), nonché

ii) la presentazione di istanze di sequestro o di confisca del prodotto o del profitto dell'illecito, ovvero

iii) la presentazione presso un tribunale o autorità competente di un'istanza di divieto temporaneo dell'esercizio di un'attività professionale.

La norma, inoltre, definisce la disciplina sanzionatoria prevedendo distinte sanzioni per a) l'abuso di informazioni privilegiate, b) la manipolazione del mercato, c) la violazione dell'obbligo di pubblicità d) l'inottemperanza agli obblighi informativi (segnalazione all'Autorità e registrazione) di cui agli artt. 8 e 9 del Regolamento.

Con riferimento alle prime due ipotesi (violazioni degli artt. 3 e 5 del REMIT) la norma nazionale precisa che le sanzioni amministrative sono comminate dall'Autorità, salvo che il fatto costituisca reato, assicurando così – a differenza di quanto prevede l'art. 187-ter del TUF, la sussidiarietà della fattispecie amministrativa rispetto a quella penale².

Qui tuttavia si pone anzitutto il problema di stabilire quale possa essere – se vi sia – lo spazio per un potere sanzionatorio amministrativo nelle due ipotesi di violazione dei divieti di *insider trading* e di manipolazione del mercato, giacché tale potere risulta compresso da una parte dal potere del giudice penale e, dall'altro, dal potere di altre Autorità indipendenti (Consob e Antitrust), almeno nella misura in cui *insider trading* e manipolazione del mercato dei mercati energetici siano idonei ad integrare una violazione della disciplina antitrust ovvero del TUF.

È chiaro che dove si configurino ipotesi di violazioni del REMIT idonee ad integrare, ad esempio, fattispecie di abuso di posizione dominante o di manipolazione del mercato ex art. 187-ter del TUF, il problema si sposta sulle relative discipline, sui presupposti per la loro applicazione e sui loro limiti.

Qui interessa invece soprattutto il caso in cui una possibile violazione del REMIT non sia configurabile né come reato né come violazione di norme anti-

² L'art. 187-ter esordisce invece con “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”.

trust o del TUF perché è qui e solo qui che può sorgere il potere sanzionatorio dell'AEEGSI ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 22.

Il comma 8 stabilisce inoltre che l'Autorità possa aumentare le sanzioni *“fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito, esse appaiano inadeguate, anche se applicate nella misura massima”*.

La norma ricalca in larga misura il comma 5 dell'art. 187-ter del TUF (relativo, come detto, al divieto di manipolazione del mercato), che disciplina in modo del tutto analogo la misura delle sanzioni Consob.

Al di là della congruità della misura della sanzione, comunque, si pongono qui i ben noti problemi (non sono ancora risolti) relativi al c.d. doppio binario sanzionatorio, non tanto – evidentemente – con riferimento al cumulo di sanzioni (che sembra escluso dalla formula salvo che il fatto costituisca reato), quanto piuttosto con riferimento al concreto funzionamento dell'alternatività tra sanzione amministrativa e sanzione penale. Infatti, se le sanzioni sono alternative, sul presupposto che lo stesso fatto non possa essere punito due volte in ossequio al divieto di *bis in idem*, dovrebbe trovare applicazione la sanzione inflitta cronologicamente per prima in via definitiva, ma questa sarebbe evidentemente una soluzione largamente inappagante dal punto di vista dell'efficacia e dell'effettività della norma.

Più in generale, inoltre, per tutti i poteri sanzionatori (non solo quindi con riferimento alle fattispecie dei commi 4 e 5) si pone il problema di stabilire la conformità dell'attuale Regolamento sanzionatorio dell'AEEGSI alle più recenti acquisizioni giurisprudenziali in ordine alle garanzie che – ex art. 6 CEDU – i procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti devono assicurare sia quanto a imparzialità dell'organo preposto a decidere sia quanto a garanzie di contraddittorio.

Anche qui si possono sollevare alcuni dubbi, stanti i rilievi formulati dalla CEDU nell'orami ben nota vicenda Grande Stevens con riferimento al Regolamento Consob che pure – come il Regolamento sanzionatorio dell'AEEG – prevedeva una certa separazione tra organi incaricati dell'indagine e organi incaricati di decidere sull'esistenza dell'illecito e sulle sanzioni.

4. Se si guarda la prassi applicativa – che, va detto, è sin qui molto esigua, perché conta solo due casi – è possibile svolgere anche un'ulteriore considerazione problematica.

Del primo caso (2015), già concluso, si occuperà una successiva relazione (cfr. *infra* la relazione di F. Luiso). Qualche parola si può spendere sul secondo caso, che è ancora in corso e che, per profili diversi anche se connessi quelli qui trattati, è anche al vaglio del giudice amministrativo.

Anzitutto, è possibile notare come l'AEEGSI sembri aver imboccato – in linea con quanto stabilito dal Regolamento – la strada della collaborazione e del coordinamento con altre Autorità e in particolare, nel caso in esame, con l'Antitrust cui sono stati inviati i risultati della sua indagine. L'Antitrust da parte sua ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'art. 14 della l. 287/90 (come già accaduto, peraltro anche in casi simili nel recente passato).

Già qui, tuttavia, si pone un primo ordine di problemi con riferimento al rapporto tra i diversi procedimenti di competenza delle diverse Autorità. Come visto, infatti, la competenza dell'AEEGSI sorge solo laddove la condotta vietata

non sia riconducibile a un illecito antitrust. In questo caso, dunque, ci si potrebbe chiedere quali siano i meccanismi di coordinamento tra i diversi procedimenti (in capo all'AGCM e all'AEEGSI), anche (ma non solo) dal punto di vista dei tempi del procedimento. Ad esempio, una volta che l'AGCM abbia concluso il procedimento antitrust – avviato su impulso dell'AEEGSI a seguito dell'esercizio dei propri poteri di indagine – in senso favorevole al destinatario, escludendo che si sia effettivamente realizzato un illecito antitrust, ci potrebbe chiedere se sussistano ancora i termini procedurali per l'esercizio del potere sanzionatorio che spetta all'AEEGSI ai sensi del REMIT.

In secondo luogo, pare si possa porre, in concreto, un problema di equivocità del potere esercitato dall'AEEGSI. In questo senso, ad esempio, sembra potersi argomentare proprio dalla prassi applicativa, e in particolare dalle norme attributive del potere richiamate dall'Autorità nelle premesse delle sue delibere. Per un verso, infatti, l'avvio del procedimento è disposto ai sensi dell'art. 2, comma 20 lett. d) della legge 481/95, ossia la legge generale, che consente di ordinare agli operatori di cessare dai comportamenti lesivi dei diritti degli utenti nonché ai sensi dell'art. 43, comma 5 d.lgs. 93/2011, che consente di imporre agli operatori misure di regolazione asimmetrica; per altro verso, l'Autorità – ai sensi dell'art. 5 del REMIT – intima di cessare da subito ogni condotta finalizzata all'adozione di strategie di programmazione non coerenti ovvero la cessazione di comportamenti di offerta tali da alterare il regolare processo di formazione dei prezzi. È ben vero che, nel caso in questione, le singole misure disposte dall'Autorità si rivolgono a destinatari diversi, ma è anche vero che si tratta di misure relative a un medesimo episodio di vita. Di conseguenza, e al di là del caso specifico (del quale non sono noti tutti gli elementi), ci si potrebbe chiedere se sia possibile che le informazioni ottenute dall'Autorità attraverso le indagini svolte ai sensi del REMIT – i cui relativi poteri, come visto, possono anche molto invasive e penetranti – possano essere poi utilizzate per fini diversi dall'attuazione dei divieti e dell'obbligo di pubblicazione stabiliti dal Regolamento ossia, ad esempio, per l'adozione di misure di regolazione asimmetrica. Invero, il contenuto prescrittivo insito nelle misure di regolazione asimmetrica non pare coerente con la natura e limiti dei poteri attribuiti all'Autorità dal REMIT che, come si è già detto, sono limitati alle finalità dell'indagine (art. 13 §2).

Più in generale, inoltre, – e al di là dei problemi di equivocità del potere esercitato – resta aperto il tema del rapporto tra queste funzioni previste da REMIT e la funzione regolatoria in generale, cui sono connessi i compiti istituzionali dell'AEEGSI e alla quale funzione si riferiscono i poteri individuati dalla l. 481/1985. Anche in relazione a questo problema, come riguardo agli altri segnalati in precedenza, occorrerà attendere le indicazioni della giurisprudenza.

Regolamento europeo REMIT: la prassi italiana nell'esercizio del potere di vigilanza

Federico Luiso

1. Tra il 2015 e il 2016 sono divenute operative le misure di vigilanza dei mercati energetici all'ingrosso definite del Regolamento (UE) n. 1227/2011

(*Regulation on Energy Market Integrity and Transparency*, di seguito: REMIT).

Nonostante il REMIT sia in vigore dal 2011, solo a seguito dell'adozione del regolamento esecutivo della Commissione Europea n. 1348/2014 (noto tra gli addetti al settore col nome di *Implementing Acts*), sono state definite le regole e i tempi per la sua attuazione.

Il REMIT nasce con le stesse finalità e gli stessi obiettivi di altri regolamenti europei che hanno ad oggetto la vigilanza dei mercati³: uno stretto controllo delle transazioni eseguite sui mercati – in questo caso quelli energetici – e il contrasto ai comportamenti abusivi e manipolativi degli stessi. In estrema sintesi, il REMIT:

- stabilisce due divieti – il divieto di abuso delle “informazioni privilegiate”, meglio conosciuto come *insider trading* e il divieto di manipolazione del mercato – e l'obbligo di rendere pubbliche le “informazioni privilegiate”;
- affida all'Agenzia europea per la cooperazione fra i regolatori dell'energia (ACER) il compito di monitorare il funzionamento dei mercati all'ingrosso di energia elettrica e gas naturale, individuando eventuali transazioni “sospette”;
- attribuisce alle Autorità nazionali di regolazione dell'energia (*National Regulation Authorities*, NRA) i poteri di indagine e di *enforcement* necessari alla verifica del rispetto delle disposizioni del regolamento;
- demanda a ciascun Paese Membro la definizione della disciplina sanzionatoria per le violazioni del regolamento accertate dalle Autorità nazionali.

In attuazione del REMIT, l'Italia, con la legge n. 161/2014 (art. 22), ha attribuito all'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (AEEGSI) i poteri di indagine e di *enforcement* previsti dal regolamento e il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie ai soggetti che non rispettano i divieti e gli obblighi disposti dal regolamento medesimo.

2. In applicazione del REMIT, l'ACER ha messo in piedi un complesso sistema di monitoraggio delle operazioni compiute sui mercati energetici all'ingrosso dell'Unione Europea.

L'ACER raccoglie e archivia, in un imponente *data base*, milioni di dati⁴ relativi alle transazioni eseguite sulle “borse” europee dell'energia e attraverso accordi bilaterali. A tal fine, gli operatori di mercato sono tenuti a trasmettere all'ACER molte informazioni relative alle transazioni da essi concluse, in adempimento del cosiddetto “obbligo di *reporting*” (articolo 8 del REMIT).

Le informazioni raccolte dall'ACER riguardano principalmente i contratti per l'acquisto e la vendita all'ingrosso di energia elettrica e di gas naturale conclusi nell'UE, ma non solo. Sono infatti oggetto di invio all'ACER specifiche tipologie di contratti di trasporto, nonché i cosiddetti “dati fondamentali”, vale a dire le informazioni riguardanti la capacità e l'uso degli impianti di produzione, di stoccaggio, di consumo o trasmissione di energia elettrica e di gas naturale e

³ Si vedano, tra gli altri, i regolamenti europei del 24 novembre 2010, n. 1093, n. 1094 e n. 1095 istitutivi, rispettivamente, dell'Autorità bancaria europea, dell'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali e dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati; il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio (European Market Infrastructure Regulation, EMIR); il regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁴ Attualmente l'ACER raccoglie oltre 35.000.000 di dati al mese.

quelle riguardanti la capacità, l'uso e la disponibilità di impianti di rigassificazione del gas liquefatto⁵.

Attraverso specifici *software*, l'ACER processa e analizza i dati, con l'obiettivo di far emergere le operazioni "sospette", che potrebbero essere state eseguite in violazione del regolamento.

Gli allarmi (*alert*) sulle transazioni sospette scattano automaticamente in esecuzione dei *software*, e vengono analizzati dagli esperti dell'ACER che li sottopongono ad un primo vaglio di fondatezza.

A questo punto, quando un sospetto di violazione viene confermato, l'ACER chiede l'intervento delle NRA, le quali, mediante l'utilizzo dei propri poteri di vigilanza, svolgono le indagini del caso.

In effetti, l'avvio di un procedimento di indagine da parte di un'Autorità può trarre origine anche da segnalazioni pervenute da altri soggetti (gestori dei mercati organizzati, altre autorità, ecc.) oppure può essere decisa d'ufficio, sulla base di valutazioni tratte dalla propria attività di monitoraggio.

In ogni caso, l'AEEGSI, prima di avviare il procedimento di indagine, effettua una «analisi preliminare», nel corso della quale valuta gli elementi di contesto in cui le transazioni sotto esame si sono verificate; solo se l'«analisi preliminare» non consente di escludere l'ipotesi di violazione, allora si procede con l'attività istruttoria, facendo utilizzo dei poteri di indagine conferiti *ex lege*.

Se il procedimento di indagine⁶ conferma la violazione del REMIT, la NRA è chiamata ad adottare opportune misure di *enforcement* nei confronti di chi non ha rispettato il regolamento; dette misure possono assumere la forma di una raccomandazione, di una prescrizione o di una sanzione, in funzione della natura e della gravità della violazione riscontrata.

Se, invece, l'indagine non conferma il sospetto di violazione, il caso viene archiviato.

L'ACER e le NRA pongono particolare attenzione anche alla gestione *ex post* di un caso concluso.

In primo luogo rendendo pubbliche le misure adottate e le relative motivazioni, al fine di fornire agli operatori indicazioni che potrebbero risultare utili per la loro futura condotta sui mercati.

L'accertamento effettuato in esito ad un'indagine, inoltre, deve costituire la base per un confronto costruttivo con i soggetti che svolgono l'attività di monitoraggio; nell'economia di un efficiente rapporto tra controllore ed esecutore, infatti, i comportamenti che non costituiscono violazione del regolamento potranno essere esclusi da future segnalazioni, mentre potrà essere rafforzato il controllo sulle operazioni che si sono rivelate in contrasto con le disposizioni del REMIT.

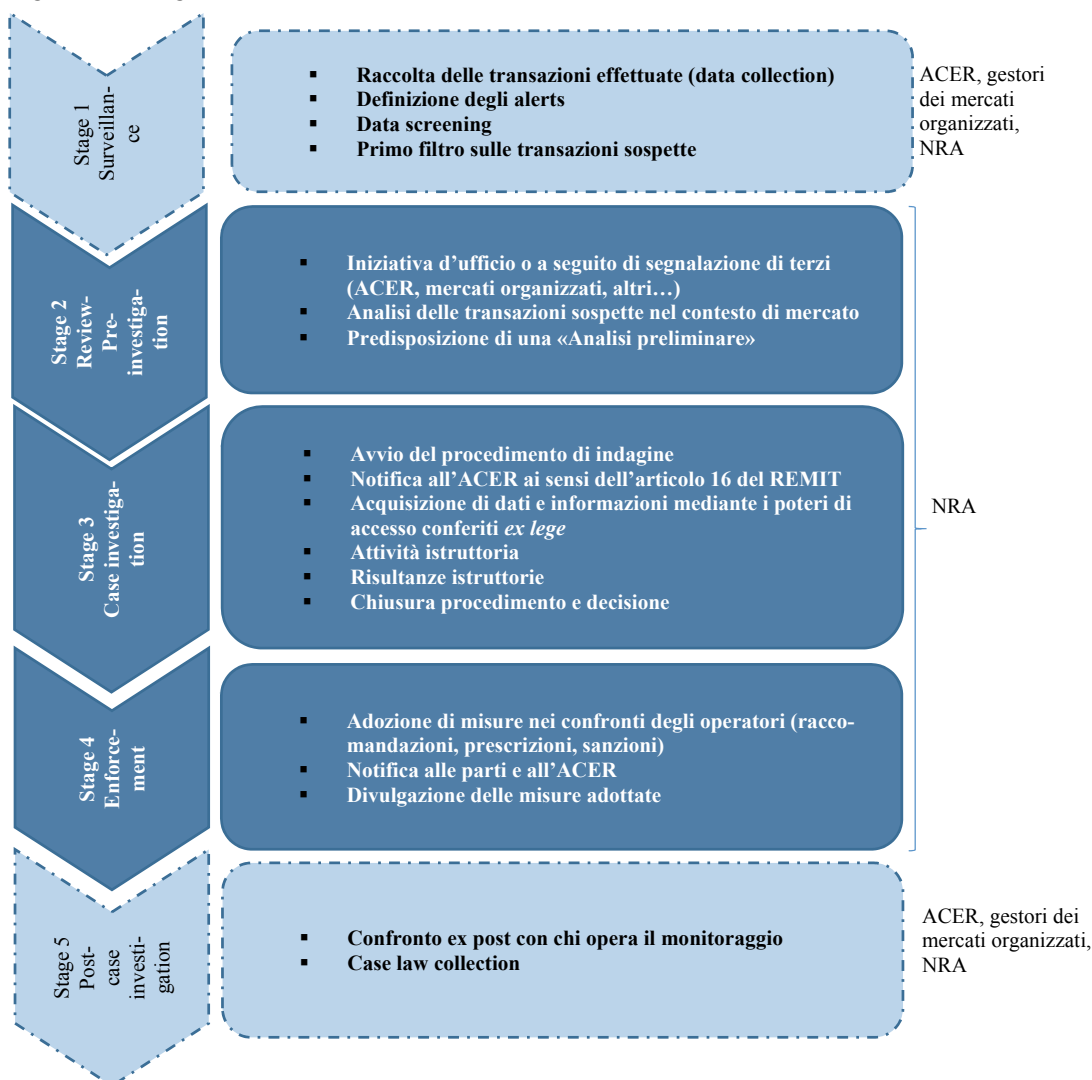
Tra le misure *ex post*, poi, riveste particolare importanza l'archivio dei casi trattati (*case law collection*) che l'ACER mette a disposizione delle NRA; il *case law collection* dovrebbe contribuire, tra l'altro, a scongiurare l'eventualità che condotte simili, poste in atto da operatori diversi in diversi Paesi Membri, siano giudicate in maniera difforme dalle rispettive NRA.

La figura 1 riassume le diverse fasi nella gestione di un caso di sospetta violazione del regolamento.

⁵ Si veda, in proposito, il Capo III del Regolamento di esecuzione (UE) n. 1348/2014.

⁶ Il procedimento di indagine è condotto nel rispetto delle disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo, garantendo i diritti partecipativi dei soggetti coinvolti.

Figura 1 – La gestione di un caso



3. Come detto, quando l'ACER sospetta una violazione del REMIT, trasferisce alla NRA competente gli elementi raccolti al riguardo, affinché questa effettui le opportune indagini⁷.

In estrema sintesi, l'output del sistema di monitoraggio dell'ACER consiste in un'ipotesi di violazione su cui l'autorità nazionale competente è chiamata a svolgere le relative indagini, potendo utilizzare, a tal fine, i poteri conferiti dalla legislazione nazionale.

Questa separazione di compiti – monitoraggio centralizzato condotto dall'ACER, *enforcement* “nazionale” a cura delle singole *Authorities* – pone, invero, notevoli problemi di coordinamento.

È lo stesso REMIT a rilevare come la collaborazione tra l'ACER e le NRA, ma anche tra le autorità di regolazione e altre autorità nazionali (quelle anti-trust *in primis*), costituisca un elemento indispensabile per assicurare un ap-

⁷ L'ACER ha un ruolo di maggior rilievo nella fase di indagine solo quando sospetta che la possibile violazione abbia o abbia avuto un impatto transfrontaliero; in tal caso il regolamento prevede che l'ACER istituisca e coordini un gruppo di indagine, costituito da rappresentanti delle autorità nazionali coinvolte (cfr. REMIT, art. 16, comma 4, lettera c).

proccio efficiente alla lotta contro gli abusi nei mercati dell'energia all'ingrosso⁸.

In tal senso, il REMIT prevede che le NRA:

- notifichino all'ACER le sospette violazioni del REMIT;
- notifichino alla propria autorità nazionale finanziaria, oltreché all'ACER, le sospette violazioni della normativa finanziaria;
- notifichino alla propria autorità nazionale antitrust, alla Commissione europea e all'ACER, le sospette violazioni della normativa sulla concorrenza;
- forniscano all'ACER tutte le informazioni relative alle violazioni sospettate;
- avviino, su richiesta dell'ACER, le indagini relative ad un sospetto di violazione del regolamento;
- partecipino ai gruppi di indagine coordinati da ACER per le sospette violazioni aventi impatto transfrontaliero.

Operativamente, l'ACER e le NRA hanno sviluppato uno strumento informatico, denominato "Case Management Tool" (CMT), finalizzato ad agevolare proprio la collaborazione e il coordinamento tra le istituzioni coinvolte nelle indagini relative a un caso di sospetta violazione del regolamento.

Il CMT definisce, infatti, dettagliate procedure per la gestione dei documenti rilevanti e un univoco canale per lo scambio delle informazioni, caratterizzato da un elevato livello di sicurezza. Il *data base* dei casi chiusi, poi, costituisce il punto di partenza per lo sviluppo del *case law collection* dianzi citato.

Anche a livello nazionale, l'articolo 22 della legge n. 161/2014 – che ha dato attuazione per l'Italia agli obblighi previsti dal REMIT – prevede che, per lo svolgimento delle indagini relative a casi di sospetta violazione del REMIT, l'Autorità per l'energia debba coordinarsi con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e con la Consob (con quest'ultima solo per i casi di sospetta violazione del divieto di *insider trading*).

Nonostante abbia luogo un continuo confronto tra l'ACER e i regolatori nazionali, nell'ambito di gruppi di lavoro permanenti, vi sono alcuni elementi strutturali nel disegno della disciplina REMIT che generano problemi: mi riferisco, ad esempio, all'impossibilità – sia per l'ACER che per le NRA – di adottare atti di tipo regolatorio o di interpretazione autentica delle norme primarie.

L'ACER pubblica e aggiorna frequentemente guide e chiarimenti contenenti numerose indicazioni sulle modalità applicative del REMIT, ma nessun atto che sia vincolante per gli operatori.

Le "Guidance", le "Questions & Answers" e le "Frequently asked questions" dell'ACER sono indubbiamente documenti utili per operatori e NRA, dove si possono trovare molte indicazioni sull'applicazione del REMIT, ma rimangono pur sempre chiarimenti, pareri, seppur autorevoli e pubblicati solo in esito a lunghi processi di confronto tra le istituzioni.

Cosa potrà succedere se qualcuno disattenderà un principio presente nelle "Questions & Answers" ma non direttamente ricavabile dai regolamenti europei?

Ad esempio, il REMIT esclude dal proprio ambito di applicazione i contratti *retail*, destinati cioè alla fornitura di energia elettrica o di gas naturale ai clienti finali, ad eccezione dei contratti di "grandi" consumatori, vale a dire di quei clienti con una "capacità di consumo" maggiore di 600 GWh/anno (articolo 2, paragrafi 4 e 5 del REMIT).

⁸ Paragrafo 29 delle premesse del regolamento.

Gli *Implementing Acts* confermano tale disposizione, prevedendo che siano oggetto di *reporting* all'ACER i contratti per la fornitura di gas naturale o energia elettrica ad un'unità di consumo avente una capacità tecnica di consumo di 600 GWh/anno o più (articolo 3, paragrafo 1, lettera a, punto vii).

A fronte di queste regole, che sembrano escludere dagli obblighi derivanti dal REMIT i consumatori sotto la soglia dei 600 GWh/anno, l'ACER ha scritto nelle *"Questions & Answers"* di ritenere che *"final customers with a single consumption unit with a consumption capacity lower than 600 GWh/year should report all the contracts for the supply of energy they traded on an organised market place and, if traded outside an organised market place, they should report only contracts for the sale of energy (considering that this energy is therefore not for consumption use). In addition, final customers with a single consumption unit with a consumption capacity lower than 600 GWh/year should report all their contracts for transportation and derivatives as such contracts are not considered as contracts for the supply and distribution of electricity or natural gas for the use of final customers"*.

Il chiarimento dell'ACER sembra, quindi, riportare sotto l'applicazione del REMIT anche moltissimi clienti finali sotto soglia, in apparente contraddizione con i regolamenti europei.

Un piccolo cliente potrebbe essere sanzionato per violazione del regolamento se non segnala all'ACER il proprio contratto di trasporto o un contratto derivato? A parere di chi scrive no, essendo le *"Questions & Answers"* meri chiarimenti, ma la questione rimane senza dubbio connotata di ambiguità.

Come questo, vi sono numerose altre questioni che richiedono precisazioni vincolanti, anche a garanzia degli operatori, ma che non possono essere risolte se non tramite pareri.

Concludendo, il REMIT ha portato grandi novità per il ruolo dell'ACER e nei rapporti sovranazionali tra l'agenzia e i regolatori; novità, però, che devono ancora essere ben assimilate sul versante operativo e che, certamente, necessitano di ulteriori misure di *governance* per far sì che il progetto funzioni bene in tutte le sue parti.