

RIVISTA DELLA

# Regolazione dei mercati

*Il mercato senza regolazione genera mostri*





# INDICE

**Editoriale**  
di Paolo Perulli 208

## SAGGI

**La regolazione promozionale del cinema, dell'audiovisivo e dello spettacolo dal vivo tra logica di mercato e "diversità" culturale** 214  
di Eugenio Bruti Liberati

**Funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali e sussidiarietà tra norme generali e regolazioni settoriali** 224  
di Nicola Aicardi

**La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?** 245  
di Luca Belviso

**Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori** 272  
di Rosa Calderazzi

**Può la tecnologia regolare? Blockchain e «scambio tra pari» di energia rinnovabile** 294  
di Tamara Favaro

**La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione** 319  
di Cristina Schepisi

## COMMENTI

**Credito adeguato e consumatore "immeritevole" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia** 349  
di Gian Luca Greco

**Ancora sul riparto di competenze tra Autorità Antitrust e Autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette** 366  
di Beatrice Rabai

Rivista della  
**Regolazione dei mercati**  
Fascicolo 2 | 2019

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

### Direttori

Eugenio Bruti Liberati,  
Filippo Donati  
*direttore responsabile*

### Comitato direttivo

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

### Comitato scientifico

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

### Comitato di redazione

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

### Progetto grafico e impaginazione

mv comunicazione architetti associati



# EDITORIALE

## Editoriale

### Capitalismo e diritto: la *Business Roundtable*

di Paolo Perulli

È tempo per il diritto di guardare in faccia la realtà: il suo potere regolativo nei confronti del capitalismo è in crisi. Il capitalismo dopo il 1989 è ormai il sistema mondiale senza rivali esteso da Occidente a Oriente in una varietà di forme-stato e regimi socio-politici, tanto da farci parlare di nuovi capitalismi regionali del XXI secolo (asiatico, europeo, nord-americano etc.) anziché dei vecchi capitalismi nazionali del XX. Ciò sottolinea gli elementi comuni al sistema capitalistico mondiale accanto a quelli che lo differenziano in una varietà di capitalismi.

I diversi tipi di capitale si stratificano verticalmente anziché orizzontalmente. In altri termini il circuito del capitale finanziario, quello del capitale produttivo, quello del capitale fisso infrastrutturale si dispongono globalmente anziché localmente, e si concentrano anziché diffondersi. Anche il capitale umano sembra seguire la stessa logica, specie nei suoi segmenti più elevati di capitale cognitivo. Questa stratificazione rende i regimi regolativi, tuttora largamente operanti su base nazionale, del tutto spuntati. Questo anche rende l'impresa globale, come quelle americane che aderiscono alla *Business Roundtable*<sup>1</sup>, pienamente in grado di giocare su tanti mercati (del lavoro, dei fattori, finanziari, regolativi) quanti sono i paesi in cui essa è presente.

Come mostra uno studio del Fondo Monetario Internazionale, tra 1980 e 2016 i profitti delle imprese, misurati dal loro markup (il rapporto tra prezzi di vendita e costi), sono cresciuti in modo molto forte in tutti i paesi economici avanzati. Negli Stati Uniti il *markup* è aumentato da 1.1 a 1.6, con una curva che si impenna soprattutto dopo i primi anni 2000. Le imprese di servizi di distribuzione, finanza, *software*, farmaceutica e biotecnologie sono ai primi posti tra i settori vincitori. Le imprese europee hanno avuto un aumento più contenuto, da 1.1 a 1.4, quelle giapponesi hanno visto il *markup* crescere appena dall'1.1. all'1.2. Le imprese dei paesi emergenti, Asia e America Latina, hanno conosciuto andamenti del markup molto più modesti, rimanendo intorno al valore di 1.2-1.3.

Emerge un andamento polarizzato del capitalismo mondiale. I profitti misurati dal *markup* sono affluiti alle imprese dei paesi avanzati, che hanno potuto ridurre i costi attraverso l'*outsourcing* e il decentramento produttivo indirizzato entro catene globali del valore verso i paesi a basso costo del lavoro. Apple per fare un esempio ha 47.000 dipendenti diretti negli USA, ma muove un indotto nel mondo (dati 2017) di 3 milioni di lavoratori presso 756 fornitori. Quale peso può avere per questa galassia il rispetto dei principi affermati nello sta-

<sup>1</sup> Si tratta di un'associazione, attiva dal 1972, che riunisce i CEO delle principali imprese statunitensi e svolge un'intensa attività di promozione degli interessi delle imprese e di lobbying. Nel 2017 è stata l'ispiratrice della riforma fiscale dell'amministrazione Trump.

tement della *Business Roundtable* (2019) sugli scopi dell'impresa e dei suoi *stakeholders*<sup>2</sup>? Lo *statement* riguarda l'economia degli Stati Uniti. Nessun cenno vi è contenuto dei diritti e dei salari, dell'ambiente e delle condizioni di vita, degli ecosistemi dei lavoratori e dei Paesi in cui l'impresa opera. Presso i fornitori cinesi di Apple, l'azienda assicura che i lavoratori sono trattati umanamente e che i dormitori sono divisi per fedi religiose. Apple assicura di applicare un codice di condotta che vieta il lavoro minorile, solo 2 casi sono stati individuati secondo l'azienda. Nello stesso anno 1558 casi di lavoro forzato (*bond labor*, lavoro estratto a causa di un debito contratto dal lavoratore) sono stati scoperti dalla Apple che ha costretto i fornitori a rimborsare i lavoratori per un ammontare di 1,9 milioni di dollari.

Per riprendere il tema generale, la crescita dei profitti si è accompagnata a un processo di concentrazione del potere di mercato delle imprese. La curva degli investimenti mostra che a una fase più competitiva, in cui gli investimenti crescono, succede una fase più oligopolistica in cui gli investimenti si riducono. Lo stesso avviene per quanto riguarda l'innovazione: una fase di crescita delle innovazioni è seguita da una fase di minor spinta innovativa e di ricerca e sviluppo. Man mano che cresce il *markup* le imprese si allontanano dalla frontiera tecnologica. L'esito sembra essere spiegabile con la concentrazione del potere di mercato in capo a poche imprese *superstar* prive di concorrenza.

La politica non sembra più in grado di intervenire nel ridisegnare le curve dell'economia delle imprese. Politiche *antitrust* che pure hanno accompagnato lo sviluppo del capitalismo nell'Otto-Novecento (dalla Standard Oil all'AT&T all'IBM) non si stanno riproponendo nel corso degli ultimi tre decenni rispetto alle nuove imprese dominanti dell'*high tech* e del capitalismo digitale (Facebook, Apple, Google, Amazon etc.).

La crescita dei profitti delle imprese misurata dal *markup* è inoltre correlata alla decrescita della quota spettante al lavoro, un gigantesco processo redistributivo a favore del capitale. Lo stesso si può dire nei rapporti tra il capitalismo dei paesi avanzati e quello dei paesi in via di sviluppo<sup>3</sup>. Ma qui si potranno avere le maggiori sorprese legate allo sviluppo emergente del nuovo capitalismo asiatico.

Troppo recente è lo *statement* da parte delle imprese americane aderenti alla *Business Roundtable* volto a modernizzare i principi su cui si basa l'impresa: non solo gli interessi degli azionisti ma anche quelli dei consumatori, dei lavoratori e della comunità in cui l'impresa opera dovrebbero guidarne l'operato. Da un lato è una presa d'atto che la società nel suo complesso sta subendo gli effetti di un capitalismo deregolato e privo di interesse (riconoscendoli come *stakeholders*) per i lavoratori che hanno perso potere d'acquisto e capacità formative, e le comunità sottoposte alla crisi sociale e dell'ambiente naturale. Ma questo richiederebbe una riforma costituzionale dell'impresa che non è nello *statement* neppure presa in considerazione. Dall'altro la riaffermazione del "libero mercato" e dei suoi principi appare grottesco alla luce della profonda crisi in cui esso ha condotto la società americana. In controluce si può anche leggere nello *statement* una sfida al capitalismo cinese guidato dal-

---

<sup>2</sup> Lo *Statement*, sottoscritto da 180 CEO delle principali imprese statunitensi, innova le precedenti definizioni di finalità di un'impresa (*purpose of a Corporation*) introducendo, accanto al valore per gli *shareholders*, l'attenzione ai consumatori, ai dipendenti, ai fornitori, alle comunità locali in cui l'impresa è insediata.

<sup>3</sup> F.J. DIEZ-D. LEIGH-S. TAMBUNLERTCHAI, *Global Market Power and its Macroeconomic Implications*, Washington, IMF Working Paper WP/18/137, 2018.

le politiche dello Stato. Ma è lo stesso capitalismo che “ospita” a Shenzhen gli stabilimenti di milioni di dipendenti di imprese – come Foxconn per la Apple – che lavorano per le imprese Occidentali.

Per questo occorre fare attenzione a non applicare meccanicamente le categorie Occidentali all'intero mondo capitalistico, che ora include l'Asia e i paesi emergenti. I classici consideravano questi sistemi ancora lontani dallo spirito capitalistico: oggi essi vi sono entrati pienamente ma in forme peculiari. Anziché restare alla superficie del fenomeno capitalistico (testimoniato *in primis* dalla diffusione delle tecnologie di interconnessione digitale ovunque nel mondo) occorre esplorare come l'estensione planetaria del “libero mercato” abbia reagito su assetti sociali e sistemi di credenze radicati. Capire come e per quali vie i valori del mercato capitalistico vengano disseminati ed assimilati, ed entrino in contatto con i regimi di regolazione, i sistemi di lavoro, gli stili della vita e del consumo, e i sistemi di credenze delle società, modificandoli e venendone a loro volta modificati, rappresenta una necessità urgente.

In questo senso occorrerebbe aggiornare molto pensiero Occidentale su *homo oeconomicus*, la cui piena iscrizione nel liberalismo Occidentale è fuori discussione. Scriveva Michel Foucault negli anni '70, cioè prima dell'attuale estensione globale del capitalismo, che *homo oeconomicus* è “*la sola isola di razionalità possibile entro un processo economico incontrollabile, opaco, non totalizzabile*”<sup>4</sup>. In un simile processo economico nessun sovrano può darsi, solo competizione di tutti con tutti: ogni individuo in lotta con ogni altro per accaparrarsi dei beni che forniscono utilità. Sovrano è quindi il consumatore, secondo la retorica del “libero mercato”. Ma la sovranità è l'essenza del Politico. Di qui la distanza, persino l'opposizione tra le due categorie di Economico e Politico. Questi concetti spiegano bene l'attuale problematicità della politica regolativa dell'Occidente, costruita su relazioni dialettiche tra Stato e mercato: mentre oggi il mercato proteiforme prevale e sfugge alle forme tradizionali di regolazione (fiscale, salariale, giuslavoristica, etc.). Ma gli stessi concetti sono difficili da applicare al moderno capitalismo di Stato in Oriente, in cui i due termini Economico e Politico anziché opporsi si sommano in forme inedite. Se in Occidente la sovranità è del mercato (la retorica dice: del consumatore), in Oriente è del Partito-Stato (la retorica dice: del popolo). Anche i sistemi di credenze saranno quindi profondamente diversi, pur di fronte a un meccanismo di produzione e circolazione del capitale (nelle sue forme di merce, denaro, informazione) ormai ampiamente integrato.

Questo mette anche in discussione l'idea che “*l'economia è una disciplina atea; l'economia è una disciplina senza Dio*” sostenuta da Foucault. Essa non tiene conto a sufficienza del fatto che un'etica religiosa, seppur *dimenticata*, ne abbia formato l'inevitabile retroterra. Che la parola credenza e la parola credito abbiano lo stesso significato: un atto di fiducia (in un dio) che implica una restituzione (sotto forma di favore divino accordato al fedele)<sup>5</sup>. E che possibili diverse varianti della credenza religiosa in forme le più varie (etiche individuali di condotta, fedi e sette, religione civile etc.) si combinino con diverse forme di capitalismo, a Occidente e a Oriente. E che persino, il capitalismo stesso sia interpretabile come una religione (Walter Benjamin: *kapitalismus als religion*).

---

<sup>4</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Lezioni al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 231.

<sup>5</sup> E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Einaudi, Torino, 2001, p. 130 ss. ha tracciato la piena corrispondenza tra il latino *credo*, il sanscrito *sraddha* e l'indoeuropeo \**kred*, forma laicizzata di ‘confidare una cosa con la certezza di recuperarla’.

Il nostro pensiero Occidentale soprattutto contrappone l'uomo economico all'uomo giuridico e politico seguendo una precisa tradizione: prima hobbesiana, che già nel '700 diviene Oeconomica, economia come forma di governo; poi nel liberalismo si trasforma in opposizione tra politica ed economia. Mentre a Oriente una diversa credenza nel capitalismo si è affermata, su altre basi rispetto a quelle elaborate dalla società civile e dall'individualismo Occidentali. Vi operano forme collettive e tradizioni imperiali a reggere la diffusione del capitalismo. Forme semicomunistiche di economia della stirpe già osservate da Weber<sup>6</sup> si sono evolute nel comunismo attuale facendo da cuscinetto all'introduzione del capitalismo. Una "relazionalità" tra gli agenti economici emerge, anziché una "razionalità" formale come in Occidente. L'intera questione dell'impresa e dei mercati efficienti e razionali secondo la scuola friedmaniana di Chicago, ne risulta sfidata. Ma di questa necessaria revisione non vi è traccia nello *statement* della *Business Roundtable*.

Ma dall'altro lato occorre rinnovare e aggiornare la nostra stessa discussione sulle crisi del capitalismo, un filone che si è in Occidente imposto tra fine XIX e inizio XX secolo con la comparsa del capitale finanziario e delle sue improvvise cadute, ma oggi richiede altre aperture.

Tra le interpretazioni del capitalismo a ridosso della grande crisi del 2007-8, quella dell'insostenibilità sociale del capitalismo finanziario è stata ampiamente ripresa da economisti, sociologi e storici<sup>7</sup>. Il tema del debito, che è connesso allo sviluppo storico del capitalismo, ha assunto una nuova dimensione. Se in passato la creazione di debito da parte delle banche era fisiologica alla crescita della produzione di capitale, oggi essa è divenuta patologica. Il circuito del debito si è autonomizzato e liberato dalle regole, provocando crisi che alla fine costringono al salvataggio del sistema bancario da parte delle banche centrali e degli Stati. Ma la consapevolezza del salvataggio come ultima risorsa determina un rischio morale che indurrà le banche a continuare all'infinito nell'indebitamento rischioso. In tal modo il capitalismo si avvia a crisi sempre più frequenti. Ciò richiede un lavoro di scavo sulla categoria di debito e su quello che la sostiene, in termini di credenze e di aspettative. Raramente quest'approccio analitico è stato però allargato alle società emergenti e quasi mai ha affrontato il tema in chiave comparata.

Sul capitalismo contemporaneo colpiscono soprattutto il silenzio americano, l'enigma cinese, il pensiero critico europeo.

Il silenzio americano sul capitalismo è il frutto di una società che ne vive oggi la fase più contraddittoria: enorme crescita del debito sia pubblico che privato, esplosione dei profitti finanziari e immobilità sociale, aumento delle povertà e dell'autodistruzione sociale, diminuzione dell'aspettativa media di vita, elevata segregazione urbana, crisi ecologica irreversibile persino dove il capitalismo digitale produce e rinnova le proprie tecnologie di punta entro una società neo-eugenetica come la Silicon Valley. Quale teoria dello sviluppo capitalistico può dare forma e orizzonte a una simile società?

L'enigma cinese del capitalismo è il frutto invece di un sistema politico che non può esplicitamente riconoscere la nuova fase capitalistica della società cinese e metterne in luce i meccanismi e i valori: pur essendo oggi Pechino pari a Tokyo, Shanghai come Hong Kong nell'esplosione della finanza, dei

---

<sup>6</sup> M. WEBER, *Storia economica*, Donzelli, Roma, 1993, p. 45.

<sup>7</sup> Tra i più influenti: T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2014; W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

consumi, degli stili di vita, delle tecnologie create e sostenute dalle nuove imprese sul mercato. Lo sviluppo della società cinese è in pieno corso e indica mete e un futuro di crescita che attraversa il secolo. Ma una rielaborazione critica del nesso tra capitalismo e socialismo-ben presente del resto nei classici—non sta avvenendo. La questione dei diritti di espressione e di libera manifestazione del dissenso, come a Hong Kong, resta un invalicabile tabù.

Il pensiero critico del capitalismo sembra restare quindi un attributo della riflessività europea, frutto di un pensiero che ancora si interroga sui fondamenti e ricerca una teoria del valore del capitalismo.

Certo si tratta di aggiornarne e di seguirne la lezione alla luce degli sviluppi attuali in Occidente e in Oriente. Andrà analizzata alla radice la crisi finanziaria e la caduta di fiducia che essa ha portato con sé; e andranno affrontate le proposte di revisione critica del capitalismo (post-capitalismo, socialismo di mercato, economia della condivisione, economia circolare) che emergono nel dibattito.

Il “capitalismo del debito” nell’epoca della finanziarizzazione appare mimetico e sfuggente, rendendo evidente che “occupare Wall Street” non riesce a mettere in scacco il capitalismo senza affrontarne una profonda ristrutturazione delle basi regolative e valoriali. Il “capitalismo del debito” infatti si basa su protezioni giuridiche, si avvolge nel diritto societario e fa della *lex mercatoria* globale il proprio abito: unico germe ‘globale’ mentre il *nomos* ‘statale’ della terra si dissolve<sup>8</sup>.

Di questo uso del diritto come *arcana imperii* esiste una tradizione, che Vico ha mostrato. I patrizi si servivano della giurisprudenza come un arcano del potere: non avendo alcun ordine proprio (accanto alla plebe, ai cavalieri e al senato) si assicuravano il potere nello stato attraverso essenzialmente, il diritto. Esistendo tre tipi di diritto, sacro, pubblico e privato, i patrizi si servivano di questo espediente: nessuno conosceva i tre tipi di diritto, se non coloro che partecipavano ai collegi dei pontefici e degli àuguri: e “*poiché in tali collegi erano ammessi soltanto uomini nobilissimi, soltanto i patrizi custodivano la giurisprudenza, come fosse un mistero*”<sup>9</sup>.

Il grande tema vichiano ricorre oggi nella natura del diritto societario, vero arcano del potere del capitalismo moderno: in grado di proteggere occultando. Lo *statement* del capitalismo americano della *Business Roundtable* rivolto alla tutela di consumatori, lavoratori e comunità locali difficilmente appare realizzabile: certamente non rappresenta una riforma costituzionale dell’impresa di cui invece si sente il bisogno. Si tratterebbe di articolare i diritti dei consumatori, dei lavoratori, delle comunità all’interno della stessa costituzione legale dell’impresa. Di riconoscere poteri di intervento a ciascuno di questi *stakeholders*, sulla base di una efficace tutela del consumatore dall’arbitrio dell’impresa (come è risultato evidente nel caso di Facebook-Cambridge Analytica), di una partecipazione dei lavoratori al controllo della quantità e qualità del lavoro erogato e della formazione professionale necessaria ad affrontare i cambiamenti tecnologici, e infine di una “voce” della comunità locale nelle scelte produttive e nelle ricadute ambientali dell’impresa. Giacomo Becattini<sup>10</sup> ha proposto che le comunità locali entrino nei consigli di amministrazione delle imprese per far sentire questa voce in modo effettivo.

---

<sup>8</sup> Per una discussione del tema si veda S. CASSESE, *From the Nation-State to the Global Polity*, in D. KING-P. LE GALÉS (eds.), *Reconfiguring European States in Crisis*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

<sup>9</sup> Vico 2008, p. 121.

<sup>10</sup> G. BECATTINI, *La coscienza dei luoghi*, Donzelli, Roma, 2015.

Nulla di questo è adombrato nello *statement* delle imprese statunitensi. Il “libero mercato” richiede però, attraverso lo *statement*, quantomeno una “modernizzazione del ruolo dell’impresa”. In questo procedere avvolgente il capitalismo, come il Castello di Kafka, esercita la violenza degli influssi imponderabili anche senza minacciare vere costrizioni. Svuota la democrazia liberale come in USA con imprese dominanti sul “libero mercato”, ma sa anche accoppiarsi a regimi disciplinari coercitivi come in Cina. Non trascura né l’innovazione, dal cui motore in definitiva continua a dipendere, né la tradizione se e quando può trarne benefici. Sta in questa capacità di adattamento, per molti aspetti mimetico per altri brutale, la sua attuale condizione insieme di forza e di debolezza. E insieme fa emergere la “domanda di regolazione” che esso implicitamente esprime. Sta al diritto cogliere oggi fino in fondo la sfida.



# SAGGI

## La regolazione promozionale del cinema, dell'audiovisivo e dello spettacolo dal vivo tra logica di mercato e “diversità” culturale \*

di Eugenio Bruti Liberati

### ABSTRACT

*In the sectors of cinema and live shows, the issue of the relationship between market rules and cultural diversity (or exception) is particularly important. This applies above all to regulation aimed at financially supporting cinema and theater, for which the needs to promote a real cultural development of people seem to require the derogation, from different point of view, to the ordinary statute of the market.*

**SOMMARIO:** 1.Premessa. – 2. La disciplina del cinema e dell'audiovisivo. I (tenui) vincoli posti dal legislatore europeo e dalla prassi della Commissione. – 2.1. Il modello italiano. – 2.2. Una critica e una proposta di modifica. – 3. Il modello relativo agli spettacoli dal vivo.

### 1. Premessa

Il dibattito molto intenso che si è sviluppato in questi ultimi anni sulle novità via via introdotte dal legislatore in ordine alla disciplina dei settori della cinematografia, dell'audiovisivo e degli spettacoli dal vivo ha mostrato con grande chiarezza che una delle questioni fondamentali che si pongono in questi ambiti è quella del rapporto tra diversità (o eccezione) culturale e regole di mercato, e dunque dei modi in cui l'esigenza di garantire e promuovere spazi adeguati di espressione artistica e culturale può essere conciliata con le norme poste a tutela dei meccanismi concorrenziali.

Il tema della regolazione di attività che hanno comunque un evidente contenuto economico si pone qui in modo peculiare, diverso da quello che caratterizza altri settori nei quali pure la logica del mercato e dell'efficienza allocativa deve essere conciliata con istanze di carattere sociale. E tale peculiarità determina problemi di normazione – e anche di interpretazione – a loro volta particolari, che non sembrano emergere in relazione ad altri comparti della disciplina pubblica delle attività economiche.

Non mancano naturalmente altri temi e problemi rilevanti, come quello della *governance* pubblica del settore, con l'ovvia questione del riparto di competenze normative e amministrative tra Stato, regioni ed enti locali<sup>1</sup>, o

---

\* Il presente saggio è frutto di una ricerca finanziata con fondi dell'Università del Piemonte Orientale.

<sup>1</sup> Sia nel caso del cinema che degli spettacoli dal vivo, tale *governance* è fortemente accen-

anche quello – che interessa in particolare i vari settori dello spettacolo dal vivo – del diretto coinvolgimento dei soggetti pubblici nella gestione dell’offerta culturale.

Tuttavia, l’analisi che s’intende svolgere in questa sede avrà ad oggetto essenzialmente la prima questione, non solo perché è su di essa che gli ancora recenti provvedimenti legislativi ed amministrativi riconducibili al Ministro Franceschini<sup>2</sup> sollecitano una riflessione più urgente, ma anche perché tale questione si ricollega ad un tema di portata e di rilievo ancora più generali – il ruolo dello Stato rispetto ai processi culturali e sociali –, che sembra a sua volta meritare qualche specifica attenzione.

## 2. La disciplina del cinema e dell’audiovisivo. I (tenui) vincoli posti dal legislatore europeo e dalla prassi della Commissione

La prospettiva di analisi che si è indicata richiede ovviamente di distinguere tra il settore dell’audiovisivo, di cui il cinema è una parte, e il settore dello spettacolo dal vivo: non solo i connotati sostanziali di tali attività sono significativamente differenti, ma assai diversi sono anche, come si vedrà, i modelli di regolazione promozionale per essi accolti dal nostro legislatore.

Venendo quindi innanzitutto al cinema e all’audiovisivo, è necessario ricordare in primo luogo che oggi, grazie alla legge n. 220/2016 e ai decreti legislativi e ministeriali attuativi della stessa<sup>3</sup>, vige per essi una disciplina tendenzialmente organica, sia quanto agli aspetti funzionali che a quelli organizzativi, largamente incentrata sui temi dell’incentivazione ma che si occupa anche di profili differenti.

Tale disciplina, proprio nella parte che qui più interessa, che è quella delle misure di sostegno, è in parte attuativa di norme europee, e in particolare delle disposizioni contenute nella direttiva 2010/13/UE sulla fornitura dei servizi di media audiovisivi<sup>4</sup> e nel regolamento (UE) 651/2014 del 17 giugno 2014 che

---

trata, con la differenza peraltro che mentre per il primo la Corte costituzionale ha sostanzialmente convalidato tale assetto con la sentenza n. 282/2005 (fatto salvo l’obbligo di coinvolgere le regioni mediante lo strumento dell’intesa), viceversa per i secondi la Corte aveva statuito con chiarezza, già con le sentenze nn. 255 e 256/2004, che tale accentramento poteva essere ritenuto legittimo solo in via temporanea, per evitare di interrompere il flusso di provvidenze pubbliche che sostiene il settore, ma avrebbe dovuto essere superato dalla disciplina a regime. Il che peraltro non è ancora avvenuto.

<sup>2</sup> Si tratta innanzitutto, com’è noto, della legge 14 novembre 2016, n. 220, recante “Disciplina del cinema e dell’audiovisivo”, e dei relativi decreti legislativi e ministeriali attuativi, nonché della legge 22 novembre 2017, n. 175, recante “Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al governo per il riordino della materia”.

<sup>3</sup> Sulla legge 14 novembre 2016, n. 220 e sui decreti che hanno ad essa attuazione v. in dottrina L. CASINI, “Il nastro dei sogni”? Il diritto (pubblico) del cinema e dell’audiovisivo, in *AEDON*, 3/2017, p. 1 ss.; F. D’URSO-F. MEDOLAGO ALBANI, *I principi che ispirano l’intervento pubblico nel cinema e nell’audiovisivo e la nuova legge*, in M. CUOCCO-G. MANZOLI (a cura di), *Il cinema di Stato. Finanziamento pubblico ed economia nel cinema italiano contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 237 ss.; A. ZAFFANELLA, *Il sostegno finanziario dello Stato al cinema e la disattesa attuazione della “Costituzione culturale”*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018.

<sup>4</sup> Su tale disciplina v. R. ZACCARIA-A. VALASTRO-E. ALBANESI (a cura di), *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018, p. 310 s.; F. BASSAN-E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44*, Giuffrè, Milano, 2012.

ha dichiarato compatibili con il mercato interno alcune categorie di aiuti statali (inclusi quelli per l'audiovisivo)<sup>5</sup>.

È noto che in materia di cultura l'Unione Europea, ai sensi dell'art. 167 TFUE, ha solo compiti di supporto all'azione e alla cooperazione tra Stati membri<sup>6</sup>. Questo peraltro non le ha impedito di elaborare una sua ben definita politica di intervento anche nel settore del cinema e dell'audiovisivo, i cui capisaldi sono sostanzialmente tre<sup>7</sup>.

In primo luogo, sono stati attivati specifici programmi europei di finanziamento per l'audiovisivo, diretti a sostenere opere e progetti di interesse europeo<sup>8</sup>.

In secondo luogo, sono state puntualmente individuate, prima nella prassi della Commissione e poi nel citato regolamento (UE) 651/2014, le condizioni in presenza delle quali gli aiuti di Stato al cinema e all'audiovisivo possono considerarsi compatibili con il mercato interno: ed è importante sottolineare che tali condizioni – che attengono al carattere culturale del prodotto audiovisivo<sup>9</sup>, alla c.d. soglia di territorialità nazionale richiesta ai fini dell'erogazione dell'aiuto (che non può essere troppo elevata)<sup>10</sup> e alla c.d. intensità del medesimo<sup>11</sup> – sono state sin qui intese ed applicate dalla Commissione europea con straordinaria flessibilità, piuttosto sorprendente per chi conosca la rigidità della stessa in altri ambiti di applicazione della normativa sugli aiuti<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> V. in particolare il Considerando 73 e l'art. 54. V. anche le disposizioni generali dettate dagli artt. 1-12.

<sup>6</sup> Prevede infatti l'art. 167 che: "1. L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, scambi culturali non commerciali, creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo".

<sup>7</sup> V. al riguardo E. CHITI, *La disciplina europea del cinema e dello spettacolo dal vivo*, in *AE-DON*, 3/2007; L. BELLUCCI, *Cinema e diritto nell'integrazione europea: incentivazione economica e promozione della diversità culturale*, in *Sociologia del diritto*, 3/2010, p. 84 ss.

<sup>8</sup> I programmi europei di sostegno per il cinema e l'audiovisivo sono oggi ricompresi nel programma "Europa creativa", che riguarda il periodo 2014-2020, e sul quale v. il sito della Commissione europea [http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/index_en.htm), nonché quello dell'EACEA – Agenzia Esecutiva per l'Istruzione, gli Audiovisivi e la Cultura: [http://eacea.ec.europa.eu/creative-europe\\_en](http://eacea.ec.europa.eu/creative-europe_en).

<sup>9</sup> Dispone l'art. 54 del regolamento (UE) 651/2014 che "Gli aiuti sostengono un prodotto culturale. Al fine di evitare errori palesi nella classificazione di un prodotto come prodotto culturale, ciascuno Stato membro stabilisce procedure efficaci, quali la selezione delle proposte da parte di una o più persone incaricate o la verifica rispetto a un elenco predefinito di criteri culturali".

<sup>10</sup> V. il comma 4 del medesimo art. 54.

<sup>11</sup> L'intensità dell'aiuto attiene al rapporto tra l'entità dei costi da sostenere (e considerati ammissibili) e la misura del contributo, che non può eccedere le soglie indicate dai commi 6 ss. del suddetto art. 54.

<sup>12</sup> La letteratura sugli aiuti di Stato, e anche sulla prassi attuativa della Commissione, è ovviamente piuttosto ricca. Si vedano, tra gli altri, C. KOENIGG-J. KUHLING, *EC Control of Aid Granted by State resources*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2001, p. 7 ss.; A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato (dir. com.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Giuffrè, Milano, I, 2006, p. 192 ss.; A. TONETTI, *Ausili finanziari*, *ibidem*, p. 550 ss.; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2012; E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 19 ss.; L. FLYNN-N. PESARESI-C. SIATERLI (eds.), *EU Competition Law*, vol. IV, *State Aid*, Claeys & Casteels Publishing, Deventer, 2016; G. BOTTINO, *Il finanziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO, *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 219 ss.; A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Jovene, Napoli, 2018, in part. p. 45 ss.

Infine, l'Unione Europea ha anche previsto l'imposizione ai fornitori di servizi di media audiovisivi – cioè alle emittenti televisive – di specifici obblighi di programmazione e di investimento in opere audiovisive europee<sup>13</sup>.

I vincoli che questo insieme di norme e di prassi europee implicano per i legislatori degli Stati membri appaiono peraltro piuttosto tenui: è ai legislatori nazionali che in definitiva compete di decidere, con notevole autonomia, se introdurre o non introdurre misure di sostegno per il cinema e l'audiovisivo e in quali forme e con quale intensità. Certo, i legislatori nazionali devono rispettare le condizioni per l'erogazione degli aiuti che si sono sopra richiamate: ma si tratta, come si è accennato, di condizioni non soltanto assai flessibili ma anche di segno meramente negativo, che lasciano appunto agli Stati la possibilità di modulare piuttosto liberamente le loro politiche culturali.

L'Unione Europea riconosce infatti esplicitamente – anche attraverso la sua adesione alle pertinenti convenzioni internazionali – il valore della diversità culturale europea e dei singoli Stati membri e la funzione essenziale che il cinema e l'audiovisivo possono svolgere per mantenerla e valorizzarla<sup>14</sup>. E riconosce altresì che le ordinarie dinamiche di mercato possono non essere idonee a garantire l'adempimento di quella funzione.

È in questo quadro europeo aperto e flessibile che il legislatore italiano è venuto delineando, già da qualche anno (quanto meno dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28)<sup>15</sup> e da ultimo con i provvedimenti del biennio 2016-2017, il suo attuale modello di regolazione – peraltro, com'è noto, largamente ispirato al sistema francese (pur se non coincidente con esso)<sup>16</sup>.

## 2.1. Il modello italiano

Se, nell'analizzare tale modello, si cerca di coglierne innanzitutto le caratteristiche di fondo, appare subito evidente che esso si contraddistingue per l'essere rivolto a sostenere l'industria cinematografica e audiovisiva in quanto tale: oggetto di incentivazione statale non è solo il cinema di qualità o di più difficile fruizione da parte del pubblico, ma anche e in primo luogo il prodotto cinematografico e audiovisivo in sé considerato, perché ritenuto in ogni caso espressione dell'identità culturale nazionale ed europea nonché bisognoso di protezione rispetto alla concorrenza di prodotti audiovisivi extra-europei.

La logica a cui il modello risponde – non credo si possa negarlo e del resto è già stato rilevato in dottrina<sup>17</sup> – è anche e innanzitutto protezionistica, di tu-

---

<sup>13</sup> V. la già citata direttiva 2010/13/UE del 10 marzo 2010 (“Direttiva sui servizi di media audiovisivi”), come recentemente modificata dalla direttiva 2018/1808/UE del 14 novembre 2018 (v. in particolare l'art. 13).

<sup>14</sup> V. al riguardo L. BELLUCCI, *Cinema e diritto nell'integrazione europea: incentivazione economica e diversità culturale*, cit., in part. p. 86 ss.; nonché S. FOÀ-W. SANTAGATA, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in *AEDON*, 2/2004.

<sup>15</sup> V. G. ENDRICI, *Il sostegno pubblico all'attività cinematografica*, in *AEDON*, 1/2006; nonché A. ZAFFANELLA, *Il sostegno finanziario dello Stato al cinema e la disattesa attuazione della “Costituzione culturale”*, cit., p. 6 ss.; R. ZACCARIA-A. VALASTRO-E. ALBANESI (a cura di), *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 590 s.; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Il Mulino, Bologna, V ed., 2013, in part. p. 303 ss.; G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2009, in part. p. 183 ss.

<sup>16</sup> Tale sistema, attuato con il *Code du cinéma et de l'image animée*, è stato a sua volta recentemente aggiornato con il décret n. 2017-150 del febbraio 2017.

<sup>17</sup> V. G. MANZOLI, *Molto rumore per nulla? Il decreto legislativo in materia di promozione delle*

tela dell'industria audiovisiva italiana (e europea) nei confronti delle grandi produzioni americane (o comunque internazionali), pur se questo non esclude, com'è doveroso aggiungere e come subito si dirà, che anche altre finalità vengono contestualmente perseguite.

E, infatti, se si guarda alla concreta configurazione data dal nostro legislatore alle misure di sostegno previste per il settore – che comprendono un insieme articolato di incentivi fiscali e di contributi diretti per tutti i segmenti della filiera cinematografica e audiovisiva<sup>18</sup> –, si vede che la quota parte di gran lunga più consistente delle stesse è destinata alle imprese attive nella filiera cinematografica e audiovisiva (o che comunque abbiano investito in essa) non sulla base di un effettivo giudizio di valore culturale delle opere da esse realizzate, ma, sostanzialmente, per il solo fatto di avere prodotto, distribuito o esercitato opere (definibili come) di nazionalità italiana.

Ciò vale certamente per gli incentivi di carattere fiscale (cioè per i crediti di imposta)<sup>19</sup> e vale anche, in misura non lieve, per i c.d. contributi automatici (che vengono quantificati sulla base di parametri tabellari prefissati)<sup>20</sup>: in entrambi i casi, difatti, l'attribuzione del beneficio dipende in definitiva, oltre che dal possesso del requisito della nazionalità italiana (spettante sulla base di determinati indici tabellari e potenzialmente riconosciuta anche alle imprese degli Stati membri dell'UE<sup>21</sup>), da due sole condizioni.

La prima di tali condizioni è che l'opera possieda alcuni vaghi e assai tenui requisiti di eleggibilità culturale, tra cui, ad esempio, l'attinenza a “*tematiche storiche, mitologiche e leggendarie, religiose, sociali, fantastiche, artistiche o culturali*”, oppure ad una “*personalità o ad un carattere storico, mitologico o leggendario*”<sup>22</sup>.

La seconda condizione è che l'opera non rientri in una delle poche categorie espressamente escluse dai benefici, come quelle di carattere pornografico, o che incitano all'odio razziale o che hanno natura esclusivamente commerciale<sup>23</sup>.

Sembra difficile escludere che, sulla base di tali regole, anche film di qualità culturale piuttosto incerta e comunque non verificata possano accedere ai crediti di imposta e ad una parte dei contributi c.d. automatici – cioè alla parte più cospicua degli incentivi erogati dal Fondo per il cinema e l'audiovisivo<sup>24</sup>.

Si deve peraltro senz'altro aggiungere che i suddetti contributi automatici sono definiti nel loro concreto ammontare tenendo conto, oltre che dei risultati

---

*opere europee ed italiane da parte dei fornitori di servizi di media audiovisivi*, in AEDON, 1/2018.

<sup>18</sup> Per un'analisi molto puntuale di tali misure di sostegno v. L. CASINI, *Il nastro dei sogni. Il diritto (pubblico) del cinema e dell'audiovisivo*, cit.; v. anche A. ZAFFANELLA, *op. cit.*, in part. p. 18 ss.

<sup>19</sup> V. per essi gli artt. 15-22 della legge n. 220/2016, nonché il D.M. 15 marzo 2018.

<sup>20</sup> Sui contributi automatici v. gli artt. 23-25 della legge n. 220/2016, nonché il D.M. di attuazione 31 luglio 2017.

<sup>21</sup> V. l'art. 5 della legge n. 220/2016, nonché il D.P.C.M. attuativo 11 luglio 2017.

<sup>22</sup> V. l'art. 11 del D.M. 15 marzo 2018, e soprattutto la tabella A allegata a tale decreto.

<sup>23</sup> V. al riguardo il D.M. 14 luglio 2017, che individua “*i casi di esclusione delle opere audiovisive dai benefici previsti dalla legge 14 novembre 2016 n. 220*” (v. in particolare l'art. 1).

<sup>24</sup> Una delle novità della legge n. 220/2016 è stata appunto l'istituzione di un apposito Fondo per il cinema e l'audiovisivo, distinto dal Fondo per lo spettacolo. V. ancora al riguardo L. CASINI, *op. cit.*, p. 1 s. Si noti che per l'anno 2017 il Fondo per il cinema disponeva di una dotazione di circa 400 milioni di euro, dei quali circa 170 erano destinati ai due strumenti dei crediti di imposta e dei contributi automatici.

economici conseguiti dalle opere realizzate dalle diverse imprese cinematografiche e audiovisive, anche di parametri di carattere “artistico”, come la partecipazione a festival internazionali o il conseguimento di premi indicati in apposite tabelle<sup>25</sup>.

E occorre anche, e forse soprattutto, notare che ulteriori contributi, c.d. selettivi, sono invece assegnati ad opere individuate come meritevoli da un’apposita commissione di esperti tra le opere di giovani autori, quelle di particolare qualità artistica e quelle definite “difficili” e realizzate con modeste risorse finanziarie<sup>26</sup>. Tali contributi selettivi hanno una consistenza minore rispetto a quella dei crediti di imposta e dei contributi automatici, ma non irrisoria<sup>27</sup>.

Questo significa che il sistema definito dal legislatore italiano, se è primariamente diretto a sostenere la cinematografia italiana in quanto tale, anche quando realizza prodotti verosimilmente in grado di stare con le loro sole forze sul mercato e comunque prodotti di valore culturale non verificato, è però anche volto ad offrire un supporto non irrilevante ad opere che hanno invece accertati meriti culturali e che potrebbero incontrare realmente difficoltà ad ottenere dal mercato quanto necessario per coprire i costi di produzione e distribuzione.

Per completare il quadro delle misure dal legislatore europeo e nazionale a sostegno del settore cinematografico e audiovisivo si devono poi anche richiamare i già citati obblighi di investimento e di programmazione posti in capo alle emittenti televisive: obblighi, come si è sopra rilevato, da tempo previsti a livello europeo e nazionale, ma che la legge n. 220/2016 e soprattutto il d.lgs. 7 dicembre 2017, n. 204 hanno significativamente potenziato, nonostante la forte opposizione delle stesse emittenti televisive.

Per effetto di tale disciplina, tutte le emittenti devono destinare una parte della loro programmazione a opere europee (con un’ulteriore specifica previsione a favore delle opere italiane) e investire una parte dei loro introiti nelle medesime<sup>28</sup>.

La consistenza degli obblighi varia tra la Rai e le emittenti private e tra quelle c.d. lineari e quelle a richiesta: ma il vincolo è generale ed è oggi presidiato sia da specifiche norme antielusione<sup>29</sup> sia da sanzioni piuttosto robuste, di competenza dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni<sup>30</sup>.

Guardate in un’ottica propriamente regolatoria, si tratta in fondo di misure di regolazione asimmetrica, pro-concorrenziali, dirette a contenere il potere di mercato di cui indubbiamente ancora oggi, nonostante l’evoluzione tecnologica in corso, le televisioni continuano a godere.

Ma non sembra contestabile che sul piano sostanziale tali obblighi si traducano in ulteriori misure di sostegno dell’industria cinematografica e audiovisiva – sia pure poste in essere non con risorse pubbliche (salvo ovviamente il caso della Rai) ma con quelle delle emittenti televisive.

---

<sup>25</sup> V. al riguardo il D.M. 31 luglio 2017, e in particolare l’art. 6, comma 3.

<sup>26</sup> V. al riguardo l’art. 26 della legge n. 220/2016, nonché il D.M. 31 luglio 2017.

<sup>27</sup> Per il 2017 lo stanziamento per i contributi selettivi era di 32 milioni contro i 170 milioni circa previsti per crediti d’imposta e contributi automatici.

<sup>28</sup> V. l’art. 2 del d.lgs. n. 204/2017, che ha sostituito il Titolo VII del d.lgs. n. 177/2005.

<sup>29</sup> V. l’art. 44-*quinquies* del nuovo testo del d.lgs. n. 177/2005, che attribuisce all’Autorità per le comunicazioni e al Ministero dello Sviluppo economico un potere regolamentare e di controllo.

<sup>30</sup> V. l’art. 3 del d.lgs. n. 204/2017.

## 2.2. Una critica e una proposta di modifica

Appare dunque corretto concludere che, per effetto dell'assetto regolatorio sopra richiamato, le attività cinematografiche e audiovisive ricevono, in quanto tali, per il loro essere potenzialmente portatrici di valori culturali ma (in misura non lieve) in assenza di una concreta ed effettiva verifica dello stesso, di una duplice rilevante protezione: verso le industrie cinematografiche ed audiovisive extra-europee e verso le emittenti televisive.

Chi scrive ritiene che tale duplice protezione sia giustificata ed anzi apprezzabile. La deroga che in tal modo si realizza rispetto agli ordinari meccanismi di mercato appare infatti richiesta dalle esigenze di tutela della diversità culturale che si sono sopra richiamate, che in quei meccanismi di mercato non sembrano poter trovare adeguata soddisfazione.

Occorre peraltro chiedersi se il sistema non possa e non debba in realtà essere reso più coerente con le finalità che intende perseguire; e in particolare se non sia opportuno o addirittura necessario prevedere che il valore culturale delle opere ammesse a godere delle forme di sostegno di cui si è detto – o almeno di una parte assai più estesa delle stesse – sia non presunto ma effettivo, e cioè puntualmente accertato da organismi qualificati, sia pure sulla base di criteri e tabelle predefiniti.

Mi rendo conto del fatto che l'automaticità degli incentivi fiscali e dei contributi appunto automatici ha molti evidenti vantaggi rispetto ad un sistema che includa apprezzamenti tecnico-discrezionali, inevitabilmente soggettivi ed opinabili, come tali contestabili e spesso contestati, ed esposti al fastidio delle pressioni lobbistiche e al rischio di scelte tardive, errate o non imparziali<sup>31</sup>.

Ma credo che si debba anche riconoscere che l'arretramento dell'amministrazione insito nell'attuale sistema, la fuga dalla discrezionalità tecnica che esso comporta, con la conseguente implicita decisione di non operare un reale controllo sulla qualità artistica delle opere incentivate, ha a sua volta costi sociali rilevanti, perché comporta inevitabilmente la rinuncia a filtrare e ad orientare – non nel merito, sia chiaro, ma nel senso del rigore e della qualità – i processi culturali.

Il prezzo pagato alla semplicità e "neutralità" dei meccanismi di sostegno alla cinematografia è l'abbandono in larga misura acritico alle dinamiche e alla logica del mercato e al gusto della maggioranza: quelle dinamiche e quella logica che il richiamo alla eccezione culturale dovrebbe invece servire, come si è detto, a contenere.

Né sembra insuperabile l'obiezione che, ampliando l'area dei contributi condizionati ad un'effettiva verifica della qualità artistica delle opere, si torni a forme di condizionamento politico dell'attività cinematografica e si consenta alle maggioranze di governo di fare del cinema – come accaduto in un passato ben noto – uno strumento di propaganda ideologica e culturale<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Una sintesi efficace delle ragioni che militano a favore di meccanismi automatici (e dunque contro il ricorso a parametri discrezionali) nell'erogazione di sovvenzioni pubbliche alle imprese si trova nel documento del 2012 *"Analisi e Raccomandazioni sui Contributi Pubblici alle imprese"*, redatto da F. GIAVAZZI-M. D'ALBERTI-A. MOLITERNI-A. POLO-F. SCHIVARDI (il c.d. Rapporto Giavazzi). A prescindere da qualsiasi considerazione sulla condivisibilità di tale impostazione in termini generali, deve essere sottolineato che rispetto al settore del cinema (e dello spettacolo in genere) è ovviamente indispensabile, come argomentato nel testo, tenere conto della clausola di "eccezione" culturale.

<sup>32</sup> Per l'uso politico del cinema da parte del regime fascista v., tra gli altri, A. ORSI BATTAGLINI, *L'intervento economico statale a favore della cinematografia*, in AA.VV., *Intervento pubblico e*

La discrezionalità che dovrebbe essere esercitata dagli organismi a cui affidare quella verifica dovrebbe infatti avere contenuto esclusivamente tecnico, non politico, senza alcuna ponderazione di interessi pubblici, come del resto avviene oggi per l'attribuzione dei contributi c.d. selettivi; e sul rispetto di tale limite – di mera tecnicità degli apprezzamenti operati ai fini del riconoscimento degli incentivi – la giurisprudenza potrebbe e dovrebbe operare, come in altri ambiti, un vaglio penetrante<sup>33</sup>. Il rischio che la politica cerchi di utilizzare per i suoi fini lo strumento dell'incentivazione, e così di orientare e condizionare nel merito la produzione cinematografica ed audiovisiva non può essere totalmente escluso, ma sembra poter essere in tal modo contenuto entro limiti ragionevoli.

### 3. Il modello relativo agli spettacoli dal vivo

Se ora si passa a considerare il diverso ambito dello spettacolo dal vivo, si trova un modello di disciplina – in particolare, per ciò che attiene alle misure di incentivazione – significativamente diverso: un modello che spesso è stato oggetto di critiche anche severe, e che certo non brilla per completezza ed organicità, ma che rispetto al settore del cinema sembra esprimere una visione meno minimalista del ruolo dello Stato rispetto alle dinamiche culturali.

Qui, è necessario innanzitutto ricordare che con la recente legge 22 novembre 2017, n. 175 è stata, tra l'altro, data delega al governo per la redazione di un testo unico denominato "codice dello spettacolo", volto ad assicurare al settore un assetto "*più efficace, organico, e conforme ai principi di semplificazione delle procedure amministrative e ottimizzazione della spesa e volto a migliorare la qualità artistico-culturale delle attività, incentivandone la produzione, l'innovazione, nonché la fruizione da parte della collettività*"<sup>34</sup>.

Il termine per la delega è peraltro scaduto senza esito a novembre 2018. È dunque necessario ragionare sul settore assumendo che anche per il prossimo futuro la disciplina della materia continuerà ad essere frammentaria e magmatica come è stata sino ad ora.

A parte il caso ben noto delle attività liriche – per le quali il legislatore ha dettato una normativa assai più articolata, definendo a più riprese regole funzionali e strutturali molto penetranti –, si tratta fondamentalmente di una disciplina di incentivazione e di promozione, diretta a fornire sostegno agli operatori dello spettacolo, e che solo per tale via intende anche – come da tempo evidenziato da Carla Barbatì<sup>35</sup> – conformare, in una certa misura, l'attività e l'organizzazione degli stessi.

Le differenze rispetto al sistema definito per il cinema e l'audiovisivo appaiono immediatamente evidenti.

E, infatti, se si studia la disciplina contenuta nel D.M. 27 luglio 2018, che al-

---

*libertà di espressione nel cinema, nel teatro e nelle attività musicali*, Giuffrè, Milano, 1974, in part. p. 6 ss.

<sup>33</sup> Al riguardo sia consentito rinviare alle più ampie considerazioni svolte in E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>34</sup> Così l'art. 2 della legge n. 175/2017.

<sup>35</sup> V. già C. BARBATI, *Istituzioni e spettacolo. Pubblico e privato nelle prospettive di riforma*, Cedam, Padova, 1996.

lo stato regola appunto la materia dell'incentivazione degli spettacoli dal vivo, si vede che le relative provvidenze, erogate per il tramite del Fondo Unico per lo Spettacolo, sono assegnate sulla base di valutazioni compiute da apposite commissioni consultive aventi ad oggetto anzitutto la qualità artistica del progetto presentato dagli operatori attivi nei diversi settori dello spettacolo<sup>36</sup>.

Tale valutazione deve essere operata sulla base di tabelle e criteri predefiniti, che appaiono particolarmente puntuali e articolati, ma ha comunque indiscutibilmente un contenuto tecnico-discrezionale, che deve esprimersi anche sul valore culturale dello spettacolo per il quale è richiesto il contributo<sup>37</sup>.

Non mancano, come già si è accennato, prescrizioni volte a conformare taluni aspetti dell'attività o dell'organizzazione dei soggetti richiedenti<sup>38</sup>; ma, al netto di talune indicazioni forse eccessivamente invasive, non appare certamente singolare, ed è anzi in sé del tutto fisiologico, che lo strumento dell'incentivo sia usato anche per indirizzare i privati verso scelte considerate di interesse pubblico<sup>39</sup>.

Si può ovviamente discutere nel merito se sia o non sia opportuno che la normativa in questione si spinga, ad esempio, sino a porre agli operatori del teatro un limite alla quantità di rappresentazioni realizzabili al di fuori della regione di appartenenza<sup>40</sup>; ma che agli stessi sia richiesta, per citare un'altra prescrizione conformativa dell'attività, anche la produzione di un certo numero di spettacoli di autori viventi e di spettacoli di ricerca, così da promuovere l'attualità, la pluralità e la complessità della loro proposta culturale, non sembra invece criticabile<sup>41</sup>.

Appare al contrario apprezzabile, per le ragioni che si sono sopra richiamate, che qui il ruolo dei pubblici poteri non sia marginale, come avviene oggi per la maggior parte degli incentivi per il cinema e l'audiovisivo, ma sia, o possa essere, propulsivo e di stimolo ad una produzione di valore realmente culturale.

---

<sup>36</sup> V. in particolare l'art. 5 del citato D.M. 27 luglio 2017, recante "Criteri e modalità per l'erogazione, l'anticipazione e la liquidazione dei contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul Fondo unico per lo spettacolo di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163", nonché le tabelle allegate al decreto sub B).

<sup>37</sup> Ad esempio, la Tabella 1 prevede che, con riferimento ai Teatri nazionali, i contributi debbano essere assegnati tenendo conto, tra l'altro, della "qualità della direzione artistica", della "qualità professionale del personale artistico scritturato", della "qualità artistica del progetto", della "capacità di assicurare una proposta di alto livello, differenziata, plurale ed innovativa, anche a carattere multidisciplinare e internazionale", degli "interventi di educazione e promozione presso il pubblico a carattere continuativo realizzati anche attraverso rapporti con università e scuole per l'avvicinamento dei giovani", e dello "sviluppo, creazione e partecipazione a reti nazionali ed internazionali".

<sup>38</sup> V. in particolare i Capi II, III e IV del D.M. 27 luglio 2017, che indicano i requisiti organizzativi e funzionali richiesti alle diverse forme di spettacolo dal vivo per accedere ai contributi. Ad esempio, relativamente ai Teatri nazionali, si richiede che essi gestiscano direttamente in esclusiva, una o più sale, nella regione in cui hanno sede legale, per un totale di almeno mille posti; che "almeno il quaranta per cento del personale artistico coincida con quello dell'annualità precedente"; che "almeno il cinquanta per cento del personale amministrativo e tecnico risulti assunto con contratto a tempo indeterminato"; che "ogni anno vengano prodotti almeno due spettacoli di autori viventi, di cui almeno uno di nazionalità italiana", che "ogni anno vengano prodotti o ospitati un minimo di due spettacoli di ricerca".

<sup>39</sup> Si veda al riguardo, in termini generali, G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1967; nonché E. CROCI-G. PERICU, *Sovvenzioni (dir. amm.)*, ad vocem, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 243 ss. V. anche C. SCHULTZE, *L'uso pubblico dell'interesse privato*, Guerini e associati, Milano, 1993.

<sup>40</sup> V. in tal senso gli artt. 10 e 11 del D.M. 27 luglio 2017.

<sup>41</sup> V. ancora gli stessi artt. 10 e 11 del D.M. 27 luglio 2017.

I vantaggi di meccanismi di sostegno automatici e non selettivi sono innegabili e sono già stati in precedenza richiamati; ma, a fronte di tali vantaggi, stanno i costi di un sistema che rimette *in toto* al mercato e alla sua logica di efficienza solo economica la scelta di quali spettacoli produrre e dei modi in cui produrli, rinunciando in larga misura a premiare e a promuovere prodotti meno inclini ad assecondare i gusti del grande pubblico.

Non si tratta qui, evidentemente, di incoraggiare, come talora è accaduto in passato, una produzione culturale del tutto avulsa dagli interessi e dalle preferenze degli spettatori. Ma di riuscire invece ad orientare quegli interessi e quelle preferenze – come pure è avvenuto in non dimenticate esperienze anche recenti – verso livelli ragionevoli di rigore e di qualità artistica.

Altrimenti, che ne è della funzione sociale – e del valore culturale – dello spettacolo e anche delle ragioni per le quali si giustifica che significative risorse pubbliche siano destinate a sostenerlo?



# SAGGI

## Funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali e sussidiarietà tra norme generali e regolazioni settoriali \*

di Nicola Aicardi

### ABSTRACT

*Under general principles of Italian law the organisational functions of local public services belong to Municipalities, as their “own” and “fundamental” functions according to Article 117, second paragraph, letter p) and Article 118, first paragraph of the Constitution. On the contrary, sector-specific regulations tend to derogate to those principles, dealing the above functions either as functions specifically “assigned” to Municipalities, according to Article 118, second paragraph of the Constitution, or as functions that Municipalities can no longer carry out, in accordance with principle of “horizontal subsidiarity” as stated in Article 118, fourth paragraph of the Constitution (in case of regulations that impose liberalisation or, at least, interdiction of in-house awards), or with principle of “vertical subsidiarity”, as defined by Article 118, first paragraph of the Constitution (in case of regulations that, in order to “ensure uniform implementation” of the functions in question, assign them to State, Regions, optimal size mandatory Associations of Municipalities or, more recently, Provinces, owing to flaws of those Associations).*

**SOMMARIO:** 1. La funzione di organizzazione dei servizi pubblici: assunzione, affidamento e regolazione. – 2. Il principio base della sussidiarietà verticale nelle norme generali sulla funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali. La funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali come funzione propria e come funzione fondamentale dei Comuni. – 3. Le deroghe al principio base nelle norme di settore. – 4. La funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali come funzione conferita ai Comuni. – 5. Il principio di sussidiarietà orizzontale, in chiave sinergica o astensionista, e i limiti, per i Comuni, alle facoltà di autoproduzione o di assunzione di servizi pubblici. – 6. Il moto ascendente del principio di sussidiarietà verticale applicato alla funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali. – 7. *Segue:* a) statalizzazioni e regionalizzazioni. – 8. *Segue:* b) forme associative pluricomunali obbligatorie per ambiti territoriali ottimali. – 9. Le difficoltà e i limiti delle forme associative pluricomunali obbligatorie per l’esercizio della funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali. – 10. Il principio di attribuzione alle Province della funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali già affidati a forme associative pluricomunali obbligatorie. – 11. *Segue:* l’incerta attuazione del principio.

---

\* Il saggio deriva, con alcune modifiche e integrazioni e l’inserimento di note di dottrina, dal contributo dell’Autore pubblicato in *Diritto amministrativo e società civile* (muovendo dalle opere di F.A. ROVERSI MONACO), Vol. I – *Studi introduttivi* (Collana Spisa – Studi e ricerche), Bononia University Press, Bologna, 2018.

## 1. La funzione di organizzazione dei servizi pubblici: assunzione, affidamento e regolazione

La funzione amministrativa di organizzazione dei servizi pubblici può essere distinta nei due momenti, da un lato, dell'assunzione del servizio da parte dell'ente pubblico che ne prende l'iniziativa, il quale ne diviene il "titolare", e, dall'altro, della scelta, da parte del medesimo, del modello (o forma) di gestione, con la conseguente individuazione (eccezion fatta per le gestioni in economia) del soggetto gestore – il quale ne diviene l'"affidatario" – e il correlato esercizio, su quest'ultimo, dei connessi compiti di regolazione, e cioè di indirizzo, controllo ecc., oltre che di remunerazione (per la parte non proveniente dagli utenti).

Nello svolgimento della funzione di organizzazione, al momento dell'assunzione del servizio, in cui l'ente pubblico riconosce che una data attività produttiva di beni o servizi è di pertinenza pubblica, in quanto connessa all'appagamento di esigenze di ordine generale della propria collettività, segue, cioè, il momento dell'affidamento, secondo una delle forme predeterminate (tipizzate) dalla legge e poi della regolazione dell'attività del gestore, per assicurare il conseguimento effettivo degli obiettivi cui l'assunzione è rivolta<sup>1</sup>.

Questo scritto svolge alcune considerazioni in tema di allocazione della funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali alla luce del principio di sussidiarietà, mirando a evidenziare come, in rapporto all'applicazione di questo principio, emerga dall'ordinamento una progressiva erosione, ad opera delle previsioni delle norme di settore, dei principi emergenti dalle enunciazioni generali.

Come si illustrerà, se da un lato le enunciazioni generali valorizzano gli spazi di autonomia comunale nell'esercizio della funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali, le norme di settore – e cioè le fonti che disciplinano in via specifica l'ordinamento dei singoli servizi pubblici di maggiore rilevanza (ad es. la distribuzione del gas naturale, la gestione dei rifiuti, il servizio idrico integrato, i trasporti pubblici locali ecc.) – hanno invece progressivamente ridotto tali spazi, per le ragioni e con gli esiti di cui si dirà (anche, nel più recente periodo, con l'attribuzione di parte dei compiti di regolazione ad autorità indipendenti).

## 2. Il principio base della sussidiarietà verticale nelle norme generali sulla funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali. La funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali come funzione propria e come funzione fondamentale dei Comuni

A livello di enunciazioni delle norme generali e di principio, l'organizzazione dei servizi pubblici locali è configurata quale ambito di applicazione privilegiata del principio base della sussidiarietà verticale, secondo cui – come è noto – *«le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni»* (art. 118, comma 1,

---

<sup>1</sup> Per questa definizione "soggettiva" di servizio pubblico v. G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI ET AL. (a cura di), *Diritto amministrativo*, IV ed., vol. II, Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 155-156.

Cost.); questo, peraltro, già storicamente, ossia anche (e ben) prima della riforma costituzionale del 2001, che tale principio ha positivamente espresso.

E infatti, a partire dall'art. 1 della prima legge sui servizi pubblici locali (la legge c.d. Giolitti 29 marzo 1903, n. 103) sino al vigente testo dell'art. 112 TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), il Comune, quale ente più prossimo alla collettività e interprete primario dei relativi bisogni, è stato costantemente indicato come principale responsabile del compito di selezionare, in base a valutazioni discrezionali, i servizi pubblici da assicurare alla propria collettività e, quindi, da assumere, affidare e regolare.

Se l'art. 1 della legge c.d. Giolitti già consentiva al Comune, in termini generalissimi, di «*assumere ... l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi*», e «*segnatamente*» di quelli indicati nell'elencazione non tassativa che seguiva, l'art. 112, comma 1, TUEL, con un precetto non dissimile, conferma, quasi un secolo dopo, che il Comune, nell'ambito delle sue competenze, «*provved[e] alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*».

Questo riconoscimento di competenza in capo al Comune è, del resto, specifico della più generale attribuzione a tale ente – ai sensi dell'art. 13, comma 1, TUEL – di «*tutte*» le funzioni amministrative, non espressamente conferite ad altri livelli di governo, in materia, tra l'altro, di «*servizi alla persona e alla comunità*».

Si tratta dell'individuazione di un ambito di attività connaturate all'essenza stessa del Comune, quale ente rappresentativo della propria collettività, e dunque dell'individuazione, con finalità eminentemente dichiarative, di una sfera di «*funzioni amministrative proprie*» del Comune nel senso di cui all'art. 118, comma 2, Cost.; ossia di funzioni che il Comune, in quanto ente a fini generali e migliore interprete delle esigenze della propria collettività, ha facoltà di assumere spontaneamente, anche senza necessità di una previsione legislativa (almeno fintantoché si tratti – come appunto è nel caso dell'organizzazione di servizi pubblici locali – di funzioni che non implicino l'esercizio di poteri autoritativi, i quali restano coperti da riserva di legge in ossequio al principio di legalità).

La politicità della scelta compiuta dal Comune all'atto dell'assunzione di un servizio pubblico, dell'individuazione della forma di gestione e dell'adozione delle decisioni fondamentali di regolazione è comprovata, del resto, anche dal fatto che le materie «*organizzazione dei pubblici servizi*», «*costituzione di istituzioni e aziende speciali*», «*concessione dei pubblici servizi*», «*partecipazione dell'ente locale a società di capitali*», «*affidamento di attività o servizi mediante convenzione*», «*disciplina generale delle tariffe per la fruizione ... dei servizi*», «*indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza*» rientrano – tutte – tra le competenze consiliari [art. 42, comma 2, lett. e), f) e g), TUEL].

Quanto ora osservato ha trovato conferma, ancor più recentemente, in sede di definizione, da parte del legislatore statale, delle funzioni fondamentali dei Comuni ai sensi della lett. p) dell'art. 117, comma 2, Cost.: ci si riferisce al vigente testo dell'art. 14, comma 27, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, come sostituito dall'art. 19, comma 1, lett. a), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con modif. in legge 7 agosto 2012, n. 135, il quale annovera, tra tali funzioni fondamentali, anche l'«*organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito*

comunale» e vi comprende espressamente i servizi di trasporto pubblico comunale e di gestione dei rifiuti urbani [si vedano le lett. b) e f) del cit. comma 14].

L'individuazione delle funzioni fondamentali dei Comuni da parte del legislatore statale ha, difatti, una valenza «*soltanto attributiva*» delle funzioni stesse – come è stato chiarito dalla Corte costituzionale proprio in sede di scrutinio di costituzionalità della norma dianzi citata<sup>2</sup> – e quindi serve ad assicurare ai Comuni l'esercizio di una sfera di competenza (non a renderlo necessariamente doveroso), mentre l'(eventuale) disciplina di tale esercizio rientra nella potestà legislativa di chi, Stato o Regione, sia intestatario della relativa materia<sup>3</sup>.

Pertanto, le funzioni fondamentali dei Comuni, qualificate come tali dal legislatore statale, sono funzioni proprie dei Comuni (pur evidentemente non esaurendone il novero, potendo esservi altre funzioni proprie astrattamente assumibili dai Comuni di loro iniziativa senza autorizzazione legislativa, nei limiti – come si è detto – del rispetto del principio di legalità). Ciò traspare, del resto, dalla stessa citata pronuncia della Corte costituzionale, laddove evidenzia che le funzioni fondamentali che il legislatore statale individua ex art. 117, comma 2, lett. p), Cost. «*vengono a comporre l'intelaiatura essenziale dell'ente locale*»<sup>4</sup> e quindi – se ne deve dedurre – costituiscono il nucleo indefettibile delle funzioni proprie cui allude l'art. 118, comma 2, Cost.<sup>5</sup>.

La medesima sentenza della Corte costituzionale precisa, altresì, che la norma anzidetta correttamente comprende la funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali tra le funzioni fondamentali (e perciò proprie) dei Comuni, rilevando che all'anzidetta intelaiatura essenziale, «*anche storicamente*» (e cioè, come detto, nel lungo arco di tempo che va dalla legge c.d. Giolitti del 1903 ad oggi), «*non sono estranee le funzioni che attengono ai servizi pubblici locali*»<sup>6</sup>.

In questo modo, la Corte costituzionale rende di portata generale, ossia riferibile all'intero arco dei servizi pubblici locali, una valutazione da essa in precedenza espressa con specifico riguardo al servizio idrico, le cui funzioni di organizzazione intestate ai Comuni erano state qualificate come fondamentali «*sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità ... [del servizio idrico] alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali*»<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Corte Cost., 11 febbraio 2014, n. 22, punto 4.1.3 in diritto. Peraltro, sembra in contrasto con questa interpretazione la circostanza che il legislatore statale prescriva come «*obbligatorio*» l'esercizio da parte dei Comuni delle funzioni fondamentali (cfr. il comma 26 dell'art. 14 citato in testo).

<sup>3</sup> Il punto è stato testualmente confermato dal legislatore con riguardo alle funzioni fondamentali delle Province (ma è evidente che altrettanto debba dirsi circa le funzioni fondamentali dei Comuni): l'art. 1, comma 87, legge 7 aprile 2014, n. 56 (sulla quale cfr. *amplius infra* in testo) stabilisce infatti che dette funzioni, come elencate dal precedente comma 85, «*sono esercitate nei limiti e secondo le modalità stabilite dalla legislazione statale e regionale di settore, secondo la rispettiva competenza per materia ai sensi dell'articolo 117, commi secondo, terzo e quarto, della Costituzione*».

<sup>4</sup> Cfr. ancora Corte Cost., n. 22/2014, cit., sempre al punto 4.1.3 in diritto.

<sup>5</sup> Le funzioni fondamentali sono, cioè, «*parte delle funzioni proprie*» e, più esattamente, sono «*la parte insopprimibile delle funzioni proprie*»: così E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Regioni*, 2003, p. 450.

<sup>6</sup> Corte Cost., n. 22/2014, *ibidem*.

<sup>7</sup> Così Corte Cost., 20 novembre 2009, n. 307, punto 5.2 in diritto (se ne veda la nota di F. MERLONI, *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le "funzioni fondamentali" degli enti locali*, in *Regioni*, 2010, p. 794 ss.). Si noti invece che, in base

### 3. Le deroghe al principio base nelle norme di settore

Se da quanto detto si passa, invece, a esaminare le leggi di settore, ci si avvede, all'opposto, di una tendenza – già presente storicamente, ma accentuatasi nei tempi più recenti – a dare corpo a esigenze e finalità diverse da quelle sottese alle enunciazioni di principio.

Le discipline di settore non sono cioè, il più delle volte, meramente attuative delle disposizioni di principio (e perciò non danno vita, in rapporto a queste ultime, alla normale relazione tra norme di principio e di dettaglio), ma poggiano su presupposti ontologicamente differenti, così da determinare – in ragione del canone ermeneutico della specialità – altrettante deroghe alle medesime, restringendone il campo applicativo.

I presupposti cui le discipline di settore eminentemente rispondono sono difatti quelli che, nell'assetto dell'art. 118 Cost., costituiscono i “contraltari” del principio base della sussidiarietà verticale (palesato invece – come si è detto – nelle disposizioni di principio): ossia, nell'ordine in cui saranno esaminati, (a) la distinzione tra funzioni comunali proprie e conferite; (b) il principio di sussidiarietà orizzontale e (c) il principio di sussidiarietà verticale nel suo aspetto ascendente, derogatorio del principio base.

### 4. La funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali come funzione conferita ai Comuni

La distinzione tra funzioni comunali proprie e conferite è posta – come è noto – dal comma 2 dell'art. 118 Cost., il quale differenzia le funzioni proprie dei Comuni, a esercizio spontaneo nel senso già sopra precisato, dalle funzioni che i Comuni devono, invece, obbligatoriamente esplicare, perché il legislatore, statale o regionale, ne ha allocato l'esercizio al livello comunale.

Le disposizioni di principio in materia di servizi pubblici locali si limitano – come si è detto – a riconoscere la facoltà dei Comuni di assumere tali servizi, connotando così la decisione di assunzione, e il conseguente svolgimento dei compiti di affidamento e regolazione, come esercizio di una funzione propria, che scaturisce da scelte volontarie e discrezionali, oggi “protette” anche dalla qualificazione della funzione stessa come fondamentale.

Al contrario, laddove intervengano specifiche discipline di settore, esse, di norma, mirano proprio a rendere obbligatoria l'esplicazione dei servizi da esse menzionati, affinché ne sia uniformemente assicurato lo svolgimento sull'intero territorio (nazionale o regionale, a seconda della fonte della disciplina stessa).

In questo caso, i servizi divengono ad assunzione obbligatoria per i Comuni, sicché la relativa organizzazione cessa di essere una funzione propria per divenire una funzione conferita. Per i Comuni viene meno, dunque, la discre-

---

alla medesima sentenza, non attiene a funzioni fondamentali dei Comuni la regolamentazione delle modalità di affidamento (e quindi di gestione) del servizio idrico (*ivi*, punto 6.1 in diritto). Nel senso della non attinenza della gestione dei servizi pubblici a funzioni fondamentali dei Comuni, per difetto del carattere della “indefettibilità”, cfr. anche Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272, punto 3 in diritto, cui *adde* Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, punto 7 in diritto, la quale ribadisce che la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali non è funzione fondamentale dei Comuni (richiamando, a sostegno, ambedue i precedenti costituiti da Corte Cost., n. 272/2004 e n. 307/2009, cit.).

zionalità nell'*an* circa la scelta dell'assunzione del servizio, e, conseguentemente, circa lo svolgimento dei compiti di affidamento e regolazione.

Il fenomeno, invero, non è nuovo.

Sin da tempi non recenti il legislatore statale si è infatti premurato, tramite l'imposizione ai Comuni di servizi obbligatori, che fosse indistintamente garantita su tutto il territorio nazionale l'offerta di servizi pubblici locali primari ed essenziali, specie nel settore dell'igiene pubblica.

Basti pensare, ad esempio, che già il testo unico della legge comunale e provinciale del 1934, qualificando come spese obbligatorie per i Comuni quelle, tra l'altro, per la «*nettezza delle vie e piazze pubbliche*» e per la «*costruzione, manutenzione ed esercizio delle opere di provvista di acqua potabile [e] delle fognature*»<sup>8</sup>, presumeva l'obbligatorietà dell'assunzione dei relativi servizi. Di lì a breve, con la legge 20 marzo 1941, n. 366, anche «*i servizi inerenti alla raccolta, al trasporto e allo smaltimento dei rifiuti urbani*» divennero servizi che «*competono ai Comuni, i quali sono tenuti a provvedervi con diritto di privativa*» (cfr. art. 9).

Merita avvertire che tale obbligatorietà è ovviamente confermata anche nelle norme di settore oggi in vigore (ma – come si dirà – con il vincolo della gestione sovracomunale per ambiti): ci si riferisce al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante il c.d. codice dell'ambiente, e ivi in particolare all'art. 142, comma 3, che affida ai Comuni il compito di «*svolg[ere] le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato*», e all'art. 198, commi 1 e 2, a mente dei quali «*i Comuni concorrono ... alla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati*», e cioè all'organizzazione del relativo servizio, anche con poteri regolamentari su vari aspetti della sua esplicazione (modalità di conferimento dei rifiuti da parte dei residenti, di raccolta e trasporto ecc.).

Peraltro, nell'ipotesi qui contemplata (e cioè quella della gestione del servizio conferita per legge al Comune) il distacco dalle disposizioni di principio non è consistente, perché comunque il servizio resta pubblico e non ne è messa in discussione la titolarità comunale.

## **5. Il principio di sussidiarietà orizzontale, in chiave sinergica o astensionista, e i limiti, per i Comuni, alle facoltà di autoproduzione o di assunzione di servizi pubblici**

Laddove invece assumano rilevanza, nel contesto delle discipline di settore, gli altri due presupposti cui queste – come sopra si è detto – danno corpo (ossia, si ripete, il principio di sussidiarietà orizzontale e il principio di sussidiarietà verticale nel suo aspetto ascendente), ciò implica, all'opposto, una vera e propria sottrazione ai Comuni della funzione di organizzazione dei servizi pubblici da esse contemplati.

Partendo dal principio di sussidiarietà orizzontale, uno dei campi di sua attuazione più intensa, nel presente momento storico, è proprio quello dei servizi pubblici (non solo locali).

---

<sup>8</sup> Cfr. l'art. 91, lett. C), n. 2) e n. 14) del r.d. 3 marzo 1934, n. 383. Si veda anche l'art. 248 del coevo testo unico delle leggi sanitarie (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265), in base al quale ogni Comune doveva «*essere fornito, per uso potabile, di acqua pura e di buona qualità*» e poteva «*essere, con decreto del prefetto, obbligato a provvedersene*», qualora «*l'acqua potabile manc[asse], ... [fosse] insufficiente ai bisogni della popolazione o ... insalubre*».

Del resto, il settore dei servizi pubblici è naturalmente portato, più di altri, a essere coinvolto in dialettiche pubblico-privato (conflittuali o collaborative che siano), trattandosi di un ambito d'attività rivolto alla soddisfazione dei bisogni materiali della persona e nel quale il potere autoritativo della pubblica amministrazione – come già si è accennato – non viene in rilievo, se non marginalmente.

Nella più recente legislazione sui servizi pubblici, anche locali, il principio di sussidiarietà orizzontale – a prescindere da come debba leggersi l'enunciazione che ne dà il comma 4 dell'art. 118 Cost. – ha trovato espressione sia nella sua accezione "astensionista", ossia con il riconoscimento prioritario di spazi di libertà di iniziativa privata e l'imposizione di corrispondenti doveri di arretramento della pubblica amministrazione da interventi diretti o, quanto meno, in esclusiva, sia nella sua accezione "sinergica", con la previsione di forme di coinvolgimento gestionale, spesso obbligatorio, dei privati.

Nella seconda accezione, la sussidiarietà orizzontale in chiave sinergica attiene al momento dell'individuazione della forma di gestione dei servizi pubblici (già assunti), allorché la legge ne preveda (o ne imponga) l'affidamento a operatori terzi rispetto all'ente affidante.

In questo caso, invero, la titolarità pubblica della funzione di organizzazione del servizio non viene meno, ma può risultare eliminata, o quanto meno condizionata, la facoltà di autoproduzione del servizio stesso, in via diretta o a mezzo di entità c.d. *in house*.

Nel campo dei servizi pubblici locali, ad esempio, un divieto di autoproduzione si rinviene nella disciplina di settore in materia di distribuzione del gas naturale, la quale pone quale unica forma di gestione del relativo servizio pubblico l'affidamento «*mediante gara per periodi non superiori a dodici anni*» (così l'art. 14, comma 1, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, c.d. Letta).

Quanto, viceversa, alla prima accezione, la sussidiarietà orizzontale in chiave astensionista investe direttamente la permanenza stessa, in capo agli enti pubblici, della titolarità della funzione di organizzazione dei servizi pubblici, perché il riconoscimento, in ordine alle attività che ne costituiscono l'oggetto, di spazi di libertà di iniziativa economica privata implica, come minimo, il venir meno di riserve ed esclusive pubbliche e, il più delle volte, porta alla negazione stessa della natura pubblica dei servizi in questione.

A questo riguardo, è noto che lo scopo di molte discipline di settore, specie in attuazione di direttive dell'Unione europea, è stato, nel più recente periodo, proprio quello di superare la qualificazione di certe attività economiche come servizi pubblici e dunque di vietare la loro (perdurante) organizzazione come tali (spesso, per giunta, in via riservata) da parte degli enti pubblici che ne erano titolari.

Tali discipline hanno dato luogo, cioè, a processi di liberalizzazione, volti a sostituire la titolarità e la gestione pubblica, diretta o indiretta, di attività economiche in forma di servizio pubblico con libere attività d'impresa rimesse al mercato concorrenziale. Questo nel presupposto che i servizi interessati a tali processi possano essere meglio assicurati alla collettività nel contesto di dinamiche concorrenziali tra più fornitori, che lascino agli utenti piena libertà di scelta dell'offerta più vantaggiosa, anziché vincolarli alla sola offerta del gestore del servizio pubblico in regime di privativa.

Peraltro – come è altrettanto noto – le liberalizzazioni di attività dapprima gestite in regime di servizio pubblico sono state opportunamente accompagnate, il più delle volte, dalla salvaguardia e dal rafforzamento della funzione

di regolazione, spesso affidata ad apposite autorità indipendenti; ciò al fine di garantire comunque, anche in un contesto di libertà (d'impresa e di scelta), la soddisfazione degli interessi generali che giustificavano l'assunzione del servizio pubblico e ne costituivano la ragion d'essere (in termini, segnatamente, di qualità, imparzialità e continuità delle prestazioni rese, e cioè anche in una logica di servizio universale)<sup>9</sup>.

Gli esempi di liberalizzazione di settori economici prima organizzati in forma di servizio pubblico sono stati, nell'ordinamento positivo, vari e significativi: si pensi, tra gli altri, ai settori delle telecomunicazioni e del trasporto aereo.

Nel campo dei servizi pubblici locali, può essere ricordato il caso dell'attività di fornitura (vendita) del gas naturale, tradizionalmente compresa nell'esclusiva degli affidatari del servizio pubblico locale di distribuzione e definitivamente liberalizzata, attraverso l'attribuzione a tutti i clienti finali delle qualifica di «*idonei*» (la quale implica la capacità di concludere contratti con qualunque fornitore), addirittura prima di quanto previsto dalla stessa norma liberalizzatrice di fonte europea<sup>10</sup>.

Con riguardo ai Comuni, il riconoscimento di spazi di libertà dei privati e il conseguente dovere di arretramento della sfera pubblica comunale operano eminentemente – come appena detto – in presenza di specifiche limitazioni poste da leggi settoriali di liberalizzazione; al contrario, le norme di principio, già illustrate in precedenza, lasciano una ben più ampia discrezionalità di scelta ai Comuni stessi circa le attività assumibili come servizio pubblico.

Merita segnalare, tuttavia, che in senso diverso disponeva lo schema di d.lgs. recante il testo unico delle norme sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, attuativo degli artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Madia), definitivamente approvato, ma mai emanato – come è noto – per la sopravvenienza della declaratoria di illegittimità costituzionale della legge di delega<sup>11</sup>. Questo schema, infatti, stabiliva che l'assunzione dei servizi pubblici di interesse economico generale non disciplinati da leggi di settore fosse sempre sussidiaria rispetto all'attività dei privati: tale assunzione veniva subordinata alla previa verifica (da attestare in un apposito documento a se-

---

<sup>9</sup> Per questi aspetti, tra i molti, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 184 ss.; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 11 ss.; F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 59-87; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 337 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Giuffrè, Milano, 2007; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Giuffrè, Milano, 2008; E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010; G. CARTEI, *Il servizio universale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1057 ss.; M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, pp. 509-512; N. BASSI, *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in questa *Rivista*, 2014, 2, p. 127 ss.; G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in M.A. SANDULLI-L. VANDELLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 5 ss.; A. MASSERA, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 439 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>10</sup> Si veda l'art. 22, comma 2 del già citato d.lgs. n. 164/2000, nella sua versione originale, che rese tutti i clienti idonei dal 1° gennaio 2003, mentre in sede europea tale stesso effetto fu previsto solo a partire dal 1° gennaio 2007 [cfr. art. 23, par. 1, lett. c), direttiva 2003/55/CE].

<sup>11</sup> Corte Cost., 25 novembre 2016, n. 251.

guito di una specifica istruttoria) che detti servizi non fossero già forniti né potessero essere forniti da «*imprese operanti secondo le normali regole di mercato*» in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse che i Comuni intendevano perseguire mediante l'assunzione stessa; inoltre, i Comuni, anche in caso di esito negativo della predetta istruttoria, erano comunque tenuti a valutare se il pubblico interesse perseguito non potesse essere raggiunto, in maniera meno invasiva della sfera privata, attraverso modalità diverse dall'affidamento del servizio pubblico a un solo operatore economico, e cioè l'imposizione, ove consentito, «*di obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel mercato*» ovvero il «*riconoscimento agli utenti di vantaggi economici e titoli da utilizzare per la fruizione del servizio*»<sup>12</sup>.

Sotto altro profilo – tornando al diritto vigente – deve infine essere osservato che le leggi settoriali di liberalizzazione comportano oggi, per l'ente già assuntore del servizio pubblico, non solo la perdita della relativa titolarità, ma anche l'obbligo di dismissione della società partecipata, se vi era, che gestiva in regime di servizio pubblico l'attività poi liberalizzata.

Infatti, un'attività liberalizzata non può più essere considerata, per legge, un servizio pubblico, e cioè un «*servizio di interesse generale*» secondo la definizione che ne dà, ora, il TUSP (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il testo unico delle società a partecipazione pubblica)<sup>13</sup>; di conseguenza, l'oggetto della società partecipata non rientra più tra quelli ammessi dal TUSP, il quale, per quanto qui interessa, consente le partecipazioni di amministrazioni pubbliche in società solo, appunto, per la «*produzione di un servizio di interesse generale*» [cfr. art. 4, comma 1, lett. a), TUSP]<sup>14</sup>.

A ciò si aggiunga che la dismissione – oltre che in virtù della generale previsione del TUSP di cui si è appena detto – potrebbe essere imposta anche dalla stessa legge settoriale di liberalizzazione; questo al fine di creare un mercato non solo liberalizzato di diritto, ma anche effettivamente concorrenziale, in contesti che sarebbero altrimenti dominati dall'impresa pubblica già affidataria del servizio pubblico, specie se operava in regime di monopolio.

## 6. Il moto ascendente del principio di sussidiarietà verticale applicato alla funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali

Come anticipato, il superamento della titolarità comunale della funzione di

---

<sup>12</sup> Si vedano, in particolare, gli artt. 5 e 6 dello schema di d.lgs. recante il testo unico.

<sup>13</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h), TUSP per «*servizi di interesse generale*» si intendono «*le attività di produzione e fornitura di beni o servizi ... che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale*»: appare evidente la sostanziale coincidenza di questa definizione rispetto a quella di servizio pubblico di cui al già ricordato art. 112, comma 1, TUEL.

<sup>14</sup> Resta peraltro salvo il diritto dei Comuni di partecipare a «*società quotate*», come definite dall'art. 2, comma 1, lett. p), TUSP, nonché a «*società da esse controllate*», perché per tali società, in forza dell'art. 1, comma 5, TUSP, non valgono i limiti di oggetto di cui al successivo art. 4, e altresì, alle condizioni indicate dall'art. 4, comma 9-bis, TUSP, a società «*che producono servizi economici di interesse generale a rete ... anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento*».

organizzazione del servizio pubblico per effetto delle discipline di settore si ha anche qualora tali discipline, pur confermando il regime di servizio pubblico di esercizio di una data attività, sottraggano ai Comuni la relativa funzione amministrativa di organizzazione per conferirla a un livello di governo superiore.

Ciò in applicazione – lo si ripete – del “rovescio” del principio di sussidiarietà verticale, ossia per la ravvisata sussistenza di «*esigenze di esercizio unitario*» ai sensi dell’art. 118, comma 1, Cost. che inducono il legislatore di settore a preferire un’organizzazione (e dunque una gestione) di area più vasta del servizio pubblico considerato.

Spesso, anzi, è proprio l’occasione della sottoposizione di un determinato servizio pubblico a una disciplina di settore a spingere il legislatore, nel contesto della nuova regolazione della materia, alla riallocazione verso l’alto della titolarità della funzione di organizzazione del servizio stesso.

Anche questo fenomeno non è nuovo ed è ricorrente nella storia dei servizi pubblici: basti pensare, ad esempio, che nella lista dei servizi pubblici municipalizzabili di cui all’art. 1 della sopra ricordata legge c.d. Giolitti del 1903 compariva anche l’attività di «*costruzione e esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale*», ma già nel 1923 il servizio venne riservato allo Stato (r.d. 8 febbraio 1923, n. 399).

Nel periodo più recente, tuttavia, il fenomeno ha conosciuto un incremento così ingente, da potersi affermare – come si vedrà – che, almeno nel settore dei servizi pubblici a rilevanza economica, ormai non esistono più, o quasi più, servizi di titolarità (mono)comunale.

Le ragioni sottese alle scelte legislative di riallocazione verso l’alto della funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali sono molteplici.

Spesso si tratta della naturale e inevitabile conseguenza della crescita dell’attività economica di esplicazione di un dato servizio pubblico, il quale, se anche trae origine da iniziative isolate di impianto in singole realtà locali, con la maturazione tecnologica e la diffusione sul territorio si consolida in una dimensione necessariamente sovralocale, non conciliabile con il mantenimento della titolarità del servizio in capo ai Comuni (si pensi, ad esempio, alle reti di trasmissione nei settori dell’energia, delle telecomunicazioni o dei trasporti, che seppure storicamente furono originate da iniziative in ambito locale, hanno ben presto acquisito estensioni nazionali, se non internazionali).

Il servizio cessa cioè, per obiettive e vincolanti ragioni tecniche, di essere un servizio pubblico locale.

Ma anche laddove non vi siano ragioni tecniche oggettivamente ostative della conservazione della competenza comunale in ordine al servizio pubblico, comunque l’elevazione della titolarità e, per conseguenza, dell’offerta su basi territoriali più ampie viene ricercata dalle leggi di settore perché consente economie di scala, risparmi di costi e sinergie – specialmente nel caso delle attività di gestione di reti e impianti, che richiedono ampi capitali di investimento (sono, cioè, *capital intensive*) – così da fare meglio fronte alla crescente complessità di esercizio e alla domanda di qualità delle prestazioni, anche tenuto conto, spesso, della concreta insoddisfazione generata dalle gestioni (mono)comunali dei servizi considerati.

Si pensi, ad esempio, a quanto sia diventato più oneroso e impegnativo, nel più recente periodo, lo svolgimento di servizi pubblici ambientali di tradizionale pertinenza comunale (quali la gestione dei rifiuti urbani o del ciclo dell’acqua), a causa dell’introduzione di normative tecniche sempre più sofisticate per la tutela dell’ambiente dagli inquinamenti.

Sotto un diverso profilo, la riorganizzazione del servizio pubblico su basi territoriali più vaste, da parte delle leggi di settore, è funzionale anche a una migliore esplicazione del libero gioco della concorrenza, laddove sia scelta (o imposta per legge) la via della gara, svolta dal titolare del servizio, per l'affidamento della relativa gestione. Infatti, solo le gare per ambiti territoriali adeguati riescono a essere remunerative in misura tale da suscitare l'interesse alla partecipazione di un congruo numero di operatori economici, così da permettere di beneficiare pienamente degli effetti della messa in concorrenza della gestione: come è noto, maggiore è il numero degli offerenti e più ampia è la possibilità di scelta consentita all'amministrazione affidante ai fini dell'individuazione dell'offerta che effettivamente risulti essere la più vantaggiosa e la più rispondente ai bisogni della collettività interessata <sup>15</sup>.

## 7. *Segue:* a) **statalizzazioni e regionalizzazioni**

La riallocazione verso l'alto della funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali, seguendo il moto ascendente del principio di sussidiarietà verticale, ha talora portato, come già si è accennato, al superamento stesso del carattere locale del servizio, con la sua statalizzazione o regionalizzazione.

Un caso abbastanza recente di statalizzazione di un servizio pubblico locale ha riguardato il servizio di distribuzione dell'energia elettrica.

All'epoca della nota statalizzazione coattiva delle attività di produzione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica, assegnate *ex lege* in via riservata all'ente pubblico Enel in veste di titolare e gestore del relativo servizio pubblico (legge 6 dicembre 1962, n. 1643), erano state salvaguardate le attività svolte dalle esistenti imprese elettriche dei Comuni, sino ad allora affidatarie di un servizio pubblico assunto in sede locale. Era stato, invero, previsto che i Comuni proprietari di tali imprese divenissero concessionari dell'Enel <sup>16</sup>, ma la norma rimase inattuata, sicché le imprese in questione continuarono a operare, di fatto, in regime di servizio pubblico locale.

A seguito della liberalizzazione del settore, disposta con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, è rimasta assoggettata a regime di servizio pubblico, mediante concessioni, la sola attività di distribuzione dell'energia elettrica (oltre all'attività di trasmissione).

Il potere concessorio è stato tuttavia attribuito allo Stato, per il tramite del Ministero oggi denominato dello sviluppo economico <sup>17</sup>: in tal modo, si è operata la definitiva statalizzazione della titolarità del servizio pubblico in questione, con la soppressione di ogni residua competenza, anche solo fattuale, dei Comuni.

Un altro significativo caso di superamento della titolarità comunale di un servizio pubblico – estendendo l'analisi anche oltre la sfera dei servizi di tipo più strettamente industriale – è rappresentato dal servizio sanitario.

Come è noto, al momento della sua istituzione (legge 23 dicembre 1978, n.

---

<sup>15</sup> Nel senso che il superamento della frammentazione gestionale nei servizi pubblici locali serve a promuovere «*la concorrenzialità e l'efficienza delle prestazioni*» Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 246, punto 12.2 in diritto (riferita al servizio idrico integrato).

<sup>16</sup> Art. 4, n. 5), legge n. 1643/1962, citata in testo.

<sup>17</sup> Art. 1, comma 1 e art. 9, d.lgs. n. 79/1999, citato in testo.

833), per la gestione del servizio furono create strutture operative dei Comuni, singoli o talora associati – le unità sanitarie locali (usl) – connotando pertanto il servizio come di titolarità comunale.

A seguito della riforma operata dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, è stata invece determinata l'estromissione pressoché totale dei Comuni dall'organizzazione del servizio in questione, mediante la riallocazione del servizio stesso in capo alle Regioni e la trasformazione delle usl in aziende regionali.

## 8. **Segue: b) forme associative pluricomunali obbligatorie per ambiti territoriali ottimali**

Meno drastico, rispetto al superamento dello stesso carattere locale del servizio pubblico, è invece il caso in cui la disciplina di settore confermi tale carattere, ma preveda che i Comuni esercitino la funzione di organizzazione del servizio in forma associata per ambiti territoriali "ottimali", e cioè ambiti che rappresentino la dimensione spaziale più adeguata in vista della gestione maggiormente proficua del servizio stesso, in termini di efficienza, efficacia ed economicità.

Non ci si riferisce, ovviamente, ai casi in cui la messa in atto di forme di aggregazione tra Comuni per l'organizzazione di servizi pubblici locali derivi da loro decisioni spontanee: in simili circostanze, infatti, la scelta è compiuta dai Comuni volontariamente, quale modo di esercizio discrezionale di funzioni loro "proprie" nel senso già sopra precisato.

Le ipotesi prese in considerazione sono, invece, quelle in cui l'esercizio associato sia prescritto (e perciò imposto) da norme di settore, e cioè ipotesi in cui, pur rimanendo (formalmente) salvaguardata la natura locale del servizio, il Comune singolo risulti spogliato dell'esercizio individuale della relativa funzione di organizzazione, che transita per legge in capo alla forma associativa cui viene intestato dalla disciplina di settore.

Si tratta di un caso emblematico di applicazione, da parte del legislatore, del principio di sussidiarietà verticale secondo i canoni di «*differenziazione ed adeguatezza*» espressamente indicati dall'art. 118, comma 1, Cost.: difatti, l'esercizio della funzione amministrativa viene allocato su ambiti che possono essere variamente dimensionati, e per ciò tra di loro opportunamente "differenziati" in ragione della rispettiva "adeguatezza" al perseguimento delle esigenze di interesse generale sottese all'assunzione del servizio pubblico.

Al riguardo, possono essere prese in considerazione anche le previsioni che impongono ai Comuni di minori dimensioni la gestione associata di tutte le loro funzioni fondamentali<sup>18</sup>: queste previsioni riguardano, infatti, anche la funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali, perché questa – già lo si è detto – è stata espressamente qualificata come funzione fondamentale dal legislatore statale.

---

<sup>18</sup> Cfr. il comma 28 del già citato art. 14, d.l. n. 78/2010, come sostituito dalla lett. b) del già citato art. 19, comma 1, d.l. n. 95/2012. I termini di attuazione di queste previsioni, fissati dal comma 31-ter del medesimo art. 14, sono stati peraltro più volte prorogati, da ultimo al 31 dicembre 2019 ad opera dell'art. 1, comma 1120, lett. a), legge 27 dicembre 2017, n. 205. Per la parziale declaratoria di illegittimità costituzionale del cit. comma 28, nella parte in cui non consente ai Comuni di dimostrare, al fine di ottenere l'esonero dall'obbligo della gestione associata, che «*a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti*», cfr. Corte Cost., 4 marzo 2019, n. 33.

Peraltro, di rilevanza sicuramente maggiore ai fini del presente discorso sono le norme di settore relative a singoli servizi pubblici locali, le quali hanno imposto, con carattere di generalità (e cioè a prescindere dalla dimensione dei Comuni interessati), l'esercizio associato sovracomunale della relativa funzione di organizzazione per ambiti territoriali ottimali, in vista dell'obiettivo dell'affidamento del servizio a un unico gestore sull'intero ambito<sup>19</sup>.

Ci si riferisce, anzitutto, al servizio idrico integrato, del quale già la legge di prima istituzione (e cioè la legge 5 gennaio 1994, n. 36, c.d. Galli) stabilì l'organizzazione «sulla base di ambiti territoriali ottimali», rimettendo alle Regioni la delimitazione degli stessi e l'individuazione dei modi di cooperazione tra i Comuni in essi ricadenti (cfr. artt. 8 e 9).

Di lì a breve, anche riguardo al servizio di gestione dei rifiuti urbani l'art. 23 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. Ronchi) ne delineò l'organizzazione per «ambiti territoriali ottimali», coincidenti, di norma, con le Province, salvo diversa scelta della Regione [cfr. l'art. 19, comma 1, lett. g), del medesimo d.lgs.], affidando alle Regioni la disciplina delle forme di cooperazione tra i Comuni ricadenti in ciascun ambito e alle Province il coordinamento dei Comuni stessi per l'attuazione della forma di cooperazione.

Le disposizioni relative a tali due servizi sono state poi trasfuse nel già ricordato c.d. codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006), il quale ha prefigurato, in maniera ancor più stringente, la costituzione, secondo le previsioni delle leggi regionali, di apposite autorità d'ambito, quali figure dotate di distinta personalità giuridica obbligatoriamente partecipate dai Comuni ricadenti in cia-

---

<sup>19</sup>In argomento, G. CAIA, *Concorrenza e qualità nel servizio pubblico di distribuzione del gas: le gare per l'affidamento in ambiti territoriali minimi*, in *Giust. amm.*, 2008, 3, p. 53 ss.; A. LUNTI, *Le Autorità d'ambito tra normativa statale e scelte del legislatore regionale*, in *Ist. fed.*, 2008, p. 81 ss.; M. LEGNAIOLI, *Le prospettive di riforma del governo dei servizi idrico integrato e di gestione integrata dei rifiuti dopo la soppressione delle Autorità d'ambito territoriali*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 3315 ss.; E.M. PALLI, *La (prorogata) soppressione delle Autorità d'ambito territoriale ottimale nei servizi pubblici ambientali*, in *Ist. fed.*, 2012, p. 881 ss.; A.M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1191 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La definizione degli ambiti territoriali ottimali e i processi di aggregazione*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014. Quali regole per il mercato del gas?*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 191 ss.; A. LUCARELLI, *L'organizzazione amministrativa delle nuove autorità d'ambito tra principio di sussidiarietà verticale, ruolo delle regioni e vincoli referendari*, in ID. (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 47 ss.; M.P. GUERRA, *Assetti istituzionali e ambiti territoriali ottimali nel processo di riforma dell'amministrazione locale*, in M. MIDIRI-S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 91 ss.; M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in ID. (a cura di), *Il "disordine" dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 35 ss.; L. AMMANNATI-A. CANEPA, *Un difficile percorso verso la concorrenza. Gli ambiti di gara per la distribuzione locale del gas*, *ivi*, p. 83 ss.; J. BERCELLI, *La riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani. Il caso del Veneto*, in *Ist. fed.*, 2016, p. 227 ss.; M.R. MAZZOLA, *La delimitazione degli ambiti territoriali ottimali nella disciplina di settore*, in A. VIGNERI-M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 377 ss.; S. PAPA, *La governance e la regolazione del servizio idrico integrato alla luce del principio di sussidiarietà*, in M. ANDREIS (a cura di), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 131-142; M. DE BENEDETTO, *Gli Ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2017. Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 131 ss.; F. CAPORALE, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, Franco Angeli, Milano, 2017, pp. 267-275; F. GIGLIONI, *La determinazione degli ambiti ottimali e le Autorità di governo locale nell'organizzazione e gestione del servizio rifiuti*, in L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2018. La gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 225 ss.

scun ambito, in capo alle quali viene allocato l'esercizio di ogni funzione attinente all'organizzazione dei servizi in questione (cfr. gli artt. 148 e 201, d.lgs. n. 152/2006, cit., rispettivamente per il servizio idrico integrato e per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani).

Un'attuazione di tali disposizioni evidentemente non corrispondente a principi di efficiente dimensionamento degli ambiti ottimali e di contenimento dei costi delle nuove strutture ha indotto il legislatore statale dapprima a indicare alle Regioni di rideterminare gli ambiti valutandone prioritariamente la coincidenza con i territori provinciali<sup>20</sup> e poi, in maniera ben più perentoria, a disporre la soppressione delle stesse autorità d'ambito previste dai citati artt. 148 e 201, d.lgs. n. 152/2006, rimettendo alle Regioni il compito di attribuire le funzioni di tali autorità «*nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*»<sup>21</sup>.

Peraltro, tale soppressione era prevista con decorrenza dal 31 dicembre 2012<sup>22</sup>, ma nelle more è intervenuto l'art. 3-*bis*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138<sup>23</sup>, il quale ha pienamente ristabilito il sistema degli ambiti e dei relativi enti di governo, imponendolo, per giunta, per tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. Infatti, tale art. 3-*bis*, al comma 1<sup>24</sup>, ha prescritto, entro il 30 giugno 2012, lo svolgimento di tutti i «*servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica*» per «*ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei*» – di norma non inferiori al territorio provinciale (salvo diversa scelta motivata) – tali da consentire «*economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio*» e l'istituzione o la designazione degli «*enti di governo*» di detti ambiti o bacini, rimettendo sia la delimitazione degli ambiti sia la disciplina degli enti alle leggi regionali. Il comma 1-*bis* del medesimo art. 3-*bis*<sup>25</sup> ha ulteriormente precisato che l'esercizio della funzione di organizzazione dei predetti servizi pubblici, tra i quali vengono espressamente compresi anche «*quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani*»<sup>26</sup>, spetta «*unicamente*» agli enti di governo, ai quali i Comuni «*partecipano obbligatoriamente*».

Con riguardo al servizio idrico integrato, il riferimento agli «*enti di governo*» è stato infine specificamente inserito, nel contesto del d.lgs. n. 152/2006, ad opera dell'art. 7, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. con modif in legge 11 novembre 2014, n. 164, il quale ha sostituito, in tutta la parte III del

---

<sup>20</sup> Art. 2, comma 38, legge 24 dicembre 2007, n. 244.

<sup>21</sup> Art. 2, comma 186-*bis*, legge 23 dicembre 2009, n. 191, inserito dall'art. 1, comma 1-*quinqüies*, d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, conv. con modif. in legge 26 marzo 2010, n. 42. Per la costituzionalità di questa norma si è pronunciata Corte Cost., 13 aprile 2011, n. 128 (se ne veda la nota di F. CAPORALE, *La soppressione delle Autorità d'Ambito e la Consulta: le prospettive nella regolazione locale dei servizi idrici*, in *Munus*, 2012, p. 269 ss.).

<sup>22</sup> Il termine di decorrenza della soppressione, originariamente fissato al 1° gennaio 2011, è stato più volte prorogato, da ultimo al 31 dicembre 2012 per effetto dell'art. 13, comma 2, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, conv. con modif. in legge 24 febbraio 2012, n. 14.

<sup>23</sup> Inserito dall'art. 25, comma 1, lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con modif. in legge 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>24</sup> Parzialmente modificato dall'art. 53, comma 1, lett. a), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modif. in legge 7 agosto 2012, n. 134.

<sup>25</sup> Inserito dall'art. 34, comma 23, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con modif. in legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successivamente modificato dall'art. 1, comma 609, lett. a), legge 23 dicembre 2014, n. 190.

<sup>26</sup> L'inclusione del servizio di gestione dei rifiuti urbani tra quelli interessati alle disposizioni dell'art. 3-*bis* e alle «*altre disposizioni, comprese quelle di carattere speciale, in materia di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica*» è confermato anche dal comma 6-*bis* del medesimo art. 3-*bis*, inserito dalla lett. e) del già citato art. 1, comma 609, legge n. 190/2014.

d.lgs. n. 152/2006, la denominazione “autorità d’ambito” con “ente/i di governo dell’ambito”, ribadendo l’obbligatoria partecipazione dei Comuni a tali enti e affidando loro l’esercizio delle funzioni amministrative di organizzazione del servizio<sup>27</sup>.

Per quanto concerne, invece, il servizio di distribuzione del gas naturale, l’organizzazione per «*ambiti territoriali minimi ... secondo l’identificazione di bacini ottimali di utenza*» è stata prevista dall’art. 46-*bis*, comma 2, d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, conv. con modif. in legge 29 novembre 2007, n. 222, che ne ha demandato la delimitazione a decreti del Ministro dello sviluppo economico (di concerto con il Ministro per gli affari regionali)<sup>28</sup>.

Ai Comuni compresi in ciascun ambito è stato imposto di sottoscrivere una convenzione, attribuendo per delega a uno di essi – e cioè il Comune capoluogo di provincia o, se non compreso nell’ambito, altro Comune individuato come capofila ovvero la Provincia – il ruolo di stazione appaltante per la gestione della gara per l’affidamento del servizio nell’ambito, la sottoscrizione del contratto di servizio e la cura di ogni rapporto con l’affidatario<sup>29</sup>. In forza dell’art. 24, comma 4, d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 è stato, poi, definitivamente vietato ai Comuni singoli di effettuare gare per l’affidamento del servizio sul loro territorio.

## 9. Le difficoltà e i limiti delle forme associative pluricomunali obbligatorie per l’esercizio della funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali

Questo *excursus* normativo dimostra – come già si è accennato – che il fenomeno della riallocazione obbligatoria dell’esercizio delle funzioni amministrative di organizzazione dei servizi pubblici locali a livello sovracomunale, vuoi presso enti di governo d’ambito vuoi mediante delega a un ente capofila, riguarda ormai pressoché tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica presi in considerazione da norme di settore.

E infatti, se si tiene conto che, come detto, a tale fenomeno sono interessati, specificamente ed espressamente, il servizio idrico integrato, il servizio di gestione dei rifiuti urbani e il servizio di distribuzione del gas naturale nonché, in quanto servizio “a rete” agli effetti del citato art. 3-*bis*, comma 1, d.l. n. 138/2011<sup>30</sup>, il servizio di trasporto pubblico locale, il solo servizio pubblico locale di rilevanza economica regolato da leggi di settore sottratto (per ora) a questa evoluzione appare essere quello delle farmacie comunali.

La gestione associata nelle forme sin qui descritte preserva, almeno formalmente, il ruolo dei Comuni, benché – come detto – non più singolarmente, ma solo in quanto aderenti alla forma associativa imposta. In proposito, anche la Corte costituzionale ha evidenziato che i Comuni non sono menomati nella

---

<sup>27</sup> Si vedano i testi degli artt. 147 e 149-*bis*, d.lgs. n. 152/2006, come modificati o inseriti dall’art. 7, comma 1, d.l. n. 133/2014 citato in testo.

<sup>28</sup> Si vedano il D.M. 19 gennaio 2011, che ha individuato gli ambiti, e il D.M. 18 ottobre 2011, che ha elencato i singoli Comuni in essi inseriti.

<sup>29</sup> Art. 2, D.M. 12 novembre 2011, n. 226.

<sup>30</sup> E altresì in quanto servizio «*sottopost[o] alla regolazione ad opera di un’authority indipendente*» (e cioè l’ART), agli effetti del comma 6-*bis* del medesimo art. 3-*bis* citato in testo.

loro autonomia da moduli organizzativi di questo tipo, i quali si limitano a «razionalizzarne le modalità di esercizio» delle funzioni, attraverso l'imputazione delle stesse a un ente di governo cui essi obbligatoriamente partecipano<sup>31</sup>.

Nella sostanza, tuttavia, non si può mancare di rilevare come, nel contesto delle forme associative, la posizione dei Comuni singoli, specie se minori, non sia tale da consentire loro di esercitare un'influenza effettiva sulle scelte da assumere. Ciò specie laddove nelle leggi regionali le circoscrizioni degli ambiti siano state delineate in maniera ampia<sup>32</sup>.

Questo esito è per tanti aspetti inevitabile e la stessa Corte costituzionale non ha mancato di sottolineare come l'ente di governo della forma associativa debba disporre della «potestà di decidere in via definitiva, operando una sintesi delle diverse istanze e dei concorrenti, e in ipotesi divergenti, interessi» dei Comuni singoli, i quali sono «portatori di istanze potenzialmente frammentarie», di cui l'ente di governo «deve tener conto ..., ma che non possono condizionar[ne] e in modo insuperabile l'attività»<sup>33</sup>.

A ciò ulteriormente si aggiunga che le stesse prerogative degli enti di governo sono state a loro volte erose, nei tempi più recenti, dalle competenze attribuite dalla legislazione statale alle autorità indipendenti di regolazione: se infatti originariamente tali competenze erano limitate, per quanto riguarda i servizi pubblici locali, al solo settore della distribuzione del gas naturale, ultimamente esse sono state estese anche ai settori del trasporto pubblico locale, del ciclo idrico e della gestione dei rifiuti urbani<sup>34</sup>. Nella funzione di organizzazione dei servizi pubblici di competenza degli enti di governo d'ambito si assiste, pertanto, a una separazione delle fasi di assunzione e di affidamento rispetto a quella di regolazione, che viene riallocata, in buona parte, in capo alle autorità indipendenti, onde garantirne maggiore tecnicità e imparzialità di esercizio, in vista dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Corte Cost., n. 246/2009, cit., punto 12.1 in diritto.

<sup>32</sup> In particolare, per quanto ad esempio riguarda il servizio idrico integrato, sono in maggioranza le Regioni che hanno optato per l'ambito unico regionale: non solo quasi tutte le Regioni di minori dimensioni (Valle d'Aosta, Trento [Provincia autonoma], Friuli-Venezia Giulia, Umbria, Abruzzo, Molise, Basilicata), ma anche molte di quelle maggiori (Emilia-Romagna, Toscana, Campania, Puglia, Calabria, Sardegna).

<sup>33</sup> Corte Cost., 28 marzo 2013, n. 50, punto 5.2 in diritto; la pronuncia ha pertanto dichiarato l'incostituzionalità di una norma di legge regionale (Regione Abruzzo) che sottoponeva le decisioni dell'ente di governo dell'ambito al parere vincolante dell'assemblea dei Sindaci dei Comuni appartenenti all'ambito.

<sup>34</sup> All'odierna ARERA-Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (in origine AEEG-Autorità per l'energia elettrica e il gas), che in virtù della legge istitutiva (legge 14 novembre 1995, n. 481) era competente nel campo dei servizi pubblici locali, solo per la regolazione del servizio di distribuzione del gas naturale, è stata successivamente affidata la regolazione del servizio idrico integrato (con ridenominazione in AEEGSI-Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico: cfr. art. 21, comma 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 conv. con modif. in legge 22 dicembre 2011, n. 214; art. 13, comma 13, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. con modif. in legge 21 febbraio 2014, n. 9) e poi anche del servizio di gestione dei rifiuti urbani (art. 1, commi 527-528, legge 27 dicembre 2017, n. 205). La regolazione dei servizi di trasporto pubblico locale rientra, invece, tra i compiti dell'ART-Autorità di regolazione dei trasporti (art. 37 del citato d.l. n. 201/2011).

<sup>35</sup> In argomento, G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 229 ss.; F. MERUSI-S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2017; G. NAPOLITANO-A. PETRETTO (a cura di), *La regolazione efficiente dei servizi pubblici locali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017; E. BOSCOLO, *Il modello di regolazione indipendente nel settore idrico*, in L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2017*, cit., p. 235 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente dei trasporti e poteri delle regioni e degli enti locali: prime conside-*

La qualificazione come “locali” dei servizi pubblici in questione si rivela, dunque, ormai poco più che un’etichetta formale, che può salvare le apparenze, ma alla quale tendono a non corrispondere più, nella sostanza, prerogative significative dei Comuni singolarmente considerati nell’organizzazione dei servizi stessi, e cioè nell’esercizio di una funzione che, stando alle previsioni generali e di principio, ne dovrebbe connotare l’autonomia nel senso già sopra precisato<sup>36</sup>.

Peraltro, se la scelta di allocare l’esercizio della funzione di organizzazione di tali servizi pubblici in capo a forme associative non vale, come detto, a preservarne la genuina “località”, essa sovente implica, d’altra parte, una qualche macchinosità decisionale e quindi un *deficit* di efficienza nell’esercizio della funzione stessa: la relazione di tipo associativo tra i Comuni non consente infatti di escludere un certo grado di conflittualità tra gli stessi e il rischio che alcuni di essi possano giovare, anche pretestuosamente, di poteri di interdizione e veto in ordine all’assunzione delle decisioni fondamentali di spettanza della forma associativa.

Inoltre, la previsione degli ambiti territoriali da parte di più distinte leggi di settore ha condotto (anche a causa, talora, della differente allocazione della funzione di loro delimitazione) a una proliferazione di circoscrizioni e di strutture differenti, a tutto discapito delle esigenze di razionalità, economicità e semplificazione organizzativa, costringendo i Comuni a districarsi tra più forme associative, spesso diverse per ciascun servizio pubblico locale regolato da leggi di settore<sup>37</sup>.

## 10. Il principio di attribuzione alle Province della funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali già affidati a forme associative pluricomunali obbligatorie

Quanto ora evidenziato induce a considerare maturi i tempi per giungere a un distacco ancor più netto dell’esercizio delle funzioni in discorso rispetto ai Comuni, prendendo atto del dato, ormai ineludibile, che i servizi pubblici a rilevanza economica oggi organizzati attraverso forme associative pluricomunali obbligatorie hanno perso il loro carattere autenticamente locale.

E invero, sembra di poter dire che tali funzioni, in applicazione del principio di sussidiarietà verticale in senso ascendente, ben possano oggi risultare più

---

*razioni critiche*, in F. ROVERSI MONACO-G. CAIA (a cura di), *Il trasporto pubblico locale*, vol. I, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 59 ss.; M. DUGATO, *Regolazione e gestione del trasporto pubblico locale tra principi generali e discipline di settore*, *ivi*, vol. II, p. 19 ss.; G. BAROZZI REGGIANI, *Servizi di pubblica utilità, Authorities ed Enti di governo d’ambito: fra istanze accentratrici e (necessaria) garanzia della rappresentatività*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, *Studi introduttivi*, Bononia University Press, Bologna, 2018, p. 305 ss.; A. BENEDETTI, *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*, in questa *Rivista*, 2019, 1, p. 21 ss.

<sup>36</sup> In proposito parla, appunto, di «*de-municipalizzazione dei servizi pubblici locali*» G. PIPE-RATA, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Munus*, 2016, 1, p. X; in senso analogo, T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall’“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*, in *Munus*, 2012, p. 432.

<sup>37</sup> A quanto consta, solo nelle Regioni Emilia-Romagna, Umbria e Basilicata è stato creato un unico ente di governo sia per il servizio idrico integrato sia per il servizio di gestione dei rifiuti urbani.

adeguatamente gestite, in modo unitario, a un livello istituzionale più elevato, in cui la maggiore dimensione dell'ente meglio corrisponda all'attuale natura degli interessi da perseguire.

In questo senso, del resto, è già chiaramente orientata una significativa disposizione di principio della più recente fonte organica di riforma dell'ordinamento degli enti locali, e cioè la legge 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. Delrio).

Ci si riferisce all'art. 1, comma 90 di tale legge, relativo, secondo l'espressione testuale usata dalla norma stessa, proprio allo «*specifico caso*» qui in esame, e cioè all'ipotesi in cui «*disposizioni normative statali o regionali di settore riguardanti servizi di rilevanza economica prevedano l'attribuzione di funzioni di organizzazione dei predetti servizi, di competenza comunale o provinciale, ad enti o agenzie*» operanti «*in ambito provinciale o sub-provinciale*».

In tale circostanza, la norma pone, per il competente legislatore di settore, statale o regionale, il principio – qualificato come principio fondamentale della materia e principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. – di attribuire le funzioni in questione alle Province, sopprimendo gli enti o le agenzie già titolari delle funzioni stesse; ciò, ovviamente, ferme restando le attribuzioni delle autorità indipendenti di regolazione.

Questa previsione sancisce, in diritto positivo, quanto sopra rilevato, e cioè che, ogniqualvolta il legislatore di settore abbia superato la dimensione (mono)comunale di organizzazione di un dato servizio pubblico, prevedendo per l'esercizio della relativa funzione una forma associativa obbligatoria tra i Comuni, a base provinciale o anche infra-provinciale, tale funzione non può più essere considerata di stretta pertinenza comunale.

Traendo da ciò le dovute conseguenze, la norma stabilisce quindi, con disposizione di principio, la definitiva sottrazione dell'anzidetta funzione ai Comuni e la sua riallocazione in capo alle Province (o – si deve ritenere – alle Città metropolitane), salvo rimettere alle leggi di settore la concreta disciplina dell'organizzazione provinciale (o metropolitana) del suo esercizio, ivi comprese le «*forme di coordinamento*» con la Regione a monte e i Comuni a valle, e della conseguente successione tra gli enti interessati<sup>38</sup>.

Ai sensi di questa disposizione, si può dunque affermare che le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici già conferite dalle leggi di settore ai Comuni, ma rese sovralocali in ragione dell'obbligo di esercizio in forma associata per abiti territoriali di dimensione provinciale (o anche infra-provinciale), sono oggi da considerare funzioni di spettanza provinciale (o metropolitana)<sup>39</sup>.

Questo peraltro va detto, per logica e coerenza, non solo nel caso, al quale la norma fa testuale riferimento, in cui la forma associativa pluricomunale imposta dalle leggi di settore si sostanzia in una distinta figura soggettiva (ente o agenzia), ma anche laddove (come nel caso della disciplina di settore del servizio di distribuzione del gas naturale) essa sia rappresentata da una convenzione intercomunale con delega di funzioni in capo a uno dei Comuni partecipanti.

---

<sup>38</sup> Sono previste anche «*misure premiali*» per le Regioni che approvano le leggi indicate, disponendo la soppressione di uno o più enti o agenzie.

<sup>39</sup> La norma si pone in «*controtendenza*» [G. CARUSO, *Le competenze delle "nuove" Province*, in A. STERPA (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014, p. 210] rispetto al ridimensionamento del ruolo delle Province voluto dalla legge n. 56/2014 e prefigura «*un processo di concentrazione di funzioni in materia di servizi a rilevanza economica in favore delle nuove province di dimensioni amplissime*» [F. PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 166], assegnando alle stesse, in tale materia, un «*ruolo centrale*» [F. FABRIZZI, *Le Province*, in F. FABRIZZI-G.M. SALERNO (a cura di), *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Jovene, Napoli, 2014, p. 71].

Inoltre, benché la norma si applichi alle forme associative previste dalle leggi di settore di dimensione al massimo provinciale e dunque non preveda, qualora gli enti di governo dell'ambito abbiano una circoscrizione più ampia (pluriprovinciale o regionale), un'analoga attribuzione alle Regioni delle funzioni di tali enti, nondimeno è da ritenere applicabile l'anzidetto principio di riallocazione in capo alle Province delle funzioni, attualmente assegnate ai Comuni, di concorso alla formazione degli organi degli enti in questione e di collaborazione procedimentale con i medesimi, eventualmente prevedendo forme associative obbligatorie tra le Province stesse (anziché tra una molteplicità, difficilmente governabile, di Comuni).

## 11. Segue: l'incerta attuazione del principio

Il principio di cui ora si è detto non è stato smentito dalla legislazione successiva; questo appare già di per sé un dato significativo, tenuto conto della rapida mutevolezza e dell'instabilità che connota la produzione normativa degli ultimi anni in materia di servizi pubblici locali.

Si noti, al riguardo, che la legge di stabilità di pochi mesi successiva alla legge n. 56/2014, e cioè la già ricordata legge n. 190/2014, pur introducendo – come si è illustrato – norme volte a rendere ancora più stringente l'obbligo per i Comuni di aderire agli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali, e cioè pur operando per mettere in atto un assetto organizzativo che il principio suddetto intende superare, mantiene comunque espressamente fermo, in prospettiva, il principio stesso<sup>40-41</sup>.

Tuttavia, a più di quattro anni dall'entrata in vigore della norma, il principio anzidetto risulta privo di significative applicazioni<sup>42</sup>. Solo alcune delle leggi regionali di riordino delle funzioni a seguito della legge n. 56/2014 ne tengono conto, ma unicamente per rinviarne l'attuazione a futuri disegni di legge, di cui non consta l'avvenuta approvazione<sup>43</sup>; in un caso, poi, la stessa norma che effettuava il rinvio a un futuro disegno di legge è stata successivamente abrogata<sup>44</sup>.

Certo, l'innovazione è di impatto significativo, se si considera che – come si

---

<sup>40</sup> Ci si riferisce al già ricordato art. 3-*bis*, comma 1-*bis*, d.l. n. 138/2011, come da ultimo modificato, appunto, dalla legge n. 609/2014, il quale stabilisce che i Comuni «partecipano obbligatoriamente» agli enti di governo dell'ambito, ma «fermo restando» quanto previsto dall'art. 1, comma 90, legge n. 56/2014.

<sup>41</sup> Anche il già ricordato schema di d.lgs. recante il testo unico delle norme sui servizi pubblici locali di interesse economico generale aveva previsto che le funzioni dell'ente di governo dell'ambito fossero svolte dalla Città metropolitana o dall'ente di area vasta (e cioè dall'ente che poteva prendere il posto della Provincia, nell'assetto della riforma costituzionale del 2016), qualora il perimetro dell'ambito territoriale coincidesse con il territorio della Città metropolitana o dell'ente di area vasta.

<sup>42</sup> La perdurante mancata attuazione del principio si deve anche al fatto che l'art. 1, comma 90, legge n. 56/2014 non fissa termini per la sua applicazione e non prefigura poteri sostitutivi (sul punto v. P. BARRERA, *Commento* al comma 90, in L. VANDELLI, *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 169).

<sup>43</sup> Si vedano, ad esempio, l'art. 6, comma 3, legge reg. Veneto 29 ottobre 2015, n. 19 e l'art. 6, comma 7, legge reg. Marche 3 aprile 2015, n. 13.

<sup>44</sup> Art. 7, legge reg. Piemonte 29 ottobre 2015, n. 23, abrogato dall'art. 37, comma 1, lett. k), legge reg. Piemonte 10 gennaio 2018, n. 1.

è detto – la funzione di organizzazione dei servizi pubblici in questione è sempre tradizionalmente appartenuta ai Comuni, ancorché, nei tempi più recenti, obbligatoriamente da esercitarsi in forma associata.

Inoltre, l'esitazione nell'attuazione del principio è stata senz'altro comprensibile nel periodo in cui era in corso l'approvazione di un progetto di revisione costituzionale che mirava alla soppressione delle Province.

Peraltro, una volta preso atto, con l'esito negativo del *referendum* confermativo della riforma costituzionale del 2016, che le Province continuano a fare parte dell'assetto dei poteri locali, il trapasso alle Province (o alle Città metropolitane) delle funzioni dei Comuni in attuazione del principio suddetto risulta indubbiamente agevolato, rispetto al passato, per la circostanza che, in forza della stessa legge n. 56/2014, le Province e le Città metropolitane, pur non essendo equiparabili a (mere) associazioni di Comuni (perché sono enti autonomi, anche ai sensi dell'art. 114, comma secondo Cost., capaci di esprimere un proprio indirizzo politico-amministrativo), sono oggi configurate quali enti in cui l'elettorato attivo e passivo per l'elezione degli organi fondamentali spetta agli eletti nei Comuni (Sindaci e consiglieri comunali)<sup>45</sup>; dunque, gli eletti nei loro organi di governo sono indirettamente rappresentativi anche degli interessi delle collettività comunali di cui i loro elettori sono a loro volta esponenti.

A questo riguardo, è significativo che la norma in esame si premuri di precisare che la riallocazione delle funzioni di cui trattasi avviene in capo alle Province «*nel nuovo assetto istituzionale*», e cioè in capo a enti nel cui governo i Comuni sono assai più profondamente coinvolti che nel passato.

Nello stesso senso è la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha già avuto modo di precisare che l'attuazione di questa norma darà luogo a «*un trasferimento delle funzioni [dei Comuni e dei relativi enti o agenzie di governo dell'ambito], per ragioni di esercizio unitario, presso le Province, attualmente caratterizzate come enti di secondo grado*»<sup>46</sup>: nel pensiero della Corte è, cioè, anche la caratterizzazione delle Province quali enti di secondo grado a legittimare la riallocazione in capo a esse di funzioni comunali fondamentali.

A tutto ciò si aggiunge, in chiave retrospettiva, che la scelta di conferire in capo alle Province (o alle Città metropolitane) la funzione di organizzazione dei servizi pubblici in parola, per la ragione che questi hanno assunto una rilevanza di dimensioni provinciali (o metropolitane), non rappresenta una scelta anomala nel quadro ordinamentale dei servizi pubblici locali.

Va ricordato, infatti, che le norme di principio in materia di servizi pubblici locali – e cioè le medesime disposizioni di cui si è dato conto all'inizio di questo scritto con riferimento ai Comuni – hanno sempre consentito alle Province di istituire servizi pubblici di interesse provinciale. Per quanto si tratti di disposizioni scarsamente messe in atto, così disponeva già il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, che integrò in tal senso le norme della legge c.d. Giolitti del 1903, e così tuttora stabilisce l'art. 112, comma 1, TUEL, la cui previsione, già sopra riportata, non vale solo per i Comuni, ma per tutti gli «*enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze*», e quindi anche per le Province e le Città metropolitane (che sono parimenti «*enti locali*» ai sensi dell'art. 2 TUEL).

Del resto, anche la già ricordata legge n. 244/2007 non solo richiedeva un dimensionamento degli ambiti territoriali per l'organizzazione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani pari almeno al territorio

<sup>45</sup> Art. 1, commi 19, 25, 58 e 69, legge n. 56/2014.

<sup>46</sup> Corte Cost., 7 luglio 2016, n. 160, punto 6 in diritto.

provinciale, ma stabiliva anche, molto chiaramente, il principio per cui, in alternativa all'attribuzione delle funzioni in materia di organizzazione di tali servizi alle forme associative tra i Comuni, le leggi regionali potessero scegliere di assegnare dette funzioni alle Province ovvero, «*in caso di bacini di dimensioni più ampie del territorio provinciale*», alle Regioni o alle Province interessate sulla base di appositi accordi<sup>47</sup>.

Coerente con quanto sopra è dunque, oggi, anche la previsione di cui all'art. 1, comma 44, legge n. 56/2014 che include tra le funzioni fondamentali delle Città metropolitane pure quella di «*organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano*». Questo significa che le Città metropolitane non solo sono da considerare titolari, come si è detto, delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica già conferite dalle leggi di settore alle forme associative tra i Comuni compresi nel territorio metropolitano, ma sono investite, quale loro funzione fondamentale (e quindi propria, nel senso già illustrato all'inizio di questo scritto), anche della facoltà di assumere l'organizzazione di ogni altro servizio pubblico ritenuto di dimensione metropolitana (con conseguente legittima sottrazione della relativa competenza ai Comuni singoli o volontariamente associati)<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Si veda la lett. a) del già citato art. 2, comma 38, legge n. 244/2007.

<sup>48</sup> Per i servizi pubblici a vocazione metropolitana, la Città metropolitana, pertanto, «*agisce da titolare del servizio*»: così F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani: prime considerazioni*, in *Munus*, 2014, p. 456.

## La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?

di Luca Belviso

### ABSTRACT

*The essay deals with standing of Independent Administrative Authorities. First of all, the research highlights the objective nature of Independent Authorities standing and its effects on the assessment of the administrative judge. Moreover, it describes the genesis of these standing provisions, highlighting its compromising logic. Subsequently, it focuses on the aptitude of these standing powers to change the features of the administrative judicial proceeding. The analysis of the specific powers of standing for each Independent Authority is then conducted on the basis of the most recent judgements of the administrative judge. Finally, in the conclusions, the study intends to verify if these powers mark a return to the ancient objectivity of the administrative judicial proceedings.*

**SOMMARIO:** 1. Un'introduzione a partire dalla legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo. – 2. La genesi di tali attribuzioni fra logica compromissoria e veste suppletiva. – 3. Il lato oscuro dei processi fra pubbliche amministrazioni. – 4. Le singole ipotesi di legittimazione processuale: fattispecie con pochi punti fermi e ancora in cerca di regole. – 5. Un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo? – 6. Riflessioni conclusive in punto di legittimità costituzionale.

### 1. Un'introduzione a partire dalla legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo

La legittimazione ad agire è nell'attuale processo amministrativo al centro di ripensamenti e rivisitazioni.

Basti pensare ai recenti scritti dottrinali<sup>1</sup> e decisioni del Consiglio di Sta-

---

<sup>1</sup> Fra tali recenti studi, cfr. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, in corso di pubblicazione; della stessa Autrice, M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere nel giudizio amministrativo: alcuni spunti di riflessione*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal Codice – Atti del Convegno del 28 settembre 2018 organizzato dall'Ordine degli avvocati di Pavia*, Libellula, Lecce, 2019, pp. 37-56 (p. 39); F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, n. 2, pp. 511-547; C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, n. 2, pp. 393-437; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018, che cerca altresì di ricomporre la legittimazione a ricorrere in un'unica nozione in grado di adeguarsi a tutte le ipotesi di ricorso al giudice amministrativo.

to<sup>2</sup> che hanno ricondotto tale condizione dell'azione alla titolarità affermata della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, focalizzando l'accertamento del giudice al piano delle mere prospettazioni del ricorrente.

Un orientamento, questo, che contrasta con la tradizionale tesi<sup>3</sup> dell'effettiva titolarità della posizione sostanziale dedotta in giudizio, e che avvicina il processo amministrativo a quello civile<sup>4</sup>, evitando che siano anticipati alla fase preliminare profili che appartengono invece alla trattazione della causa nel merito.

Lo sguardo all'evoluzione storica del nostro sistema mostra del resto come l'orientamento più tradizionale sia sorto in tempi diversi, quando altri erano i fondamenti teorici che sorreggevano il giudizio amministrativo: quando l'interesse legittimo veniva inteso come strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa<sup>5</sup> e il processo amministrativo era «centrato» sulla sola azione di annullamento<sup>6</sup>. La nuova impostazione merita pertanto speciale attenzione soprattutto sotto il profilo della sua recezione da parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa.

L'accertamento della legittimazione ad agire sembra tuttavia cambiare ancora di fisionomia laddove sia la legge a costituirne fonte diretta di riconoscimento, come nel caso della legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti.

Infatti, in tali ipotesi di legittimazione oggettiva<sup>7</sup>, ove quindi la norma espressamente investe determinati soggetti della legittimazione ad agire a tutela di interessi pubblici, ci si domanda se il giudice amministrativo debba limitarsi ad accertare l'esistenza della previsione ordinamentale ai fini di ritenere integrata la legittimazione ad agire<sup>8</sup>, o debba invece andare oltre ad essa, al

---

<sup>2</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2018, n. 3321, che ha affermato che «la legittimazione a proporre ricorso va valutata in relazione alla posizione affermata, mentre costituisce disamina di merito il vaglio sull'effettiva sussistenza di tale interesse»; Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3657.

<sup>3</sup> Cfr. fra gli altri, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 194; oltre che la nota voce di R. VILLATA, voce *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, secondo cui l'accertamento dell'interesse sostanziale è, nel giudizio amministrativo, preliminare e distinto dall'accertamento della fondatezza della domanda, che invece consiste nella verifica dell'illegittimità dell'esercizio del potere amministrativo: come afferma l'Autore, «la differenza rispetto al processo civile deriverebbe [...] dal fatto che là il riconoscimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda, mentre nel giudizio amministrativo l'esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, sibbene dall'illegittimità del provvedimento impugnato».

<sup>4</sup> Nel giudizio civile è infatti da tempo consolidata l'idea che la verifica della legittimazione ad agire abbia ad oggetto la titolarità affermata del diritto soggettivo, a prescindere che l'attore ne sia poi effettivamente titolare. In dottrina, fra i tanti, F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 220-223; oltre che, già, A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Nss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 722; E. ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 130. In giurisprudenza, fra le numerosissime pronunce, cfr. Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951; Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2014, n. 15759; Cass. civ., sez. II, 10 maggio 2010, n. 11284.

<sup>5</sup> In questo senso, G. MANNUCCI, voce *Legittimazione e interesse a ricorrere (diritto amministrativo)*, in *www.treccani.it*, 2018, p. 6.

<sup>6</sup> In questo senso, cfr. C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, cit., p. 395.

<sup>7</sup> Sull'oggettività della legittimazione, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, n. 2, pp. 341-342, che tuttavia ne estende la nozione per ricomprendervi anche le ipotesi di legittimazione ad agire riconosciute da consolidata giurisprudenza (p. 369).

<sup>8</sup> In tal senso, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel*

fine rinvenire, sempre e comunque, la titolarità (affermata o effettiva che sia) di una situazione giuridica soggettiva in capo al ricorrente.

Inoltre, il carattere oggettivo della legittimazione induce a riflettere persino su quanto debba essere intenso, da parte del giudice amministrativo, il controllo sulla sussistenza dell'altra condizione dell'azione, e cioè sull'interesse a ricorrere. Infatti, a fronte di un legislatore che espressamente autorizza, con la norma, l'accesso alla giustizia, non è chiaro se il giudice amministrativo debba come di consueto accertare che l'azione promossa dal ricorrente sia idonea (là dove accolta) a fargli conseguire, direttamente o indirettamente, il bene della vita; domandandosi, dunque, se tale condizione dell'azione sfumi, in quanto assorbita dalla legittimazione a ricorrere di stampo oggettivo<sup>9</sup>, o invece mantenga il proprio tono, resiliente alla forza d'assorbimento della legittimazione *ex lege*.

Quand'anche si ritenga che l'interesse a ricorrere mantenga la propria consistenza, non può comunque negarsi l'influenza che l'oggettività della legittimazione è destinata ad avere su tale condizione dell'azione. Molte legittimazioni *ex lege*, infatti, attribuiscono al ricorrente individuato dalla norma il potere di impugnare, in presenza di certi presupposti sostanziali, non solo provvedimenti puntuali, ma anche regolamenti e atti amministrativi generali, atti che, proprio per la loro generalità e incapacità di arrecare immediato pregiudizio, non sono di consueto immediatamente impugnabili. In tali ipotesi, l'interesse a ricorrere sorge quindi in anticipo rispetto a quello di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento (ad esempio, dei diversi attori del mercato nel caso delle legittimazioni processuali delle autorità amministrative indipendenti). Questi ultimi, infatti, potranno adire il giudice amministrativo solo successivamente, per impugnare quegli atti che, dando esecuzione ai regolamenti e agli atti amministrativi generali, concretizzano la lesione alla loro sfera giuridica.

Riguardo ai quesiti posti, appare di maggior logicità l'idea che la legittimazione oggettiva possa avere un effetto, per così dire, di "semplificazione" sull'accertamento da parte del giudice delle condizioni dell'azione, specialmente con riferimento alla legittimazione ad agire. *A contrario* opinando, infatti, il giudice dovrebbe ricercare una situazione giuridica soggettiva alla base dell'azione, essendo però paradossalmente vincolato nell'esito di tale accertamento, costretto a trovare detta posizione sostanziale se non vuole dichiarare inammissibile un ricorso che invece la legge, espressamente, autorizza.

Tale effetto di semplificazione appare del resto coerente con l'idea, che sarà ripresa nella parte finale del presente studio, in base alla quale il giudizio amministrativo possa anche prescindere da una situazione giuridica di ordine sostanziale, non per questo perdendo la propria soggettività.

---

*processo amministrativo*, cit., p. 379, ove afferma che «in questi casi, la rilevanza dell'interesse alla stregua dell'ordinamento [...] è riconosciuta *ex ante* e non necessita di accertamento da parte del giudice».

<sup>9</sup> A sostenere che l'interesse a ricorrere sfumi, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, cit., p. 380; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 12, p. 16.

## 2. La genesi di tali attribuzioni fra logica compromissoria e veste suppletiva

L'accesso alla giustizia amministrativa delle autorità amministrative indipendenti si fonda, oggi, su tre previsioni di legge, che legittimano al ricorso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)<sup>10</sup>, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART)<sup>11</sup> e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)<sup>12</sup>.

La prima è legittimata ad agire in giudizio al fine di impugnare gli atti adottati dalle pubbliche amministrazioni in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. La seconda può ricorrere al giudice amministrativo per richiedere l'annullamento di atti adottati dai Comuni che siano espressione di adeguamento dei livelli di prestazione del servizio taxi. La terza, infine, può accedere alla giustizia amministrativa per impugnare taluni atti, che si inseriscono nella procedura ad evidenza pubblica, adottati dalle stazioni appaltanti.

In ciascuno di questi casi ci troviamo di fronte a prerogative di iniziativa processuale, la cui genesi è connessa alla volontà di proteggere interessi pubblici di cui le Autorità sono già istituzionalmente guardiane, che sono di matrice euro-unitaria e che sono ritenuti tanto rilevanti da meritare una maggiore protezione da parte dell'ordinamento<sup>13</sup>. Il loro fondamento costituzionale va dunque ricercato in questi interessi, che sono tutelati direttamente o tramite norma di apertura al diritto europeo dalla nostra Carta fondamentale.

Le vicende particolari che hanno accompagnato la genesi di tali prerogative mostrano come esse siano sorte, in ciascun caso, da logiche compromissorie, contestualmente rivelando una loro incidenza tardiva – in quanto traslata al momento del giudizio – sulla protezione di quell'interesse pubblico rilevante che ne giustifica la previsione.

Con riguardo all'AGCM, infatti, la legittimazione processuale è sorta, come ha rilevato attenta dottrina, «dall'esigenza di superare in qualche modo la prassi poco soddisfacente relativa ai poteri di segnalazione e consultivi attribuiti all'Autorità [...] che in molti casi restano senza seguito da parte delle amministrazioni destinatarie»<sup>14</sup>, ma anche, a dire il vero, dagli organi politici, che poco recepiscono le proposte di modifiche normative espresse dall'Autorità, soprattutto quando intervengono in ambiti caratterizzati da alto tasso di politica e rilevanti conflitti di interesse<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., in legge 22 dicembre 2011, n. 214.

<sup>11</sup> Cfr. le lett. m) e n), comma 2, art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in legge 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato dall'art. 36, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>12</sup> Cfr. i commi 1-bis, 1-ter e 1-quater del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), introdotti dall'art. 52-ter del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv., con modif., in legge 21 giugno 2017, n. 96.

<sup>13</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323, nonché Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. In dottrina, cfr. A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, n. 2, p. 436.

<sup>14</sup> Così, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Conc. e merc.*, 2013, p. 866 (si veda anche p. 870).

<sup>15</sup> In questo senso, P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Conc. e merc.*, 2018, p. 68.

Tale potere di iniziativa processuale trova pertanto la sua origine nel fallimento di quei poteri, aumentati nel corso del tempo<sup>16</sup>, riconducibili alla *competition advocacy*<sup>17</sup> e al ruolo *pro-active*<sup>18</sup> rivestito dall'Autorità, e che sono di primaria importanza se si considera che, in Italia, le distorsioni della concorrenza derivano, oltre che da pratiche anticoncorrenziali realizzate dagli operatori economici, soprattutto da discipline legislative, regolamentari e regolatorie<sup>19</sup>.

Sotto un profilo prettamente giuridico, la contestazione da parte dell'Autorità di profili di anti-concorrenzialità in atti già emanati non è infatti vincolante per i suoi destinatari, in quanto non crea in capo ad essi obblighi di adeguamento, ma si limita a produrre, nei loro confronti, un solo effetto di *moral suasion*, che consente alle amministrazioni e ai pubblici poteri di non dare recepimento alle indicazioni dell'Autorità<sup>20</sup>. Anche l'ultima relazione annuale dell'AGCM mostra del resto che, sul totale degli interventi annuali di *advocacy*, il tasso di ottemperanza rimane appena superiore alla metà<sup>21</sup>.

Sicché, a fronte di poteri rivelatisi nel tempo incapaci di condurre all'effettiva promozione dell'assetto concorrenziale dei mercati, il legislatore ha deciso di rafforzare le attribuzioni dell'Autorità, tanto che alcuni Autori<sup>22</sup> hanno affermato che l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza goda di primazia rispetto a tutti gli altri. Tale lettura non sembra in realtà persuasiva, ritenendosi, specie alla luce degli ultimi interventi della Consulta<sup>23</sup>, che si tratti solo di un'illusoria prevalenza.

Nell'ottica di tale incremento di poteri, il legislatore ha trovato poi un compromesso, scartando l'idea di riconoscere uno speciale potere di annullamento di atti amministrativi – prerogativa che sarebbe risultata lesiva delle autonomie

---

<sup>16</sup> Per un elenco, si veda M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Conc. e merc.*, 2018, p. 86, che ne rileva un aumento all'insegna dell'estemporaneità.

<sup>17</sup> Su tale nozione si veda M. D'ALBERTI, *I poteri di advocacy delle autorità di concorrenza in prospettiva comparata*, in *Conc. e merc.*, 2013, p. 872.

<sup>18</sup> Cfr. S. CASSESE, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 102 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 412 ss.

<sup>19</sup> Su tale rilievo, cfr. M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 86. Sui poteri di *advocacy* dell'AGCM, cfr. fra gli altri, L. PISCITELLI, *Artt. 21-24*, in V. AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e Mercato – Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, Cedam, Padova, 1994, pp. 572-599.

<sup>20</sup> Cfr. M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 89.

<sup>21</sup> Cfr. Relazione dell'Autorità sull'attività svolta nel 2018, p. 65, ove l'Autorità afferma che «i risultati hanno fatto registrare un tasso di ottemperanza, considerata la totalità degli strumenti utilizzati, pari al 53%».

<sup>22</sup> Cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, cit., p. 866. Tale primazia sembra emergere anche da talune decisioni del giudice amministrativo: Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246, ove gli si riconosce la «natura di speciale interesse pubblico»; in primo grado, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720, ove si fa riferimento alla «primazia della tutela della libertà di concorrenza».

<sup>23</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 31 gennaio 2019, n. 13, decisione in cui la Consulta ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dall'AGCM, che aveva ritenuto di poter adire il giudice delle leggi auto-qualificandosi quale giudice *a quo*. In dottrina, cfr. fra gli altri, F. APERIO BELLA, *Riflessi dell'organizzazione sul rapporto tra le Istituzioni: l'AGCM quale giudice a quo del giudizio di legittimità costituzionale?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, n. 1, pp. 211-240.

regionali e locali<sup>24</sup> – e optando per l'introduzione, nella legge n. 287/1990, dell'attuale art. 21-*bis*, ove l'Autorità, a fronte di un atto che viola le norme a tutela della concorrenza e del mercato, prima instaura un dialogo preliminare con l'amministrazione che l'ha adottato, poi, a fronte di una crisi di cooperazione, può adire il giudice amministrativo, delineando una peculiare struttura che ha indotto la dottrina a ricondurre anche tale disposizione nell'ambito della *competition advocacy*<sup>25</sup>.

Anche con riferimento alla legittimazione processuale dell'ART, la scelta di affidarle il potere di ricorso, che opera con riferimento alla disciplina in materia di servizio taxi, è stato il frutto di un compromesso<sup>26</sup>.

Nell'originaria versione dell'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in legge 22 dicembre 2011, n. 214, infatti, l'Autorità non era dotata di alcun potere con riferimento alla mobilità urbana non di linea, a fronte di un ruolo regolatorio che si estendeva invece ad ogni comparto del trasporto<sup>27</sup>.

Tale lacuna ha indotto l'Autorità a ricercare da sempre poteri in tale settore<sup>28</sup>, fino a reclamarli espressamente di fronte agli organi politici. Al riguardo è comprova ciò che è avvenuto, in un'audizione parlamentare, in merito all'acquisizione dei poteri di regolazione pro-concorrenziale<sup>29</sup>, da sempre ambiti dall'Autorità anche nell'ottica di rendere massima la trasversalità della sua funzione in materia di trasporti.

A tale aspirazione, si è tuttavia contrapposta la volontà degli enti locali, attuali titolari ed organizzatori del servizio<sup>30</sup>, restii a cedere anche parte della loro "signoria" in materia.

---

<sup>24</sup> Su questo rilievo, cfr. Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20.

<sup>25</sup> Cfr. M. CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/90*, in *Conc. e merc.*, 2018, p. 102; M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 89; P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, cit., p. 67.

<sup>26</sup> Come afferma M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, cit., p. 865, tale legittimazione processuale «è stata frutto di un compromesso tra chi voleva accentrare in capo all'Autorità i poteri di regolazione in materia e chi mirava invece a salvaguardare le prerogative regionali e comunali».

<sup>27</sup> A tal fine, si ricorda che l'ART, con l'unica eccezione relativa al trasporto pubblico locale non di linea, ha diretti poteri regolatori in ciascun comparto della mobilità, conformemente alla scelta italiana di concentrare tutta la regolazione dei trasporti in un'unica autorità avente competenza trasversale sul settore. Sul modello della trasversalità, anche detto modello orizzontale, cfr. M.L. MAGNO, *La regolazione dei trasporti negli Stati membri*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 23-38, che contrappone ad esso il modello verticale, più diffuso in Europa, in cui vi è un'autorità diversa per ogni comparto della mobilità.

<sup>28</sup> A fronte di una legge istitutiva che non le riconosceva espressamente alcun potere nel mercato della mobilità urbana non di linea, l'Autorità ha cercato di auto-attribuirseli, facendo in particolare leva sulla sua natura di autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e sulla conseguente applicazione della legge 14 novembre 1995, n. 481. In tal senso, C. CARUSO, *L'Autorità di Regolazione dei Trasporti nell'ordinamento amministrativo e costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, p. 4, che ricollega a tale estensione il potere di segnalazione al Governo e al Parlamento in merito a specifiche criticità presenti nei diversi settori regolati (potere di cui ha fatto uso, ad esempio, in relazione ai problemi connessi alla diffusione delle nuove piattaforme tecnologiche di mobilità).

<sup>29</sup> Cfr. Audizione dei rappresentanti dell'ART del 2 luglio 2015, disponibile su *you tube*.

<sup>30</sup> In particolare tale servizio è di titolarità dei Comuni, che, nel rispetto delle previsioni statali e regionali, provvedono, con propri regolamenti, ad organizzare la mobilità urbana non di linea. Cfr. legge quadro 15 gennaio 1992, n. 21.

Fra le due opposte volontà, il legislatore ha fatto propria una soluzione di compromesso. Infatti, con l'art. 36, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27, modificando l'originaria disposizione istitutiva, in un'ottica di rafforzamento di poteri, ha deciso di attribuire all'Autorità la legittimazione attiva in materia, senza però riconoscerle la tanto agognata veste regolatoria.

Per ultimo, una visione di compromesso si rileva anche nella previsione della legittimazione processuale dell'ANAC, prevista dai commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Tale attribuzione non ha trovato fin da subito ospitalità nel Codice dei contratti pubblici, che prevedeva, di contro, il potere dell'Autorità di adottare le cd. raccomandazioni vincolanti. Tale ultimo strumento le consentiva di sollecitare l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante, in riferimento ad atti della procedura di gara ritenuti illegittimi, al fine di ottenere l'eliminazione dell'atto e la rimozione dei suoi effetti, a pena d'infrazione di una sanzione pecuniaria<sup>31</sup>.

Su tale attribuzione si è pronunciato, in ben tre occasioni, il Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>32</sup>, evidenziando, fra i diversi rilievi, come si trattasse di un potere incompatibile con il sistema delle autonomie<sup>33</sup>, nonché di difficile inquadramento sistematico laddove configurasse un atipico modello di autotutela doverosa<sup>34</sup>, altresì suscettibile di moltiplicare il contenzioso in un settore già caratterizzato da alta litigiosità<sup>35</sup>. A fronte di tali criticità, il Consiglio di Stato ha consigliato di sostituire tale potere, di «vigilanza dinamica», con quello,

---

<sup>31</sup> Cfr. l'oramai abrogato comma 2 dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici.

<sup>32</sup> In particolare, cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 1° aprile 2016, n. 855, ove si è espresso sul comma 2 dell'art. 211 della (ancora) bozza del Codice dei contratti pubblici («schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri n. 107 del 3 marzo 2016»); Cons. Stato, Comm. Spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, ove si è pronunciato, all'indomani dell'adozione del Codice, su uno schema di regolamento d'attuazione da parte dell'ANAC (schema successivamente approvato come «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici», in vigore dal 1° marzo 2017); infine, Cons. Stato, Comm. Spec., 30 marzo 2017, n. 782, ove si è espresso con riferimento allo schema correttivo al Codice (schema che, dopo tale atto consultivo, ha condotto all'approvazione del primo decreto correttivo, il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

<sup>33</sup> Nel parere n. 855/2016, il Consiglio di Stato ha rilevato che tale potere non fosse compatibile con il sistema delle autonomie, introducendo un controllo statale sugli atti degli enti regionali e locali, un potere di «annullamento mascherato» che esorbita dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta (cfr. Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20).

<sup>34</sup> Nel parere n. 2777/2016, il Consiglio di Stato mette in luce l'ambiguità del configurato modello di «autotutela doverosa». Il Consiglio di Stato ha asserito, infatti, che tale potere configurasse una fattispecie complessa, bifasica e a formazione progressiva, ove è possibile distinguere due fasi: la prima, rappresentata dall'adozione da parte dell'Autorità della raccomandazione vincolante, atto inteso quale provvedimento a carattere autoritativo e decisorio in grado di tradursi in un sostanziale ordine di revisione degli atti di gara; la seconda, basata sulla rimozione in autotutela doverosa di tale atto di gara da parte della stazione appaltante, che rimaneva formale titolare del potere di eliminazione. In tale contesto, la raccomandazione veniva a configurare un atto ambiguo, vincolante – quasi un ossimoro a detta del Consiglio di Stato – e per tale ragione divergente, in spregio al suo nome, dalla tradizionale raccomandazione, per sua natura non dotata di efficacia vincolante. In dottrina, cfr. M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, n. 2, pp. 749-770; F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, comma 2, d.lgs. n. 50/2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in *PA persona e amministrazione*, 2017, n. 1, pp. 421-439.

<sup>35</sup> Nel parere n. 2777/2016, il Consiglio di Stato mette in guardia sul rischio di moltiplicazione dei giudizi in materia di contratti pubblici, posto che, alla già cospicua litigiosità fra stazioni appaltanti e operatori economici, si sarebbero aggiunte le nuove controversie fra l'Autorità e le stazioni appaltanti.

di «vigilanza collaborativa», di legittimazione processuale, chiaramente ispirato all'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990<sup>36</sup>.

Tale suggerimento è stato accolto dal legislatore. Dapprima, infatti, è stato soppresso il potere di adottare raccomandazioni vincolanti<sup>37</sup>, poi, dopo solo cinque giorni, è stata attribuita all'Autorità la legittimazione processuale in materia di contratti pubblici, potere volto a proteggere la legalità dell'agire amministrativo nelle procedure di gara e ridurre i fenomeni corruttivi all'insegna di una maggiore concorrenzialità<sup>38</sup>.

Certo è che la raccomandazione vincolante – al di là del fatto che l'ANAC, con buon senso, mai ne abbia fatto utilizzo, a causa dei nodi problematici che la attanagliavano – costituiva un'arma di vigilanza particolarmente forte. Pertanto, all'indomani della sua espunzione, è sorto il timore, manifestato dal Consiglio dei Ministri, di aver pregiudicato il ruolo dell'Autorità quale garante della legalità in materia di contratti pubblici<sup>39</sup>.

Conseguentemente non è un caso, ma risponde ad una chiara logica compromissoria, o restitutoria, che, a distanza di così poco tempo dall'abrogazione di tale potere, l'Autorità sia stata dotata della seppur meno incisiva prerogativa di iniziativa processuale<sup>40</sup>.

Alla luce di quanto descritto, pare potersi ritenere che la legittimazione processuale di ciascuna Autorità sia discesa da un compromesso, e quindi dalla volontà di compensare poteri scarsi o inesistenti, come nei casi dell'AGCM e dell'ART, o, al contrario, di restituire poteri a seguito dell'abrogazione di attribuzioni precedentemente riconosciute e ritenute esorbitanti, come nel caso dell'ANAC.

Così facendo, la macchina processuale pare aver assunto contestualmente anche una veste suppletiva, consentendo alle Autorità di recuperare, sebbene solo in fase giurisdizionale, l'efficace tutela della *mission* a loro propria, a fronte di una legislazione che non recepisce i loro suggerimenti, o che non conferisce loro poteri regolatori in grado di tutelare l'interesse protetto prima che venga lesa, o, ancora, che non consenta alle medesime di salvaguardare l'interesse pubblico perseguito con penetranti poteri destinati ad operare in fase procedimentale.

---

<sup>36</sup> Tale suggerimento è contenuto nel parere n. 855/2016. Per una lettura critica della «vigilanza collaborativa», termine che sarebbe stato utilizzato in modo improprio dal Consiglio di Stato, E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, n. 1, pp. 268-270.

<sup>37</sup> Il comma 2 dell'art. 211 del Codice è stato abrogato dall'art. 123 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. decreto correttivo, o anche primo correttivo al Codice, recante «disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»).

<sup>38</sup> In particolare, l'art. 52-*ter* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (cd. Manovrina, recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo»), conv., con modif., in legge 21 giugno 2017, n. 96, ha introdotto, all'interno dell'art. 211 del Codice, i commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*.

<sup>39</sup> Tale timore è stato espresso dal Consiglio dei Ministri, che ha annunciato, subito dopo la firma del decreto correttivo, ma ancora prima che lo stesso venisse pubblicato, l'introduzione di un potere capace di ripristinare quello abrogato.

<sup>40</sup> A sostenere l'oggettivo indebolimento dell'Autorità a seguito dell'abrogazione del potere di adottare raccomandazioni vincolanti, M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017, p. 15. Come si vedrà, infatti, nella nuova attribuzione dell'Autorità – con un *focus* relativo a ciò che si è andato perdendo – non si realizza alcuna autotutela doverosa, non si verifica alcun anomalo spostamento del momento valutativo tipico dell'annullamento d'ufficio, non si impone all'amministrazione alcun intervento di rimozione dei propri atti, non si sanziona la stessa laddove non si adegui spontaneamente alle prescrizioni dell'Autorità.

### 3. Il lato oscuro dei processi fra pubbliche amministrazioni

Nel corso della trasformazione che sta interessando la parte statica del processo amministrativo, testimoniata non da ultimo dal cd. processo a parti invertite di cui la Consulta ha riconosciuto la legittimità costituzionale<sup>41</sup>, si inseriscono anche i giudizi che sorgono dai poteri di iniziativa processuale delle autorità amministrative indipendenti.

Anche tale contenzioso, infatti, è espressione della rottura del tradizionale schema delle parti, dato che i poteri di iniziativa processuale in esame mutano la «geografia classica del diritto processuale amministrativo, con un giudice amministrativo chiamato a decidere su conflitti non più tra una parte privata ricorrente e una parte pubblica resistente, bensì tra parti esclusivamente pubbliche»<sup>42</sup>.

L'emergere di un contenzioso che vede l'amministrazione contestualmente rivestire i "panni" di ricorrente e resistente non è del tutto inedita nel nostro sistema di giustizia amministrativa – si pensi alle legittimazioni processuali dei vari Ministeri previste a partire dalla fine degli anni Ottanta del XX secolo – sebbene appaia perlomeno atipica. Allo stesso tempo costituisce però anche una tendenza dell'odierno legislatore, e peraltro non solo di quello italiano, rilevandosi sviluppi analoghi anche in altre esperienze europee continentali (come quella francese<sup>43</sup>, quella tedesca<sup>44</sup> e quella spagnola<sup>45</sup>), conformemente a quel lento ma progressivo processo di europeizzazione dei diritti processuali amministrativi nazionali.

Anche l'attuale contesto sociale, politico e culturale condiziona e sostiene tale tendenza, inducendo ad una pluralizzazione e frammentazione dei diversi interessi pubblici di cui le amministrazioni sono portatrici, con l'inevitabile affiorare di conflitti fra i loro interessi diversificati<sup>46</sup>.

Quel che appare discutibile è però la scelta del legislatore nazionale di consentire alle amministrazioni di rivolgersi solo al giudice per proteggere i propri interessi<sup>47</sup>. Sarebbe infatti certamente più razionale ed efficiente, oltre che rispondente ad un'esigenza di *accountability* democratica, che i contrasti fra le pubbliche amministrazioni fossero risolti, in prima istanza, all'interno

<sup>41</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 15 luglio 2016, n. 179.

<sup>42</sup> Così, M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in questa Rivista., 2015, n. 1, p. 7.

<sup>43</sup> Cfr. S. DELIANCOURT, *Lè règlament du contentieux entre personnes publiques*, in *Droit Administratif*, 2017, nn. 8-9, p. 69, ove l'Autore rileva l'esistenza di un contenzioso sempre crescente fra soggetti pubblici, sebbene in mancanza di regole specifiche contenute nel *Code de justice administrative*.

<sup>44</sup> Sul contenzioso fra soggetti pubblici in Germania, si veda V. FERRARO, *La legittimazione al ricorso degli enti pubblici nel diritto tedesco tra l'influenza europea e l'evoluzione giurisprudenziale interna*, in M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 279-307.

<sup>45</sup> Cfr. art. 19 della *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA), che contempla diverse ipotesi di *litigios inter-administrativos*. La tendenza del legislatore di prevedere ipotesi di contenzioso fra soggetti pubblici è altresì testimoniata dalla più recente legittimazione a ricorrere introdotta dall'art. 27 della *Ley 20/2013, de 9 de diciembre*, a favore della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* a tutela della *unidad de mercado*. In dottrina, cfr. fra gli altri, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *El contencioso de la unidad de mercado*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2013, n. 87, pp. 51-93.

<sup>46</sup> Cfr. M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in M. MACCHIA (a cura di), *op. cit.*, p. 30.

<sup>47</sup> Per qualche rilievo, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

dell'amministrazione medesima, con devoluzione della decisione ad un'istanza di governo più elevata<sup>48</sup>.

Una discutibile scelta di sistema, questa, che è solo temperata dalla circostanza che il giudice possa talvolta essere adito soltanto all'esito di una crisi di cooperazione. L'assenza di stanze di compensazione a livello politico-amministrativo rimane infatti, anche in questi casi, un elemento di disfunzione<sup>49</sup>. È abbastanza evidente, del resto, che demandare la risoluzione del conflitto ad un soggetto di natura amministrativa esterno alle due parti in contesa sia altra cosa dal realizzare un (pur apprezzabile) momento di collaborazione e interlocuzione preventiva fra le stesse amministrazioni interessate dal conflitto.

A tale assenza si ricollega anche il dibattito sul fondamento costituzionale delle previsioni di legittimazione processuale in esame, oltre che dei giudizi da esse derivanti. Qualche Autore<sup>50</sup> ha infatti ricondotto tali poteri e processi al principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, ritenendo che essi sorgano proprio per l'assenza di qualsiasi altra alternativa pratica di tutela di interessi pubblici lesi da un certo provvedimento amministrativo.

Tale lettura, come è stato condivisibilmente osservato, rischia però di offrire un pericoloso giustificativo ad ogni disposizione di legge che decida di attribuire il potere di ricorso ad una qualsiasi pubblica amministrazione affidataria della cura di un interesse pubblico<sup>51</sup>. E che sarebbe pericoloso proprio perché tali disposizioni – da ricondurre piuttosto agli interessi rilevanti e di matrice euro-unitaria tutelati dalla Costituzione, direttamente o tramite disposizioni di apertura al diritto dell'Unione europea – non dovrebbero costituire una regola, quantomeno per la loro difficile sistematizzazione nel complessivo sistema di giustizia amministrativa.

Ma forse non solo per questo. Oltre alla fisionomia delle parti, infatti, muta in questi giudizi anche il ruolo del giudice, investito di una funzione nuova e diversa: non più giudicare su questioni nelle quali si contrappongono un interesse privato e un interesse pubblico, bensì trovare la composizione di interessi pubblici fra loro confliggenti.

Il luogo di cura in concreto degli interessi in gioco si trasla, cioè, dalla sede amministrativa a quella giurisdizionale, e cioè dal procedimento al processo. Quest'ultimo, quindi, «diviene il luogo privilegiato di composizione non solo dei conflitti ma anche degli interessi in gioco»<sup>52</sup>, venendo a rappresentare «una sorta di rimedio al fallimento del procedimento o del coordinamento amministrativo, quale ideale ambito di composizione del conflitto»<sup>53</sup> fra gli interessi coinvolti. Conseguentemente, il giudice finisce per fare quanto di consueto è compito dell'amministrazione, curando in concreto gli interessi pubblici.

---

<sup>48</sup> Così, M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, in *Conc. e merc.*, 2018, p. 10 (e in particolare la nota n. 17).

<sup>49</sup> In questi termini, M. CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/90*, cit., p. 101.

<sup>50</sup> Sul legame di tali legittimazioni con il principio di effettività, cfr. M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, cit., p. 10 (e in particolare la nota n. 17).

<sup>51</sup> In questo senso, M. CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/90*, cit., pp. 101-102.

<sup>52</sup> Così, M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 93.

<sup>53</sup> Così, M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 31.

Una traslazione di sede e di ruolo, quella che si verifica, che però realizza una contaminazione della funzione giudicante, che rischia di ledere il principio di separazione dei poteri, svuotare la riserva di amministrazione e, infine, compromettere il funzionamento del processo decisionale pubblico, anche data la lunghezza dei tempi della giustizia<sup>54</sup>. Tali timori rappresentano il lato oscuro dei processi fra pubbliche amministrazioni e suggeriscono l'adozione di un cauto approccio all'eventuale estensione generalizzata di tali poteri di legittimazione processuale.

#### 4. Le singole ipotesi di legittimazione processuale: fattispecie con pochi punti fermi e ancora in cerca di regole

Le singole ipotesi di legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti si inseriscono in fattispecie con ancora pochi punti fermi e in cerca di regole.

Con riferimento alla legittimazione processuale dell'AGCM, prevista dall'art. 21-*bis* della legge n. 241/1990<sup>55</sup>, giurisprudenza e dottrina sono state fin da subito assorbite nel cercare di risolvere numerose questioni problematiche, anche in virtù di un dettato normativo che non brilla per chiarezza ed esaustività. Ma, al di là dell'applicazione che ha caratterizzato tale strumento<sup>56</sup>, pochi sono ancora i punti fermi. E molti sono, invece, i problemi rimasti insoluti.

Una questione di natura preliminare pressoché risolta dalla giurisprudenza amministrativa<sup>57</sup> (e costituzionale<sup>58</sup>) attiene alla struttura della fattispecie medesima. Tali giudici hanno infatti ritenuto che il comma 2 dell'art. 21-*bis* non sia autonomo rispetto al comma 1, sicché il parere dell'Autorità costituisce

---

<sup>54</sup> Cfr. M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 30-33.

<sup>55</sup> L'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, che fonda la legittimazione processuale dell'AGCM, si articola in tre commi: il comma 1 dispone che «l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»; il comma 2 prevede che «l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni»; il comma 3 stabilisce che «ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1, si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

<sup>56</sup> L'Autorità ha, fin dal 2011, attivato lo strumento di cui all'art. 21-*bis*. Le relazioni annuali dell'Autorità rivelano che il parere è stato emesso: 1 volta nel 2011, 18 volte nel 2012, 23 volte nel 2013, 7 volte nel 2014, 19 volte nel 2015, 14 volte nel 2016, 42 volte nel 2017, 56 volte nel 2018. L'adeguamento a tali pareri si attesta complessivamente intorno al 48 % dei casi (cfr. Relazione sull'attività svolta nel 2018). Per quanto riguarda i ricorsi dell'AGCM dinanzi al giudice amministrativo (sia di primo che di secondo grado), essi mai hanno superato il numero di dieci all'anno.

<sup>57</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. In primo grado, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 27 maggio 2015, n. 7546; TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 15 marzo 2013, n. 2720. Tuttavia, tale soluzione vale solo con riguardo al ricorso introduttivo, non anche in relazione alla proposizione dei motivi aggiunti. Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>58</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20.

presupposto processuale previsto a pena di inammissibilità del successivo ricorso al giudice e l'azione giurisdizionale rappresenta l'*extrema ratio* per tutelare l'interesse pubblico alla concorrenza. Detta interpretazione ha negato di converso la facoltà dell'Autorità, cui la stessa ambiva<sup>59</sup>, di poter esercitare anche direttamente lo strumento giurisdizionale. Fra le diverse ragioni a sostegno di tale tesi<sup>60</sup>, i giudici hanno valorizzato soprattutto l'esigenza del precontenzioso, di un momento previo al giudizio di cooperazione e interlocuzione preventiva fra le amministrazioni, di loro leale collaborazione, in grado, da un lato, di realizzare la tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza all'interno della stessa pubblica amministrazione<sup>61</sup>, dall'altro, di deflazionare il contenzioso<sup>62</sup>.

Si segnala tuttavia che, su tale orientamento, la dottrina<sup>63</sup> ha manifestato perplessità, ritenendo che sia opportuno ammettere, specie per i casi d'urgen-

---

<sup>59</sup> Cfr. Relazione annuale sull'attività realizzata nel 2012, ove si afferma (p. 127) che «l'Autorità ritiene che valutazioni di carattere pragmatico, sorrette peraltro dalla lettera dell'articolo 21-bis, inducano a legittimare, in taluni casi specifici, l'impugnazione diretta degli atti. Tale ipotesi interpretativa [...] muove soprattutto dall'esigenza di poter all'occorrenza adire d'urgenza il giudice, in particolare in quei casi in cui la misura cautelare rappresenta l'unico strumento idoneo a garantire l'efficacia dell'impugnativa».

<sup>60</sup> Tale lettura è suffragata, oltre che dall'opportunità di un momento di precontenzioso riportata nel testo, da: l'esigenza di procedimentalizzazione, quale ordinario *modus agendi* di ogni pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246); la collocazione sistematica dell'istituto, posto fra poteri di segnalazione e consultivi, ove il minimo comune denominatore pare essere l'espressione, da parte dell'Autorità, indipendentemente che si tratti di segnalazione o di parere, di un suo "punto di vista", che invece mancherebbe ove il ricorso giurisdizionale fosse direttamente esperibile (TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451); la perfetta corrispondenza dei presupposti dell'impugnazione fra i commi 1 e 2 dell'art. 21-bis (TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451).

<sup>61</sup> Tale finalità è ben illustrata in TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720, ove si afferma che la fase procedimentale assicura un centrale momento di interlocuzione preventiva fra l'AGCM e l'amministrazione che ha adottato l'atto, in un contesto ove «la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone come *extrema ratio* [...] in considerazione del fatto che dà luogo a un giudizio fra pubbliche amministrazioni, privilegiando piuttosto il legislatore modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni». Cfr. altresì, Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; nonché, TAR Lazio, Roma, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264.

<sup>62</sup> Detta finalità è illustrata più ampiamente in TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451, in cui si è asserito che «la fase precontenziosa costituisce un significativo strumento di deflazione del contenzioso», ove è «ragionevole ritenere che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgono direttamente e solo al giudice per la tutela di un interesse pubblico primario – che dovrebbe essere – comune ad entrambe». Cfr. anche qui, Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; nonché, TAR Lazio, Roma, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264. Ad esprimere perplessità sulla finalità deflattiva, M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 90.

<sup>63</sup> Cfr. M. CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/90*, cit., p. 105; M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, cit., pp. 13-14. L'idea sottesa è che la previsione di una diretta impugnazione potrebbe sortire effetti positivi al fine di tutelare la concorrenza, nella misura in cui si valorizzerebbe la rapidità di intervento, specie con la tutela cautelare, che il giudice amministrativo potrebbe accordare a fronte dell'attivazione di tale prerogativa processuale. In realtà, la giurisprudenza amministrativa pare già aver risposto efficacemente a tale rilievo. Al fine di confutare la necessità di un ricorso diretto, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che deve trovare applicazione, nelle more della fase procedimentale di cui all'art. 21-bis, la tutela cautelare *ante causam*, con la conseguenza che, ricorrendo i presupposti di tale tutela, l'AGCM potrà chiedere al giudice di adottare tali misure eccezionali e provvisorie. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2236.

za, anche il ricorso diretto al giudice. Tale soluzione, infatti, consentirebbe all'Autorità di agire in maniera più rapida, avvalendosi, in via anticipata, della tutela cautelare.

Sono pochi i punti fermi ad oggi posti dal giudice amministrativo. Costante appare ad esempio l'orientamento del giudice amministrativo di ritenere perentori il termine di sessanta giorni attribuito all'Autorità per emettere il parere<sup>64</sup> e quello di trenta giorni relativo al successivo ricorso giurisdizionale<sup>65</sup>. Altrettanto ferme risultano le affermazioni del giudice amministrativo nel sostenere che il ricorso giurisdizionale debba avere ad oggetto l'originario atto anti-competitivo, con la conseguenza che eventuali atti di cattiva conformazione adottati dalla pubblica amministrazione possono essere impugnati solo congiuntamente al primo<sup>66</sup>.

Al di là di questi pochi tasselli, irrisolte paiono essere tutte le altre questioni.

Si discute, ad esempio, sul *dies a quo* per l'emissione del parere da parte dell'Autorità, ove non è chiaro se l'«esatta conoscenza» dell'atto anti-competitivo adottato<sup>67</sup> da cui tale termine decorre sia ricollegabile, per gli atti non soggetti a pubblicazione, alla notifica o all'avvenuto ricevimento dell'atto stesso (o, eventualmente, di una specifica comunicazione contenente gli elementi rilevanti dell'atto). Sembra tuttavia prevalere, condivisibilmente, in seno alla giurisprudenza amministrativa, la tesi che valorizza il momento della recezione<sup>68</sup>, in conformità al principio secondo cui il *dies a quo* «deve essere individuato in modo tale che la sua durata sia effettivamente utilizzabile per l'esercizio del potere di iniziativa al quale accede»<sup>69</sup>; al contrario, «prescindere dall'effettiva conoscenza da parte dell'AGCM dei provvedimenti contestati, avrebbe l'effetto

---

<sup>64</sup> Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264. *Contra*, per la natura ordinatoria, soltanto TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>65</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264.

<sup>66</sup> Così, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720, secondo cui gli atti di cattiva conformazione potranno essere impugnati solo congiuntamente all'atto anti-competitivo originario, eventualmente anche con motivi aggiunti: infatti, «la determinazione adottata dall'amministrazione entro il termine di sessanta giorni successivi al parere non assume valenza provvedimento autonoma, e non comporta la consumazione di un potere – considerato che – è ben possibile che, anche a seguito dell'adozione di una determinazione negativa, nel termine di sessanta giorni possano intervenire ulteriori diverse determinazioni della stessa amministrazione». Nello stesso senso, pur riferita al caso di inerzia dell'amministrazione, TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676.

<sup>67</sup> Il giudice amministrativo ha infatti asserito che «il decorso del termine di sessanta giorni per l'emissione del parere è riferito alla conoscenza dello specifico atto ritenuto anticoncorrenziale» e non, invece, dalla conoscenza di generiche criticità concorrenziali. Così, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720. Cfr. in tal senso, anche quanto espresso dall'AGCM nella Relazione annuale sull'attività realizzata nel 2012, p. 127.

<sup>68</sup> Con riferimento agli atti non soggetti a pubblicazione, il momento dell'«esatta conoscenza» del provvedimento da parte dell'Autorità decorre dal ricevimento, da parte dell'AGCM, dell'atto o di una specifica comunicazione recante gli elementi rilevanti dell'atto, «giacché soltanto a partire da tale momento essa sarebbe nella reale condizione di esercitare la propria competenza». Così, TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373. Nello stesso senso: Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294, nonché Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171; in primo grado, TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521. *Contra*, TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737, secondo cui il momento di esatta conoscenza è individuato, non nella recezione, bensì nella notificazione della comunicazione, all'AGCM, degli elementi rilevanti dell'atto anti-concorrenziale.

<sup>69</sup> Così, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

di circoscrivere, se non di paralizzare, l'azione di quest'ultima, incidendo così sulla reale applicabilità dell'istituto»<sup>70</sup>. E la stessa soluzione pare debba valere anche per il *dies a quo* relativo all'attività di conformazione, che sembra dover decorrere dall'effettiva recezione del parere da parte dell'amministrazione<sup>71</sup>.

Altra questione su cui si discute è se l'Autorità, qualora abbia maturato il sospetto che un atto sia anti-concorrenziale, abbia l'obbligo di attivarsi e aprire il procedimento amministrativo per emettere il parere. E se, inoltre, a fronte della mancata o cattiva conformazione da parte dell'amministrazione, l'Autorità abbia l'obbligo di adire il giudice amministrativo. L'inquadramento della fattispecie fra i poteri di *advocacy*<sup>72</sup> e le esigenze connesse al principio di buon andamento<sup>73</sup> inducono a ritenere che l'Autorità possa scegliere circa il se, i tempi e le modalità degli interventi, potendo liberamente decidere sia se formulare il parere, sia se, a seguito della mancata o cattiva conformazione, proporre il ricorso giurisdizionale.

Incertezze vi sono altresì sulla natura del parere emesso dall'Autorità. Quest'ultimo, infatti, sembra divergere dai tradizionali atti consultivi, al di là del suo *nomen iuris*, caratterizzandosi per una spaccatura fra forma e sostanza. Sotto il profilo formale, è infatti chiaramente un parere. Sotto quello sostanziale, diversamente, pare trattarsi di un atto di diffida<sup>74</sup>, che fa sorgere, in capo all'amministrazione destinataria, quegli obblighi conformativi dalla cui inottemperanza può aver luogo il ricorso al giudice amministrativo.

Anche sugli effetti di tale parere vi sono ancora incertezze. Non è infatti chiaro se, a seguito della sua adozione, sorga, in capo all'amministrazione, la facoltà o l'obbligo di intervenire per rimuovere l'atto anti-competitivo precedentemente adottato. Nel primo caso, l'autotutela sarebbe discrezionale e il parere verrebbe a configurarsi quale invito all'esercizio dei poteri di autotutela; nel secondo caso, l'autotutela sarebbe doverosa e il parere rappresenterebbe un ordine di intervento in autotutela. La tesi che ha prevalso, in giurisprudenza<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Così, TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521.

<sup>71</sup> Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676, secondo cui deve valere il generale principio in base al quale il termine iniziale per chi invia l'atto decorre dal momento della "spedizione", mentre quello per chi riceve è relazionato alla "recezione" dell'atto. Pertanto, con riguardo al termine iniziale per la conformazione, si avrà riguardo alla data di effettiva recezione del parere.

<sup>72</sup> In questo senso, cfr. fra gli altri, M. CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/90*, cit., p. 103; M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 91, che peraltro rileva, per testimoniare il carattere propositivo del parere, come l'Autorità abbia ampliato, con il *placet* del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323), il contenuto dell'atto di sua competenza, indicando non solo gli specifici profili delle violazioni riscontrate, ma anche i rimedi per eliminarle.

<sup>73</sup> In questo senso, cfr. fra gli altri, M. CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/90*, cit., p. 103; M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, cit., p. 12.

<sup>74</sup> In questo senso, cfr. M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere nel giudizio amministrativo: alcuni spunti di riflessione*, cit., pp. 51-52; M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 90; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit., p. 868.

<sup>75</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720, secondo cui l'amministrazione destinataria del parere-diffida non è libera nel «decidere di non rimuovere o di non modificare l'atto originariamente adottato in ragione di un asserito difetto dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. 241/1990».

e in dottrina<sup>76</sup>, nega che l'autotutela sia qui discrezionale, rivestendo, di contro, l'atipico carattere della doverosità: è stato pertanto affermato che «di fronte al parere-diffida non è corretto parlare di autotutela in capo all'amministrazione destinataria, dal momento che manca nel caso di specie proprio quell'apprezzamento discrezionale tipicamente sotteso a questo potere di secondo grado»<sup>77</sup>.

Altro interrogativo sorto in dottrina e collegato ai precedenti quesiti riguarda la diretta o indiretta impugnabilità del parere da parte della pubblica amministrazione. A tal fine occorre ricordare che tale atto, come osservato, a dispetto del *nomen iuris*, non è un atto interno ad una serie procedimentale ove di norma solo l'atto conclusivo è lesivo e impugnabile. Diversamente, il parere assume, qui, i caratteri sostanziali di una diffida, non essendo seguito da alcun atto conclusivo, ponendo lui fine alla fase procedimentale, incidendo, direttamente, nell'imporre un obbligo conformativo, nella sfera giuridica dell'amministrazione che ha adottato l'atto. Ricostruito così il parere, dunque, si ritiene che l'amministrazione possa immediatamente impugnarlo di fronte al giudice amministrativo<sup>78</sup>.

Altro problema irrisolto attiene al *dies a quo* per la proposizione del ricorso da parte dell'Autorità, in particolare quando l'amministrazione, già prima della scadenza del termine di conformazione di sessanta giorni, esprima volontà negativa all'adeguamento. In tal caso, infatti, ci si chiede se il termine di impugnazione decorra dall'effettiva recezione da parte dell'Autorità del rifiuto a conformarsi o dalla parentesi dei sessanta giorni attribuiti all'amministrazione per la conformazione. La questione rimane aperta in dottrina<sup>79</sup> e in giurisprudenza<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> In dottrina, si vedano: M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 90 (e in particolare la nota n. 20); B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 3, p. 296; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit., p. 868.

<sup>77</sup> Così, M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 90 (e in particolare la nota n. 20).

<sup>78</sup> Cfr. P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, cit., p. 78; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit., p. 868. Contro l'immediata impugnabilità del parere, ritenuto atto non immediatamente lesivo, cfr. B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 296, secondo cui l'amministrazione non avrebbe comunque interesse ad impugnare autonomamente il parere, considerato che può ancora conformarsi ad esso nei termini stabiliti e, qualora non lo faccia, spetti all'AGCM, per legge, il ruolo di promotore del giudizio.

<sup>79</sup> La prima tesi è sostenuta da P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 77-78; in senso contrario, cfr. fra gli altri, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 298, secondo cui «la dichiarazione di non volersi conformare non è un provvedimento, dal quale debba farsi decorrere un termine per impugnare – oltre al fatto che – nulla esclude che l'amministrazione, dopo aver dichiarato di non volersi conformare, si conformi comunque entro il termine di sessanta giorni». Del resto, secondo tale Autore, il termine dei sessanta giorni è assegnato all'amministrazione per conformarsi, non per fornire la risposta al parere. E la conformazione, oltretutto, gode del *favor* del legislatore, dovendosi preferire rispetto al giudizio *stricto sensu*.

<sup>80</sup> Per la prima tesi, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 maggio 2016, n. 5335. Per la seconda tesi, attualmente prevalente in giurisprudenza, cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, sez. giur., 9 ottobre 2017, n. 428; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 27 maggio 2015, n. 7546; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

Spostandoci infine sul profilo oggettivo del ricorso, che è individuato dalla legge nelle «norme a tutela della concorrenza e del mercato», se da una parte sembra abbastanza consolidata l'idea che l'Autorità possa impugnare anche le disposizioni volte a promuovere la competizione (fra cui quelle di liberalizzazione e di regolazione pro-concorrenziale)<sup>81</sup>, dall'altra non appare ancora così chiaro se il riferimento alle «norme» sia suscettibile di essere allargato anche alla generica tutela della concorrenza intesa quale principio o valore<sup>82</sup>.

Spostando l'attenzione sulle legittimazioni processuali dell'ART e dell'ANAC, occorre mettere in evidenza come esse non abbiano ancora avuto applicazione, trattandosi pertanto di fattispecie prive di punti fermi di natura giurisprudenziale e ancora in cerca di regole. Le poche indicazioni certe ad esse applicabili, su cui si baserà la ricostruzione di seguito proposta, sono pertanto solo quelle dettate dal legislatore e dalle stesse Autorità, con atti di diversa natura ed effetti.

Per quanto concerne il potere di iniziativa processuale dell'ART, previsto dalla lett. n), comma 2, art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201<sup>83</sup>, esso opera

---

<sup>81</sup> In dottrina, cfr. fra gli altri, M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, cit., p. 11; B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., pp. 291-292; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit., pp. 20-34, che valorizza il richiamo alle norme a «tutela del mercato» (dando rilievo al fatto che non si faccia riferimento solo alle norme a «tutela della concorrenza»), alla rubrica dell'art. 21-bis (relativo, più genericamente, alle «distorsioni della concorrenza»), oltre che ai lavori preparatori. In senso contrario, A. HEIMLER, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i decreti del Governo Monti*, in *merc. Conc. Reg.*, 2012, n. 2, p. 370 ss. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. In primo grado, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264. Cfr. anche Corte Cost., sent. 20 luglio 2012, n. 200.

<sup>82</sup> La tesi estensiva si rinviene soprattutto nella recente dottrina. Cfr. M. CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/90*, cit., p. 102; M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, cit., p. 11. In senso contrario militano alcune decisioni del giudice amministrativo: Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>83</sup> La lett. m), comma 2, art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 dispone che l'Autorità provvede «con particolare riferimento al servizio taxi, a monitorare e verificare la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità delle prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, allo scopo di garantire il diritto di mobilità degli utenti. Comuni e regioni, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono, previa acquisizione di preventivo parere da parte dell'Autorità, ad adeguare il servizio dei taxi, nel rispetto dei seguenti principi: 1) l'incremento del numero delle licenze ove ritenuto necessario anche in base alle analisi effettuate dalla Autorità per confronto nell'ambito di realtà europee comparabili, a seguito di un'istruttoria sui costi-benefici anche ambientali, in relazione a comprovate ed oggettive esigenze di mobilità ed alle caratteristiche demografiche e territoriali [...]; 2) consentire ai titolari di licenza d'intesa con i comuni una maggiore libertà nell'organizzazione del servizio [...] per fronteggiare particolari eventi straordinari o periodi di prevedibile incremento della domanda e in numero proporzionato alle esigenze dell'utenza [...]; 3) consentire una maggiore libertà nella fissazione delle tariffe, la possibilità di una loro corretta e trasparente pubblicizzazione a tutela dei consumatori, prevedendo la possibilità per gli utenti di avvalersi di tariffe predeterminate dal comune per percorsi prestabiliti; 4) migliorare la qualità di offerta del servizio, individuando criteri mirati ad ampliare la formazione professionale degli operatori con particolare riferimento alla sicurezza stradale e alla conoscenza delle lingue straniere, nonché alla conoscenza della normativa in materia fiscale, amministrativa e civilistica del settore, favorendo gli investimenti in nuove tecnologie per l'efficientamento organizzativo ed ambientale del servizio e adottando la carta dei servizi a livello regionale». La lett. n) del medesimo comma stabilisce che «con riferimento alla disciplina di cui alla lettera m), l'Autorità può ricorrere al tribunale amministrativo regionale del Lazio».

in materia di servizio *taxi*, con particolare riferimento alla disciplina dettata dalla lett. *m*) dello stesso comma.

Quest'ultima disciplina presuppone che siano i Comuni<sup>84</sup> a fissare con regolamento i livelli (qualitativi, quantitativi, economici) delle prestazioni ritenuti adeguati, determinando il numero di veicoli da adibire al servizio, le modalità di svolgimento, i criteri per la determinazione delle tariffe, nonché le condizioni per il rilascio delle licenze. Fissati dagli enti locali nel momento di organizzazione del servizio, i livelli adeguati delle prestazioni devono però essere controllati nel tempo, attraverso un periodico monitoraggio, una verifica d'adeguatezza e, infine, un'eventuale rideterminazione di tali livelli, che deve avvenire in base alle esigenze del contesto urbano, secondo i canoni di ragionevolezza e proporzionalità, al fine di tutelare le esigenze di mobilità dell'utenza.

Quanto ai diversi compiti svolti dai Comuni e dall'Autorità, preziose sono le indicazioni fornite dalla legge e dall'Autorità medesima<sup>85</sup>. Da queste ultime emerge, in particolare, che il monitoraggio e la verifica, da intendersi quali compiti da assolvere in maniera continuativa<sup>86</sup>, spettano non solo all'Autorità, ma anche e soprattutto ai Comuni<sup>87</sup>. Quanto invece all'adeguamento, e cioè alla rideterminazione dei livelli delle prestazioni a fronte di un servizio ritenuto inadeguato, si evince che esso avvenga attraverso un procedimento amministrativo in cui tali soggetti svolgono compiti diversi. In particolare, il Comune apre d'ufficio il procedimento (eventualmente su segnalazione dell'Autorità<sup>88</sup>), richiede il parere all'Autorità corredando la richiesta con lo schema di adeguamento che vorrebbe adottare<sup>89</sup>, infine emette il provvedimento finale potendo disporre alcune misure tipizzate dalla legge (come ad esempio, l'incremento del numero delle licenze). L'Autorità, dal canto suo, deve pronunciarsi con proprio parere, su richiesta dell'ente locale, circa l'opportunità e la forza delle misure proposte nello schema di adeguamento, offrendo cioè il suo punto di vista sull'*an*, ed eventualmente sul *quantum*, di tali misure.

Tale atto consultivo, come ha affermato qualche Autore<sup>90</sup>, rappresenta un

---

<sup>84</sup> La disposizione prevede che anche le Regioni possano essere destinatarie del parere dell'Autorità. Tuttavia, dalla legge n. 21/1992 emerge che sono i Comuni ad essere titolari del servizio pubblico e ad assumerne la responsabilità politica, fissando i livelli adeguati delle prestazioni.

<sup>85</sup> Cfr. FAQ-autoservizi pubblici non di linea, pubblicato sul sito dell'Autorità.

<sup>86</sup> Ci si domanda, in relazione al monitoraggio sul servizio da parte dell'ART, se sia un'attività che prescinde dalla richiesta del parere da parte dell'ente locale o venga effettuato solo all'indomani della richiesta di parere da parte del Comune. La risposta preferibile è che si tratti di un controllo che non sia *una tantum* (come avverrebbe laddove si ritenesse che tale potere venga esercitato solo a seguito della richiesta di parere), bensì continuativo nel tempo. Se del resto il legislatore avesse voluto concepire l'attività di controllo come un potere episodico, si sarebbe limitato a fare riferimento alla verifica della corrispondenza dei livelli concretamente erogati con quelli ritenuti adeguati, senza menzionare e far precedere, ad essa, l'attività di monitoraggio.

<sup>87</sup> L'attività di monitoraggio da parte degli enti locali non è invero contemplata dalla disposizione. Tuttavia è da ritenersi implicita. Infatti, l'attività di adeguamento dei livelli delle prestazioni da parte dell'ente locale, con l'avvio del procedimento di adeguamento, presuppone che il Comune monitori il livello delle prestazioni, parimenti a quanto compiuto dall'Autorità. Cfr. FAQ-autoservizi pubblici non di linea, pubblicato sul sito dell'Autorità.

<sup>88</sup> Il procedimento amministrativo è avviato d'ufficio, quand'anche sorga su segnalazione dell'Autorità di regolazione. Cfr. FAQ-autoservizi pubblici non di linea, pubblicato sul sito dell'Autorità.

<sup>89</sup> Cfr. FAQ-autoservizi pubblici non di linea, pubblicato sul sito dell'Autorità.

<sup>90</sup> Sui caratteri di tale parere, cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit., pp. 40-42. Si tratta, come segnala l'Autore, di un atto molto diverso da quello

parere in senso proprio, tale sotto il profilo formale e sostanziale, e si caratterizza per essere preventivo, obbligatorio e non vincolante. È preventivo, in quanto si inserisce nella fase istruttoria e precede l'adozione del provvedimento finale di adeguamento. È obbligatorio, non potendo l'ente locale provvedere senza prima richiedere il rilascio di tale atto. Infine, è un parere non vincolante, potendo l'ente locale discostarsi da quanto espresso dall'Autorità, benché motivando.

Il ricorso giurisdizionale dell'Autorità avanti al TAR Lazio, sede di Roma, sorge, come ha ipotizzato la dottrina<sup>91</sup> in una situazione di ancora totale assenza di contenzioso, proprio quando il Comune adotta il provvedimento finale senza aver preventivamente richiesto il parere obbligatorio, o quando l'ente locale, pur ottenendo il parere, se ne discosti, adottando un provvedimento privo di motivazione, mal motivato, o semplicemente non conforme al punto di vista espresso dall'Autorità. Quest'ultima, infatti, alla pari dell'ente locale, si fa interprete delle esigenze di mobilità del territorio di riferimento.

Con riguardo invece alla legittimazione processuale dell'ANAC<sup>92</sup>, utili indicazioni interpretative per risolvere le questioni problematiche sorte all'indomani della sua previsione sono state offerte dal Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>93</sup> e dall'Autorità medesima in sede regolamentare<sup>94</sup>.

Risolvendo una prima questione preliminare, Consiglio di Stato e ANAC hanno affermato l'autonomia dei commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici, ritenendo che essi disciplinino, rispettivamente, il «ricorso diretto» e il «ricorso previo parere motivato»<sup>95</sup>: il primo, quale strumento di tutela

---

previsto dall'art. 21-*bis*, per almeno tre ragioni: primariamente, perché è un parere in senso proprio, non un parere con contenuto sostanziale di diffida; secondariamente, perché è privo di efficacia vincolante, ben divergendo rispetto al parere di cui all'art. 21-*bis*, ove l'amministrazione destinataria deve conformarsi a tale atto per eliminare le specifiche violazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato; infine, perché, diversamente da quanto osservato con riguardo all'art. 21-*bis*, l'autotutela non viene qui in rilievo, posto che, al momento dell'adozione del parere, appunto preventivo, manca ancora il provvedimento amministrativo di adeguamento su cui incidere con eventuali provvedimenti di ritiro.

<sup>91</sup> Cfr. F. SPANICCIATI, *La legittimazione speciale del MIUR, del MEF e dell'ART*, in M. MACCHIA (a cura di), *op. cit.*, pp. 114-117; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit., pp. 40-42.

<sup>92</sup> Il nuovo art. 211, riportato qui nella sua interezza, dispone: al comma 1-*bis*, che «l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»; al comma 1-*ter*, che «l'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente Codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del Codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104»; infine, al comma 1-*quater*, che «l'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*».

<sup>93</sup> Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 4 aprile 2018, n. 1119.

<sup>94</sup> L'ANAC, infatti, facendo utilizzo del potere di cui al comma 1-*quater* dell'art. 211 del Codice, ha adottato, previo parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Comm. Spec., 26 aprile 2018, n. 1119), in data 13 giugno 2018, il «Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del d.lgs. 50/2016».

<sup>95</sup> In tal senso si pone il «Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del d.lgs. 50/2016».

snello e rapido, a fronte di situazioni di più grave pericolo per l'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure di gara; il secondo, quale strumento di *extrema ratio*, destinato ad operare in caso di violazioni, pur gravi, che possano però essere salvaguardate dall'intervento in autotutela della stazione appaltante, sollecitata dall'Autorità mediante il parere motivato<sup>96</sup>. Tale lettura, che si contrappone a quella tesi che sosteneva la presenza di un coordinamento fra i due commi in forza dell'analogia strutturale con l'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990<sup>97</sup>, ha prevalso per diverse ragioni, fra cui la più persuasiva risulta essere la diversità dei presupposti sostanziali fra i due commi<sup>98</sup>.

Le due fattispecie, che sono dunque distinte, presentano, però, alla luce del regolamento dell'Autorità, anche punti in comune, attinenti in particolare ai legittimati passivi e all'oggetto del giudizio.

Quanto ai primi, in entrambi i casi, si deve trattare di atti adottati da una stazione appaltante, con rinvio alla definizione offerta dal Codice dei contratti pubblici.

In relazione all'oggetto del giudizio, in entrambi i casi<sup>99</sup>, l'Autorità può impugnare regolamenti, atti amministrativi generali (quali bandi, atti di programmazione, atti d'indirizzo e direttive che stabiliscono modalità partecipative alle procedure di gara e condizioni contrattuali, ecc.) e provvedimenti puntuali (quali delibere a contrarre, ammissioni ed esclusioni degli operatori economici dalla gara, aggiudicazioni, nomine del RUP, nomine della commissione giudicatrice, ecc.), purché inseriti nella procedura ad evidenza pubblica.

Cambiano, tuttavia, fra le due fattispecie, come già rilevato, i presupposti sostanziali e la struttura.

Con riferimento ai presupposti sostanziali, in relazione al comma 1-*bis*, gli atti impugnati devono essere idonei a violare qualsiasi norma in materia di contratti pubblici, ancorché non contenuta nel Codice, e relativi a «contratti di rilevante impatto», individuati dal regolamento dell'ANAC sulla base di specifici criteri<sup>100</sup>. Con riguardo invece a quelli del comma 1-*ter*, gli atti impugnati

<sup>96</sup> In questo senso, Cons. Stato, Comm. Spec., 4 aprile 2018, n. 1119.

<sup>97</sup> Secondo tale tesi, i due commi sarebbero a tal punto coordinati da far sorgere un'unica fattispecie, ove l'Autorità può impugnare le categorie di atti indicate al comma 1-*bis* (bandi, altri atti generali, provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto), pur in presenza dei presupposti e nel rispetto del procedimento di cui al comma 1-*ter* (e, cioè, rispettivamente, in presenza di gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici e con la previa adozione di un parere motivato nei confronti della stazione appaltante cui le stesse non si sono adeguate nei termini perentori stabiliti dalla disposizione). Ad illustrare le due diverse tesi, prima degli interventi chiarificatori, M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit., pp. 22-24.

<sup>98</sup> Il Consiglio di Stato ha infatti affermato, nel suo parere, che non vi sarebbe alcun elemento, né letterale, né sistematico, per ammettere che le espressioni usate dal legislatore nel comma 1-*bis*, laddove fa riferimento a violazione di «norme in materia di contratti», e nel comma 1-*ter*, laddove si riferisce a gravi violazioni «del presente Codice», siano identiche quanto al loro effettivo contenuto.

<sup>99</sup> In tal maniera è stata realizzata una corrispondenza fra gli atti impugnabili con ricorso diretto e ricorso mediato, di guisa che il riferimento generico al «provvedimento viziato», contenuto nel comma 1-*ter*, finisce per riferirsi a tutte le tre categorie di atti impugnabili ai sensi del comma 1-*bis* (e cioè «bandi», «altri atti generali» e «provvedimenti»).

<sup>100</sup> A tal fine, l'Autorità ha individuato l'impatto rilevante del contratto facendo riferimento ad alcuni criteri, indicando, in particolare: i contratti che riguardano, anche potenzialmente, un ampio numero di operatori (criterio del numero di operatori coinvolti); i contratti relativi ad interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico, ad interventi disposti a seguito di calamità naturali o per la realizzazione di grandi infrastrutture strategiche (criterio della rilevanza dell'oggetto); i contratti riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti (criterio

devono essere caratterizzati da «gravi violazioni» del solo Codice dei contratti pubblici, casi che sono stati tipizzati nel regolamento dell'ANAC (come l'affidamento di contratti pubblici laddove non vengano rispettati gli oneri di pubblicazione previsti dal Codice)<sup>101</sup>.

Per ciò che concerne infine la diversa struttura, solo nel caso di cui al comma 1-*ter* il ricorso è necessariamente preceduto da una previa fase procedimentale, con l'emissione di un parere motivato contenente i vizi di legittimità riscontrati e i rimedi da adottare per eliminarli. Solo in questo caso, cioè, come anche chiarisce il Consiglio di Stato, il parere rappresenta un presupposto processuale previsto a pena di inammissibilità dell'azione giurisdizionale, configurandosi non solo quale strumento di vigilanza collaborativa, alla pari della fattispecie di cui al comma 1-*bis*, ma anche, per il tramite della preventiva fase di collaborazione fra le amministrazioni, di deflazione del contenzioso<sup>102</sup>. Un parere, questo, che, secondo il Consiglio di Stato, è da intendersi quale mero invito all'autotutela, che non priva di discrezionalità decisoria la stazione appaltante, libera di non conformarsi al parere dell'ANAC<sup>103</sup>. Conseguentemente, esso è inidoneo a produrre direttamente effetti pregiudizievoli, non risultando immediatamente impugnabile da parte della stazione appaltante.

Conclusa tale analisi, di cui si è voluto offrire intenzionalmente soltanto uno scorcio, si intende riflettere, ora, sull'eventuale ritorno all'oggettività della giurisdizione amministrativa e sulla specialità<sup>104</sup> di tali legittimazioni processuali, di cui è incerto l'ancoraggio ad una situazione giuridica soggettiva sottostante.

## 5. Un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?

Per comprendere se i poteri in esame segnino il ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo, pare indispensabile prendere le mosse dagli studi<sup>105</sup> condotti da due maestri della procedura civile e che attengono al più profondo significato di "processo a contenuto oggettivo".

---

dell'anomalia o dell'illiceità); i contratti relativi ad opere, servizi o forniture aventi particolare impatto sull'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale (criterio dell'incidenza su alcuni interessi super-protetti); i contratti aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro (criterio del valore economico del lavoro, servizio o fornitura). Secondo il Consiglio di Stato, tali criteri sono da ritenersi tassativi e proprio tale carattere si sarebbe dovuto esplicitare nel regolamento di attuazione dell'ANAC.

<sup>101</sup> A puro scopo esemplificativo, vi rientrano, oltre che l'affidamento di contratti pubblici laddove non vengano rispettati gli oneri di pubblicazione previsti dal Codice, anche: l'affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, quando questo abbia determinato l'omissione di bando; la modifica sostanziale del contratto che avrebbe invece richiesto una nuova procedura di gara.

<sup>102</sup> Cfr. oltre che il parere del Consiglio di Stato, M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, n. 2, p. 580; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, p. 19.

<sup>103</sup> È di tutta evidenza, allora, la differenza con l'autotutela che veniva ad emergere sia nella precedente raccomandazione vincolante, sia nella fattispecie di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990.

<sup>104</sup> Sul carattere di specialità (o eccezionalità), cfr. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit., p. 10.

<sup>105</sup> Gli studi a cui si fa riferimento sono, ponendoli in ordine cronologico crescente: E. ALORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 116 ss.; F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, n. 1, p. 500 ss.

La (condivisibile) idea portata avanti in questi studi, ripresa anche da diversa dottrina processual-amministrativistica<sup>106</sup>, è che l'oggettività di un giudizio debba essere misurata sull'intera struttura processuale: «il *proprium* di tali processi – e cioè la loro natura o essenza – va cercato nel loro interno, nella loro struttura formale, insomma nel loro contenuto e non invece in qualcosa posto al loro esterno, come avviene quando si preferisca considerare i fini che essi sono chiamati a realizzare»<sup>107</sup>.

Occorre cioè separare, secondo tale tesi, “natura” e “finalità” del giudizio: la prima, che ne costituisce l'essenza, da cogliersi sulla base del suo contenuto e della sua struttura formale, con un'indagine che si muove sul terreno del diritto processuale; la seconda, diversamente, individuata in forza di interpretazioni sostanzialistiche esterne al processo, coincidendo con la tutela dell'interesse sostanziale del promotore del giudizio o della legalità ordinamentale, in base a se la domanda esprima direttamente la protezione di un interesse giuridicamente tutelato di colui che attiva la macchina processuale o il solo rispetto della legge.

In altre parole ancora, si rifiuta l'idea che la natura del giudizio discenda dalla qualificazione dell'interesse a fondamento dell'azione giurisdizionale, per coglierla invece dall'intera struttura processuale, osservando alcuni “marcatori”, come la natura della legittimazione (se soggettiva o oggettiva), le modalità di avvio del processo, la disponibilità del giudizio già instaurato alle parti coinvolte, i poteri istruttori del giudice, la possibilità dello stesso giudicante di estendere l'oggetto del giudizio, e via dicendo.

Concentrandoci, ora, sul processo amministrativo, si rileva che all'indomani della legge Crispi, e fino ad una prima parte del XX secolo, era particolarmente diffusa la configurazione del processo amministrativo come giudizio attento, nella sua struttura, ad assicurare il rispetto del diritto oggettivo ancor prima che gli interessi dei singoli<sup>108</sup>. Trattandosi, perciò, di un giudizio ben lontano dall'attuale “processo di parti”.

L'evoluzione del processo amministrativo ha però rovesciato la prospettiva originaria, con una progressiva maggiore apertura verso una prevalente tutela di diritto soggettivo, ove l'interesse giuridicamente tutelato dall'ordinamento che fa capo al ricorrente è divenuto, da mera occasione per l'attivazione del rimedio giurisdizionale, il fulcro della protezione del giudizio amministrativo medesimo. In un sistema, perciò, retto dal principio dispositivo in tutte le sue accezioni, con la «garanzia di un giudice che non venga ad espandersi sino a farsi interprete delle esigenze di legalità al di là della domanda di giustizia»,

---

<sup>106</sup> Per ultimo, tale tesi è sostenuta da M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, in corso di pubblicazione; M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 94; e, ancor prima, da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, cit., p. 342, che – riferendosi alle ipotesi di legittimazione previste dalla legge – afferma che «piuttosto che di giurisdizione di diritto oggettivo, si tratta, in questi casi, di legittimazione oggettiva, che è un concetto diverso, e di ben più limitate implicazioni».

<sup>107</sup> Così, F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 500.

<sup>108</sup> In dottrina, cfr. fra i tanti, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Cedam, Padova, 2000, p. 47 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1994, p. 127 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, n. 4, p. 670 ss.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1957, p. 72 ss.; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Utet, Torino, 1934, pp. 377-390; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1923, p. 358 ss.

impedendo che lo stesso «possa eventualmente dimenticarsi di essere solo chiamato ad esercitare una funzione, anziché essere investito di una missione»<sup>109</sup>.

La Costituzione testimonia tale sviluppo, consolidando, agli artt. 24, 103 e 113, l'idea di un ricorso giurisdizionale e di un giudizio amministrativo volti a perseguire, come finalità prevalente, la tutela di situazioni giuridiche soggettive di cui l'ordinamento fornisce protezione (e, per tale via, seppur non in via automatica, anche l'idea di un processo improntato alla soggettività). Tale assetto è confermato, ed anzi reso ancora più evidente dal Codice del processo amministrativo, che rende l'attuale giudizio conforme a molti di quei caratteri che, tipicamente, connotano un processo di diritto soggettivo.

In tale contesto, sorge l'interrogativo del presente studio: ovvero sia se, data l'esistenza delle peculiari regole di legittimazione processuale osservate, si possa affermare un ritorno all'oggettività della giurisdizione amministrativa. Come è stato chiaramente sintetizzato, «il rischio è che, partiti da una giurisdizione di diritto oggettivo, approdati ad una giurisdizione di diritto soggettivo, attualmente vi siano germi di oggettività potenzialmente dirimpanti dal punto di vista sistematico»<sup>110</sup>.

Della questione giuridica posta va subito ridimensionato l'ambito. Il ritorno all'oggettività di cui si discute, infatti, riguarda gli specifici processi che prendono vita da quelle regole che attribuiscono poteri di iniziativa processuale alle autorità amministrative indipendenti, non attenendo, di converso, al giudizio amministrativo complessivamente inteso, di cui la prevalente soggettività non pare potersi mettere in discussione. Le regole di accesso alla giustizia succitate, infatti, che modificano l'ordinario atteggiarsi della legittimazione processuale, realizzano – come si è affermato in dottrina – «particolari modelli processuali – che sono tali nella misura in cui particolare è proprio l'accesso alla giustizia – che si aggiungono – e in tal senso derogano, senza alcun effetto di predominanza – al modello tradizionale di tipo soggettivo»<sup>111</sup>.

Delimitato l'ambito dell'interrogativo sotteso all'indagine, occorre ora verificare se tali giudizi amministrativi possano, a fronte di tali prerogative di iniziativa processuale, ricondursi ad un modello di giurisdizione di diritto oggettivo.

Secondo un indirizzo dottrinale<sup>112</sup>, le Autorità agirebbero per l'interesse pubblico al mero rispetto della legge, tramite un potere di legittimazione speciale che trasforma *ipso facto* il giudizio in un processo dalla natura obiettiva. Sicché, ad esempio, con riferimento all'AGCM, l'Autorità verrebbe a trasformarsi in una sorta di «Pubblico Ministero della concorrenza», non attivando la macchina processuale per un interesse giuridicamente tutelato riconducibile all'interesse legittimo, diversamente perseguendo l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, di cui costituirebbe mera espressione la tutela della concorrenza: interesse, questo, che è pubblico, ma non differenziato e qualificato, coincidente

---

<sup>109</sup> Per i virgolettati, si veda F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., p. 5.

<sup>110</sup> Così, M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 157.

<sup>111</sup> Così, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit., p. 436.

<sup>112</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., pp. 1-9.

con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività, si da configurare un'inedita «azione senza posizione soggettiva»<sup>113</sup>.

L'automatismo fra legittimazione speciale e oggettività del giudizio fatto proprio da tale tesi non può tuttavia, alla luce della differenziazione fra natura e finalità del giudizio, essere accettato, non potendosi cogliere il *proprium* del processo da disposizioni che sembrano già indicare l'interesse dedotto in giudizio. Diversamente – valutando l'intera struttura del processo – i giudizi che prendono vita dalle legittimazioni processuali delle autorità amministrative indipendenti non sono per nulla intrisi di oggettività; al di là che muti l'accesso alla giustizia, infatti, «non cambia [...] la struttura del processo amministrativo»<sup>114</sup>, che invece «resta la medesima; come processo di parti [...] ci troviamo di fronte allo stesso tipo di processo, non ad un processo diverso. Una volta che il soggetto, a tutela dell'interesse generale di cui è portatore e del quale ha la cura, ha scelto la via del processo amministrativo [...] si assoggetta alle regole di quel processo. Esse restano quelle previste in via generale dal Codice»<sup>115</sup>.

Il giudizio amministrativo sopravvive, dunque, anche in siffatte ipotesi, nella sua configurazione di “processo di parti”, non acquisendo maggiore officiosità, in sicura conformità al modello processuale delineato dagli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione. Del resto, anche nel giudizio civile vi sono numerose ipotesi di legittimazione oggettiva ed eccezionale al fine di promuovere la tutela di un interesse pubblico espressamente indicato dal legislatore, ma mai si è messa in dubbio la natura di diritto soggettivo della giurisdizione, valorizzando la rilevante circostanza che il regime processuale non venga a mutare<sup>116</sup>.

Eppure, l'equivoco metodologico che identifica natura e finalità della giurisdizione non pare vivere solo nelle riflessioni di certa dottrina. Anche la giurisprudenza amministrativa<sup>117</sup>, infatti, pare aver fatto propria quell'idea secondo cui l'essenza della giurisdizione consista nel solo scopo del giudizio, da cogliersi in base all'interesse sottostante all'azione.

I giudici amministrativi, infatti, con riguardo all'AGCM e all'ANAC, hanno rigettato l'idea di una neo-oggettivizzazione del giudizio amministrativo, ritenuta di più incerta compatibilità con l'assetto costituzionale, per intraprendere la diversa strada ermeneutica volta ad individuare, anche in tali casi, la natura soggettiva del giudizio. Tuttavia, il modo in cui i giudici amministrativi sono giunti ad affermare la soggettività di tali processi desta alcune perplessità. Tale essenza, infatti, è stata dagli stessi ricavata – si badi bene – non valoriz-

---

<sup>113</sup> Tale espressione si rinviene in alcune decisioni del giudice amministrativo. Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>114</sup> Così, M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., p. 148.

<sup>115</sup> Così, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, cit., p. 381.

<sup>116</sup> Cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit., p. 866. L'Autore cita, in particolare, l'art. 69 c.p.c., che legittima l'azione civile del Pubblico Ministero, che (ove non agisce per far valere un diritto altrui) persegue la tutela di un interesse pubblico, nonché l'art. 14, comma 7, T.U.I.F., che attribuisce alla Banca d'Italia e alla Consob il potere di impugnare le delibere o altri atti adottati da titolari di partecipazioni di una Sim o di una Sicav privi dei requisiti di onorabilità.

<sup>117</sup> Cfr. in secondo grado, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. In primo grado, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264; TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

zando la struttura formale del giudizio e l'immutato regime processuale, bensì cogliendola proprio dalla sua finalità, con il grande e a tratti eccessivo sforzo di ricercare, nell'interesse al buon funzionamento del mercato, nonché in quello al corretto svolgimento delle procedure di gara, un interesse riconducibile *lato sensu* all'interesse legittimo.

Con riguardo all'AGCM, il giudice amministrativo ha affermato che tale ricorso «più che come potere di agire nell'interesse generale della legge [...] di difficile riconduzione all'interesse legittimo», viene a configurarsi, per scelta del legislatore, quale «strumento volto a garantire l'attuazione dell'interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore della concorrenza, cui è specifica destinataria l'Autorità»<sup>118</sup>. L'interesse alla salvaguardia della concorrenza non rappresenterebbe, cioè – per il giudice amministrativo – il solo rispetto della legge e della legalità dell'azione amministrativa, quale interesse pubblico estraneo e trascendente a se stesso, incarnando diversamente i connotati di un autonomo “bene della vita”, un interesse che assume una propria dimensione sostanziale distinta rispetto all'interesse pubblico alla reintegrazione del diritto oggettivo. Per questa via, il giudice scorge lo schema proprio dell'interesse diffuso<sup>119</sup>, ove l'ordinamento giuridico, che intende tutelare quell'interesse originariamente adespota e sfornito di tutela, individua un ente esponenziale legittimato a proteggerlo in giudizio, soggettivizzandolo, rendendolo differenziato e qualificato, trasformandolo in una variante super-individuale dell'interesse legittimo.

L'orientamento giurisprudenziale in esame desta però perplessità, realizzando alcune discutibili forzature concettuali.

L'interesse alla concorrenza, infatti, non è facilmente riconducibile ad un interesse diffuso, dato che si riscontrano, rispetto al tradizionale modello di protezione di tali interessi, due varianti. La prima è che l'ordinamento attribuisce qui il potere di accedere al giudice, non ad un qualunque ente associativo rappresentativo, bensì all'AGCM, soggetto pubblico preposto istituzionalmente alla tutela della concorrenza<sup>120</sup>. La seconda si basa sulla circostanza che la legittimazione processuale dell'Autorità non si relaziona, in tal caso, al venir meno del carattere adespota dell'interesse alla tutela della concorrenza, posto che essa non rende giustiziabile un interesse che altrimenti non lo sarebbe stato, aggiungendosi soltanto alle iniziative già esercitabili dagli operatori economici<sup>121</sup>.

Inoltre, la lettura succitata sembra realizzare anche una forzatura del concetto di “bene della vita” tradizionalmente accolto<sup>122</sup>. Per “bene della vita”, infatti, «si intende usualmente un'utilità sostanziale concreta protetta da una norma che il titolare di una situazione giuridica soggettiva mira a conservare o ad acquisire. Essa è suscettibile di misurazione ed è risarcibile nel caso in cui subisca una lesione. La nozione di bene della vita non può essere estesa fino

<sup>118</sup> Per i virgolettati, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>119</sup> In relazione alla giurisprudenza relativa alla soggettivizzazione dell'interesse diffuso, cfr. fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2011, n. 5986, nonché Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107.

<sup>120</sup> Cfr. per tale rilievo, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>121</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. Ad evidenziare come la legittimazione processuale si aggiunga, in questi casi, all'iniziativa dei privati, M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., pp. 93-97.

<sup>122</sup> Così, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit., p. 867.

a farla coincidere con quella generica di interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa. Se così fosse tutti gli apparati amministrativi finirebbero per essere portatori di una situazione giuridica costituita dall'interesse pubblico per il perseguimento del quale sono stati istituiti», con la conseguenza paradossale di poter adire l'autorità giurisdizionale a fronte di qualsiasi violazione di detto interesse.

Lo stesso orientamento pretorio e le stesse forzature concettuali si rilevano anche nel caso della legittimazione processuale dell'ANAC.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti rinvenuto, in alcuni *obiter dicta*, un interesse giuridicamente tutelato, differenziato e qualificato, nell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure di gara. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha in particolare asserito che il riconoscimento della legittimazione processuale attribuita all'Autorità è indice della consapevole attenzione riservata dal legislatore nazionale alla «concorrenza per il mercato», quale interesse pubblico di rango costituzionale ed europeo direttamente perseguito attraverso il giudizio. Affermando, altresì, che non sembra che tale strumento «si muova nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse – avendolo, come avviene negli interessi diffusi – subiettivizzato in capo all'Autorità»<sup>123</sup>.

Anche in questa ipotesi, però, l'interesse sostanziale sottostante fa fatica ad essere perfettamente riconducibile ad un classico interesse diffuso: da un lato, perché la soggettivizzazione avviene, in tal evenienza, a favore di una pubblica autorità; dall'altro, perché la disposizione che fonda la legittimazione processuale dell'ANAC non ha reso giuridicamente tutelato un interesse prima adespota, posto che il suo potere d'iniziativa processuale si affianca all'iniziativa del singolo partecipante alla gara<sup>124</sup>. Inoltre, anche in questo caso, viene snaturato il tradizionale concetto di “bene della vita”.

Alla luce di quanto espresso, si ritiene che la via preferibile sarebbe quella di limitarsi ad affermare la natura soggettiva dei giudizi che prendono linfa vitale dalla legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti – ricavandola dalla struttura formale del processo – senza confondere natura e finalità della giurisdizione e senza intraprendere percorsi ermeneutici che, per ricavare un interesse sostanziale sottostante, forzano i confini delle tradizionali categorie del diritto amministrativo (nel caso di specie, quella di “interesse diffuso” e quella di “bene della vita”).

Del resto, come è stato affermato in dottrina<sup>125</sup> – e pienamente corrispon-

<sup>123</sup> Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4. Nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 6. Tale impostazione volta a qualificare l'interesse al corretto svolgimento delle gare come interesse diffuso, peraltro, si rinviene non solo nella giurisprudenza amministrativa, ma anche nella relazione illustrativa del regolamento di attuazione adottato dall'ANAC, ove si afferma che i commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 211 del Codice «sviluppano l'impostazione concettuale e le finalità che sono alla base dei numerosi esempi di apertura alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni che possono agire per la tutela – si badi bene – di interessi superindividuali». Così, Relazione illustrativa del «Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* del d.lgs. n. 50/2016» adottato dall'ANAC.

<sup>124</sup> Cfr. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dall'ANAC*, cit., p. 12; M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, cit., p. 583. Secondo tali Autori, nel settore dei contratti pubblici, ove nota è l'alta litigiosità, sarebbe veramente difficile ipotizzare l'esistenza di numerosi interessi totalmente adespoti.

<sup>125</sup> Per i virgolettati, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-*bis* della l. 287/90*, cit., p. 866. Il legislatore ha infatti riconosciuto, da più tempo, la legittimazione ad agire delle autorità amministrative indipendenti nel giudizio civile, specie in materia di in-

dente ad una lettura che guarda al contenuto del giudizio – «riconoscere un’impostazione squisitamente soggettiva al processo amministrativo non significa ritenere indispensabile sempre e necessariamente la presenza di una situazione giuridica soggettiva di tipo sostanziale correlata al processo instaurato». Basti pensare, ancora una volta, a quanto si manifesta nel diritto processuale civile, per esempio in materia di intermediazione finanziaria, ove le «legittimazioni *ex lege* della Banca d’Italia e della Consob non hanno posto la questione se le autorità di settore investite del potere di impulso processuale siano titolari di una situazione giuridica sostanziale autonoma, desumibile in qualche modo dalle finalità di interesse pubblico individuate dall’art. 5 TUIF per l’esercizio dei poteri ad esse attribuiti (salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, tutela degli investitori, ecc.)».

## 6. Riflessioni conclusive in punto di legittimità costituzionale

Accingendoci al termine di tale studio, con l’intenzione di “tirarne le fila”, occorre rilevare che, nell’equivoco di partenza, basato sull’identità fra natura e finalità del giudizio, sembrano essere cadute sia parte della dottrina sia la giurisprudenza amministrativa, pur con esiti addirittura opposti.

La prima, che ha sostenuto l’oggettività di tali giudizi sulla sola base di una legittimazione che trovasse un riconoscimento nel diritto positivo e che individuasse espressamente, quale fine perseguito, un interesse pubblico; la seconda, che, per far salva la natura soggettiva di tali giudizi, ha forzato talune categorie del diritto amministrativo, come quella degli “interessi diffusi” e del “bene della vita”, al fine di individuare – potrebbe dirsi, “costi quel che costi” – un interesse sottostante all’azione che fosse differenziato e qualificato.

In tale contesto – se si vuole invece evitare di confondere l’essenza dallo scopo del giudizio – occorre guardare al processo in una dimensione più ampia, osservare le sue regole e la sua struttura, procedere con un’analisi che si muova sul terreno del diritto processuale.

Via, questa, che ci consente di affermare che il giudizio amministrativo, anche là dove prenda vita su impulso delle autorità amministrative indipendenti, rimanga, immutato nelle proprie regole di stretta procedura, un “processo di parti”. Tutto ciò, al di là di quale sia la qualificazione dell’interesse sostanziale che muove la macchina processuale, che neppure sembrerebbe corretto far risalire, a rigor di logica, da una norma di tipo processuale<sup>126</sup>.

Dubbi potrebbero a questo punto sorgere in punto di legittimità costituzionale di tale modello. Il quesito è in realtà già stato posto in un’occasione alla Consulta. In un giudizio sorto in via principale, infatti, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale di una di tali previsioni – in particolare quella relativa all’AGCM – per contrasto (anche) con l’art. 113 Cost.<sup>127</sup>. La censura promossa dalla Regione Veneto era fondata, nel caso di specie, su una rigida

---

intermediazione finanziaria. Cfr. artt. 14, comma 7, 62, 110 comma 1, 121, comma 6 e 157, comma 2, d.lgs. n. 58/1998 (TUIF).

<sup>126</sup> Così, M. RAMAJOLI, *Il potere d’azione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., p. 94, ove afferma che «non pare corretto far risalire una qualificazione sostanziale da una norma di tipo processuale».

<sup>127</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20.

interpretazione del testo costituzionale, in base alla quale tutto ciò che devia dall'ordinario modello di legittimazione soggettiva (e, dunque, indirettamente, di giurisdizione soggettiva) è suscettibile di incostituzionalità. La Consulta non si è invero pronunciata su tale specifica doglianza. Sembra perciò opportuno riflettere su tale questione, che potrebbe anche riproporsi nel prossimo futuro.

Quel che si ritiene è che non vi sia alcuna incostituzionalità di tali previsioni, anche là dove le si sganci – come si è sostenuto – da un interesse differenziato e qualificato sottostante. Ritenere incostituzionali tali disposizioni stride, infatti, primariamente, in un ordinamento che è pervaso, in qualsiasi ramo del diritto processuale, da legittimazioni di stampo oggettivo. Ma, al di là di tale rilievo – che potrebbe non rilevare in punto di legittimità costituzionale – la stessa interpretazione delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa dovrebbe essere diversa, dovendosi considerare che le stesse «sono state formulate in funzione garantistica: il costituente ha voluto che ai titolari degli interessi legittimi [...] fosse garantita la possibilità di adire il giudice amministrativo. Ma, come tutte le norme di garanzia, essa impone un minimo, non preclude un di più [...] non vieta al legislatore di disciplinare tale processo in modo tale che esso assicuri la protezione anche di altri interessi»<sup>128</sup>.

Se così è, allora, tali previsioni, che pur danno vita a processi di cui è già stato posto in risalto il lato oscuro, possono certamente permanere nel nostro ordinamento, nell'ambito di una giurisdizione che può essere chiaramente soggettiva, come già è, ma che può essere anche diversamente strutturata dal legislatore: in altre parole ritenendosi che la tradizionale organizzazione in senso soggettivo del processo costituisca, sotto il profilo strettamente costituzionale, strutturazione necessaria ma non esclusiva.

Alla luce di quanto osservato rimane perciò invariata la soggettività di tali giudizi, fintantoché, perlomeno, non venga a mutare anche il regime processuale di detto contenzioso all'insegna di una maggiore officiosità: solo in tal evenienza potrà riproporsi, e a quel punto anche con maggiore vigore, l'interrogativo sotteso alla presente indagine.

---

<sup>128</sup> Così, A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla tutela degli interessi cd. diffusi*, in *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività – Atti del XXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 22-24 settembre 1977)*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 33. Cfr. altresì V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, cit., p. 375 (in particolare nota n. 20); C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 139, ove l'Autrice afferma che il vincolo costituzionale in ordine alla giurisdizione è solo nel senso dell'illegittimità costituzionale di una norma che privasse del diritto di azione chi sia titolare di una situazione rilevante.

## Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori

di Rosa Calderazzi

### ABSTRACT

*In the banking law, the increasing appreciation of organizational models is particularly important, the internal control system is institutionalized, the awareness of a strong link between control and risk arises with the consequent need for a control system that prevents, monitors and manages the risk.*

*In the banking system, the articulated process of internal control finds its reason not only from the perspective of risk management through a constant and integrated assessment and monitoring, and therefore of the reinforcement of the bank's capacity to manage business risks, but also from the need of protect different and wider interests.*

*The subject that exerts the control function only indirectly pursues the business interest of the bank, since it primarily pursues the aim to allow the bank to realize its interests with the least risk possible, in order to protect the savers' interests, and, more generally, all the rights that the banking business allows to realize and which find a constitutional protection in the art. 47 of the Constitution.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: la specialità dell'impresa bancaria. – 2. La funzione di controllo e il principio di adeguatezza organizzativa. – 3. I controlli interni come contenimento del rischio. – 4. Il sistema dei controlli interni. – 5. La tutela dei risparmiatori e il sistema di controllo interno.

### 1. Premessa: la specialità dell'impresa bancaria

Un'analisi del rapporto tra sistema di controllo interno e tutela dei risparmiatori non può prescindere da una considerazione preliminare che, seppure pacificamente riconosciuta, merita di essere richiamata per una corretta impostazione di una qualsiasi indagine sull'attività bancaria: la specialità dell'impresa bancaria.

Tale consapevolezza impone allo studioso, nell'analisi dei problemi giuridici che si intendono analizzare, la necessità di assumere l'ottica del diritto dell'economia<sup>1</sup> che consente di superare la contrapposizione tra regole privatistiche

---

<sup>1</sup> Per uno studio recente sull'intervento pubblico nell'economia, cfr. AA.VV., *L'intervento pubblico nell'economia*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, diretto da L. Ferrara-D. Sorace, vol. V, Firenze University Press, Firenze, 2016; S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018; G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 104, evidenzia che indagare sulle due categorie, cioè assumendo una posizione binaria, significa muovere da posizioni preconcrete; occorre, al contrario, muovere da una visione complessi-

o regole pubblicistiche, tra posizioni assoggettate al potere dell'autorità e quelle che si manifestano nella relazione tra soggetti privati e di assumere una prospettiva che supera la supremazia dell'autorità sul processo economico dell'attività bancaria e considera la regolazione un criterio ordinatore sia dell'autorità che della libertà.

Dall'osservatorio dello studioso del diritto dell'economia, la libertà contrattuale, in considerazione della emersione degli interessi che il sistema bancario intende tutelare, si muove entro confini diversi<sup>2</sup>: l'autonomia privata, negoziale e organizzativa, viene integrata e limitata da regole pubblicistiche, attraverso l'elaborazione di una normazione, anche secondaria, sempre più dettagliata e penetrante e l'esercizio del potere di vigilanza, da parte dell'Autorità, porta ad una progressiva alterazione del tradizionale concetto di autonomia privata; le alterazioni dell'autonomia privata sono regole pubblicistiche.

Il risparmiatore, portatore di diritti inviolabili, diventa il destinatario dell'esercizio del potere pubblico che viene esercitato per tutelare dimensioni collettive.

L'emersione di interessi diversi e più ampi manifesta l'insufficienza della norme di diritto comune dettate per l'amministrazione societaria<sup>3</sup>; per tali ragioni l'impresa bancaria assume profili di specialità nella regolamentazione dell'attività e dell'organizzazione.

---

va della problematica, imponendo così all'interprete di «revocare in dubbio – salvo poi sciogliere il dilemma in senso confermativo – che sia logico, opportuno o addirittura necessario postulare la distinzione».

<sup>2</sup> L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Esi, Napoli, 2003, p. 71, sottolinea come il diritto privato emergente sia «condizionato dal mercato in quanto rivolto alla regolamentazione di quest'ultimo e mediatizzato dalla società, portatrice di propri interessi giuridicamente protetti».

<sup>3</sup> Già il codice di commercio del 1882 dopo aver qualificato, all'art. 3, n. 11 atto di commercio «le operazioni di banca», sicché coloro che svolgevano abitualmente tale tipo di operazione erano considerati «commercianti», all'art. 177, prevedeva che «le società che hanno per principale oggetto l'esercizio del credito devono depositare presso il tribunale di commercio, nei primi otto giorni d'ogni mese, la loro situazione riferibile al mese precedente, esposta secondo il modello stabilito con regio decreto e certificata conforme alla verità con dichiarazione sottoscritta almeno da un amministratore e da un sindaco». Tale meccanismo, ben lontano dal controllo pubblico sull'attività bancaria, rappresentava un primo segnale della necessità di garantire, rispetto al diritto comune, un maggior grado di trasparenza. Era, inoltre, previsto un controllo pubblico su alcune attività bancarie specializzate. In ogni caso, la presenza, prima dell'unificazione in capo alla Banca d'Italia, di un numero considerevole di banche dotate del potere di emettere biglietti di banca che avevano acquisito una posizione di rilievo nell'ambito del settore creditizio e che erano sottoposte a controllo pubblico, finiva col sottrarre una parte rilevante dell'attività bancaria alla disciplina di diritto comune. Nell'ambito del diritto comune alcune tipologie di imprese bancarie (le Casse rurali e le Banche popolari) acquisirono una tipicità organizzativa che finiva per differenziarle dalle altre imprese bancarie ma anche dai modelli organizzativi comuni. Cominciano ad essere poste le basi per la nascita di uno statuto speciale dell'impresa bancaria, evidenziandosi l'esigenza della insufficienza delle norme di diritto comune per una tutela efficace dei risparmiatori. A ciò si aggiunga la considerazione che le crisi bancarie che si erano succedute in quegli anni (il crollo del 1892-93, la crisi della Società bancaria italiana del 1907, quello della Banca italiana di sconto del 1921), verificatesi per la connessione tra banca e industria, ma anche per la presenza di un sistema bancario nel quale convivevano imprese non dotate di strumenti patrimoniali necessari per affrontare la competizione, avevano dato vita «a un vero e proprio movimento per uno statuto speciale dell'impresa bancaria» (così, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 39). Sul tema, v. E. GALANTI, *Le banche, Dall'unità della Nazione alla nascita della Banca d'Italia*, in E. GALANTI-R. D'AMBROSIO-A.V. GUCCIONE (a cura di), *Storia della legislazione bancaria finanziaria e assicurativa*, Banca d'Italia, 2012, p. 28 ss.; F. BELLÌ, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 86 ss.; G. DI NARDI, *Le Banche di emissione in Italia nel secolo XIX*, Utet, Torino, 1953, p. 220; R. DE MATTIA, *Gli Istituti di emissione in Italia. I tentativi di unificazione 1843-1892*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 10; S. CARDARELLI, *La questione bancaria in Italia dal 1862 al 1892*, in *Ricerche per la storia della Banca d'Italia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 105 ss.

L'enucleazione di una disciplina speciale dell'impresa bancaria non rappresenta un fenomeno recente, ma il risultato di un percorso storico che ha caratterizzato l'evoluzione del sistema bancario e non solo.

Sin dall'inizio del Novecento, si intravede, nel nostro Paese, uno Stato sempre più interventista che vuole incentivare l'economia industriale per sostenere la produzione bellica.

Gli avvenimenti del primo dopoguerra e il fallimento di alcuni istituti di credito portano ad una prima fase di regolazione del sistema (alla Banca d'Italia vengono attribuite le prime funzioni di vigilanza sulle altre banche e nel 1926 abbiamo il primo decreto «Provvedimenti per la tutela del risparmio»)<sup>4</sup>: in questo modo si costituisce il primo nucleo di legislazione bancaria come legislazione del controllo sugli intermediari bancari e si realizza una «tutela indiretta del risparmio»<sup>5</sup>.

La disciplina di diritto comune non è sufficiente a tutelare l'interesse dei risparmiatori; vengono introdotte norme organizzative volte a ridurre i rischi per i risparmiatori; viene introdotto un regime autorizzativo per l'esercizio dell'attività bancaria con l'istituzione di un apposito albo; vengono previsti requisiti patrimoniali e sulle riserve; viene stabilita una correlazione tra ammontare del patrimonio e entità massima del fido concedibile; viene attribuito un potere di vigilanza alla Banca d'Italia<sup>6</sup>.

Con la crisi del 1929 e l'insufficienza della riforma del 1926 si giunge alla nascita della prima legge bancaria del 1936-38<sup>7</sup>: si fa sempre più strada l'idea

---

<sup>4</sup> Con il r.d.l. 6 maggio 1926 si definisce il ruolo della Banca d'Italia che diviene l'unica banca di emissione: si pone così fine ad un assetto pluralistico che il sistema bancario si portava dal periodo preunitario. Tale decreto attribuiva, altresì, alla Banca d'Italia funzioni di vigilanza attraverso l'analisi dei bilanci annuali delle banche e le ispezioni. Pochi mesi dopo vengono emanati i cosiddetti «Provvedimenti per la tutela del risparmio», noti come legge bancaria del 1926 (r.d.l. 7 settembre 1926, n. 1511 e il r.d.l. 6 novembre 1926, n. 1830) con i quali si costituisce il primo nucleo di legislazione bancaria come legislazione del controllo sugli intermediari bancari e si realizza una «tutela indiretta del risparmio» (così A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 6), viene introdotto uno statuto speciale della impresa bancaria e si separa la funzione di emissione di carta-moneta dall'attività (la funzione di emissione di carta-moneta viene attribuita solo alla Banca d'Italia).

<sup>5</sup> Così A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., p. 6.

<sup>6</sup> Sul tema, cfr., R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 41; A. SCIALOJA, *La tutela del risparmio e la vigilanza sulle società bancarie*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1556; F. BELLÌ, *Le leggi bancarie del 1926 e del 1936-38*, in *Banca e industria fra le due guerre*, vol. II, p. 203 ss.; N. TRIDENTE, *La concentrazione bancaria dalla guerra europea ai giorni nostri*, Cacucci, Bari, 1952, p. 85 ss.; G. LANZARONE, *Il sistema bancario italiano*, Einaudi, Torino, 1948, p. 32 ss.

<sup>7</sup> La crisi del 1929 evidenzia l'insufficienza della riforma del 1926. I principali istituti avevano partecipazioni nelle società industriali, la caratteristica di banca mista aveva messo in rischio il sistema bancario: di qui la necessità di un intervento pubblico che «socializzasse» le perdite mettendole a carico dell'erario (così, V. ALLEGRI, *L'attività d'intermediazione finanziaria e la sua disciplina*, in AA.VV., *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Monduzzi, Bologna, 2000, p. 9). Fu, così, istituito l'Imi, nel 1931, e l'Iri, nel 1933; fu, poi, costituito, nel febbraio del 1936, un comitato tecnico – corporativo, con il compito di individuare eventuali modifiche e integrazione alla legge del 1926; se non che le proposte elaborate dal comitato, che risultarono molto più incisive rispetto alle aspettative (facevano parte del comitato Alberto Beneduce, padre dell'Iri, Pasquale Saraceno, Donato Menichella e Alfredo De Gregorio), portarono alla elaborazione di un progetto intitolato «Difesa del risparmio e disciplina della funzione creditizia» (noto anche come «Piano Beneduce»). Il progetto era caratterizzato da un marcato spirito dirigista, in quanto considerava imprescindibile un rigoroso controllo dello Stato sul sistema bancario per l'attuazione di una pianificazione dell'intero sistema economico. Il progetto proponeva la qualificazione della Banca d'Italia come ente di diritto pubblico, con la funzione di istituto di immissione e di vigilanza sulle banche; l'istituzione di un Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito; la qualificazione di tutte le grandi banche nazionali come enti pubblici; l'attribuzione, a tutte le banche, della sola funzione creditizia, attraverso la raccolta del risparmio e la concessione di

della insufficienza del diritto comune e l'elaborazione di un *corpus* normativo speciale enucleato per le imprese bancarie, ma sempre nella prospettiva di una banca funzionale all'interesse economico nazionale di crescita della potenza economica del Paese, un servizio pubblico assoggettato all'indirizzo politico: l'art. 1 della legge bancaria del 1936 qualifica la «raccolta del risparmio» e l'«esercizio del credito» come «funzioni di interesse pubblico»<sup>8</sup>.

Nel periodo pre-costituzionale la tutela del sistema bancario consente di affermare la potenza economica dello Stato e, anche dopo l'emanazione della Costituzione, quando si sposta l'attenzione verso l'idea che il risparmio abbia protezione costituzionale, in quanto parte del ciclo economico del credito<sup>9</sup>, la prospettiva rimane la regolazione dell'esercizio del credito e della centralità del potere pubblico di regolazione dell'impresa bancaria<sup>10</sup>.

Il sistema bancario si immerge, sempre più, nel sistema dei poteri pubblici<sup>11</sup>.

Se non che le crisi globali, dai bond argentini alla Lehman Brothers, hanno evidenziato che l'investimento non ha solo un significato economico, in quanto il rischio dell'investimento si riversa sull'investitore, sulle sue aspettative di una positiva allocazione del risparmio, sul suo affidamento ad effettuare ulteriori investimenti derivanti dal guadagno finanziario, esigenze che, anche se connotate da profili di natura economica, sono intimamente legate anche al benessere della persona.

Tali bisogni, nel contesto finanziario, assumono una portata più ampia, sovraindividuale, globale e influenzano interessi più generali<sup>12</sup>.

---

credito (la concessione di credito a breve termine era svolta dalle aziende di credito, mentre la concessione di credito a medio o lungo termine era svolta dagli istituti speciali di credito). Il progetto suscitò critiche vivaci e fu accusato di «statalismo bancario», pertanto nella fase di approvazione furono stemperate alcune parti (le «banche di interesse pubblico» vennero nominate «banche di interesse nazionale» e riuscirono a mantenere la forma di società anonima). Nasce così la legge bancaria del 1936-38.

<sup>8</sup> S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*, 1975, p. 996.

<sup>9</sup> F. MERUSI, sub art. 47, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, VIII, Utet, Bologna, 1980, p. 153.

<sup>10</sup> S. AMOROSINO, *L'ordinamento amministrativo del credito. Studi*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1995, e ID., *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1995; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969; E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale di Banca d'Italia*, XLI, Quaderni di Ricerca giuridica, Roma, 1996, p. 14.

<sup>11</sup> La dottrina italiana (F. MERUSI, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1972, p. 1428; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 205; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., p. 9; ID., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, S. AMOROSINO (a cura di), 2014, Giuffrè, Milano, p. 8 ss.) afferma che l'art. 47, costituzionalizzando l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio attraverso il controllo dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore del credito, ha dato «copertura costituzionale» al sistema di disciplina di settore, così come delineato dalla legge bancaria del 1936. Anche recentemente, D.R. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, M. CAFAGNO-F. MANGANARO (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, diretto da L. Ferrara-D. Sorace, V, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 175, ha affermato che l'art. 47 Cost., comma 1, in materia di tutela del risparmio ed esercizio del credito, considerata la voluta genericità della disposizione, non ha aggiunto alcuna novità all'impostazione teorica dell'ordinamento del settore.

<sup>12</sup> Nell'elaborazione di una disciplina volta alla ricerca di un equilibrio tra tutela dell'investitore, efficienza del mercato, contendibilità delle imprese, si impone un'inversione dei punti di

L'intervento pubblicistico si intensifica<sup>13</sup>, nella fase genetica<sup>14</sup>, con il regime autorizzatorio di accesso al mercato<sup>15</sup>, nella fase fisiologica, con la vigilanza regolamentare, informativa, ispettiva, nella fase patologica, sia con gli strumenti tradizionali dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa, sia con le misure introdotte dal d.lgs. n. 181/2015 che mirano ad assicurare la stabilità del sistema, riducendo al massimo le perdite, con procedure controllate, al fine di una maggiore tutela del risparmio<sup>16</sup>.

---

riferimento intorno ai quali far ruotare gli interessi che dovrebbe portare a seguire lo schema *personae res actiones*, cioè a identificare e tutelare prima i soggetti coinvolti, poi i beni commerciabili, infine i negozi stipulabili. Se ci si colloca su tale piano i due profili sollevati si intersecano tra loro: gli obiettivi sulla cui realizzazione vigilano le Autorità indipendenti non si atteggiano più come traguardi da raggiungere a seguito di controlli *ex post*, quanto piuttosto elementi intrinseci di una normale attività economica. La trasparenza, l'informazione, la correttezza dei comportamenti, la responsabilità, diventano principi di etica sociale, prima ancora che manifestazione di efficienza e competitività del mercato. In tal modo il rapporto autorità libertà non si risolve in una prevalenza assoluta del primo sul secondo, ma crea una dialettica costruttiva tra autonomia privata e regolazione che trova il suo equilibrio nel rispetto del principio di eticità. Sul punto, sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *I mercati finanziari*, in G. CARLOTTI-A. CLINI (a cura di), *Dir. amm.*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 476.

<sup>13</sup> M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 32; G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 429; M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012; G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2016, p. 787 ss.

<sup>14</sup> Sul tema, v. A. PATRONI GRIFFI, sub art. 14, in F. BELLIG. CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI-M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, I, Zanichelli, Bologna, 2007, 236; A. ANTONUCCI, sub art. 14, in M. PORZIO-F. BELLIG. LOSAPPIO-M. RISPOLI FARINA-V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 156; S. AMOROSINO, sub art. 14, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2001, I, p. 14; A. NIGRO, *L'autorizzazione "all'attività bancaria" nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca e mercato finanz.*, 1994, p. 295.

<sup>15</sup> Nella fase di accesso al mercato, l'autorizzazione rappresenta lo strumento di controllo della sussistenza dei requisiti, non nel senso di un provvedimento che rimuove il limite all'esercizio di un diritto (O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, p. IV, p. 7; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, I, p. 809), ma diretto ad assicurare la tutela del risparmio (così, con riferimento all'autorizzazione ai sensi dell'art. 107 TUB, L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, p. 1582).

<sup>16</sup> La letteratura sulle crisi bancarie è vasta: F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2017, II, p. 102 ss. parla di un «epocale cambiamento» a proposito dell'introduzione di nuove regole di supervisione e innovative forme di gestione delle crisi bancarie, sottese alla costruzione dell'Unione Bancaria Europea; cfr. V. TROIANO, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in AA.VV., *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2016, p. 560; F. SARTORI, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di risanamento*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2017, p. 2, evidenzia come la previsione dei meccanismi di risoluzione rappresentino il risultato di un obiettivo "politico" che vuole esonerare lo Stato dal potere di intervenire in forza del pubblico interesse quando la banca è in stato di dissesto. Sul tema v. D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Utet Giuridica, Torino, 2017; E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 9; F. COLOMBINI, *Risk, regulation, supervision and crises in the European Banking Union*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2015, p. 236; G. SANTONI, *Osservatorio la nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, p. 619, il quale critica la disciplina BRRD per non essere stata in grado di realizzare il principale degli obiettivi per i quali era stata concepita, quello di rafforzare la stabilità del sistema bancario e finanziario, ma di aver provocato l'effetto opposto, generando nei risparmiatori incertezza e sfiducia; M. SEPE, *La vecchia e la nuova socializzazione delle perdite: elementi di continuità e di discontinuità*, in *Riv. trim. dir. ec.*,

L'evoluzione del sistema bancario appare, dunque, caratterizzata sempre di più dall'esigenza di interventi imponenti che sottendono la consapevolezza di una stretta connessione tra controllo e rischio.

La specialità dell'attività bancaria e gli interessi che si premura di tutelare fanno emergere la consapevolezza che l'adozione di un sistema organizzativo proporzionato, efficiente e razionale rappresenti il presidio migliore per il perseguimento degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa nonché per la correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei clienti e investitori<sup>17</sup>.

## 2. La funzione di controllo e il principio di adeguatezza organizzativa

La rilevanza degli assetti organizzativi nello svolgimento dell'attività di impresa è ben nota alla dottrina giuscommerciale che ha, tradizionalmente, individuato nel profilo organizzativo il senso fondamentale delle vicende societarie<sup>18</sup>: innanzitutto si è concentrata sul concetto di organizzazione come mo-

---

2017, p. 17; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 1083; L. STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2016, p. 567 ss.; R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, I, p. 287 ss.; ID., *Risoluzione e aiuti di Stato. Alcuni orientamenti della Commissione Europea a confronto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2016, p. 581; ID., *Rischio di Bail-in e gestione della liquidità in un gruppo bancario*, in *Riv. dir. banc.*, in *www.dirittobancario.it*, 17, 2017; M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 267; S. MACCARONE-R. LENER-D. VATTERMOLI-S. FORTUNATO, *Crisi bancarie e diritto comunitario*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2013, p. 601 ss.; B. INZITARI, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180/2015)*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 26, 2016; V. LEMMA, *La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per un'insolvenza obbligatoria?*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2016, II, p. 31; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impresa e società*, 2015, p. 339 ss.; G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1490 ss.; T. TOMASI, *Impresa in crisi e creditore bancario*, Giuffrè, Milano, 2017; A. BROZZETTI, *Il decreto legge n. 99/2017: un'altra pietra miliare per la "questione bancaria" italiana*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, p. 24; S. BONFATTI, *La responsabilità degli "enti ponte" (e delle banche incorporanti) per le pretese risarcitorie nei confronti delle "quattro banche" (vantate dagli azionisti "risolti", e non solo)*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 27, 2017; V. SANTORO, *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, in AA.VV., *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione (Atti VIII Incontro italo-spagnolo di diritto commerciale, Napoli 25 settembre 2015)*, a cura di A. Paciello-G. Guizzi, Giuffrè, Milano, 2016, p. 215 ss.; AA.VV., *Banche in crisi. Chi salverà i depositanti?*, numero monografico di *Analisi giuridica dell'economia*, a cura di R. Lener-U. Morera-F. Vella, 2016, n. 2; M. RISPOLI FARINA, *La disciplina europea di soluzione delle crisi bancarie. L'attuazione nell'ordinamento italiano. Profili problematici*, in AA.VV., *Regole e mercato*, a cura di M. Rispoli Farina-A. Sciarone Alibrandi-E. Tonelli, t. 2, Torino, 2017, p. 3 ss.; D. VATTERMOLI, *Il bail-in*, in M.P. CHITI-V. SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pacini Editore, Pisa, 2016, p. 517 ss.; M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in M.P. CHITI-V. SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pacini Editore, Pisa, 2016, p. 3. Per una prospettiva transnazionale cfr. S. SCHELO, *Bank Recovery and Resolution*, Kluwer Law International, 2015.

<sup>17</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., p. 1742.

<sup>18</sup> La letteratura sul tema è vastissima: tra i molti, P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè Milano, 1971; ID., *Riflessioni sulla riforma; I: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 673; P. SPADA, *La tipicità della società*,

dello organizzativo di esercizio dell'attività economica (tale assunto ha portato a identificare il paradigma organizzazione/attività, successivamente a collegare il parametro dell'organizzazione al mercato).

Anche in ambito societario il requisito dell'organizzazione ha, progressivamente, acquistato rilevanza all'interno del modello prescelto ed è stato interpretato come un insieme di compiti decisionali e di controllo, competenze tra organi ed insieme di relazioni che intercorrono tra organi<sup>19</sup>.

L'adeguatezza organizzativa viene considerata principio immanente all'ordinamento societario e clausola generale destinata a vincolare gli amministratori di qualunque tipo di società, diventando giuridicamente rilevante il modo in cui si struttura la realtà operativa di un'impresa.

L'esigenza di concentrarsi sull'adeguatezza degli assetti organizzativi emerge, in particolare, nelle società quotate dove l'interesse del legislatore e degli studiosi si è manifestata in modo evidente<sup>20</sup>.

---

Cedam, Padova, 1974; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, Giuffrè, Milano, 2007; T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 259 e ss.; F. MESSINEO, *La struttura delle società e il c.d. contratto plurilaterale*, in *Studi di diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 17 ss.; G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 2001; C. ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 681; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, 2012, Giuffrè, Milano, p. 193; G. MARASÀ, *Le società*, in *Trattato dir. priv.*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>19</sup> M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. IRRERA, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 23; ID., *Diritto delle imprese e dei servizi di investimento*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 44 ss.

<sup>20</sup> Sul rapporto tra sistema dei controlli interni ed adeguatezza degli assetti organizzativi, v. P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 935 ss.; ID., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, vol. 2, Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 840, dopo aver ricordato che l'art. 2409-octiesdecies, comma 5, lett. b) stabilisce che il comitato per il controllo sulla gestione «vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile», evidenzia che la circostanza per cui le norme sul sistema tradizionale e dualistico non contemplino, espressamente, tra le competenze del collegio sindacale e del consiglio di sorveglianza, la vigilanza sul sistema di controllo interno, non trova alcuna giustificazione, dal momento che i modelli di amministrazione controllo alternativi si pongono come modelli indifferenziati, applicabili a qualsiasi tipo di società. Pertanto, si deve procedere ad una interpretazione correttiva e ritenere che «l'obbligatorietà del sistema di controllo interno deve essere riconosciuta in termini di adeguatezza della struttura organizzativa della società, valutata in rapporto alle dimensioni dell'impresa e non in ragione dei sistemi amministrativi adottati». Sul tema cfr., altresì, L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 57 ss. Anche la legge n. 1/1991 sulle società di intermediazione mobiliare aveva già previsto norme con riflessi organizzativi: sul tema, cfr. A. PATRONI GRIFFI, «Organizzazione interna» degli intermediari immobiliari, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 45 ss.; F. ANNUNZIATA, *Intermediazione mobiliare e agire disinteressato: profili organizzativi interni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 634 ss.; V. DI CATALDO, *Lo statuto speciale delle Sim*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 765 ss.; M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, p. 17, sottolinea come il tema dell'importanza strategica dell'organizzazione aziendale sia da tempo noto agli studiosi aziendalisti e che sia, tuttavia, essenziale che il legislatore abbia introdotto l'adeguatezza organizzativa come un obbligo giuridico; nello stesso senso, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, Napoli, 2006, p. 202. Sul collegio sindacale, v. G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, vol. 3, Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 59; A.M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, cit., pp. 318 e 319; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate*

La necessità, per le società ad azionariato diffuso, di un'attenzione maggiore sui profili organizzativi trova la sua giustificazione nell'esigenza di assicurare trasparenza, correttezza dei comportamenti, assicurando così la tutela degli investitori, per tali ragioni il TUF (l'art. 149 fa riferimento al principio della adeguatezza della struttura organizzativa della società, al sistema di controllo interno, interno, amministrativo e contabile<sup>21</sup>, laddove per locuzione «assetto organizzativo, amministrativo e contabile» si intende l'intera struttura interna dell'impresa<sup>22</sup>) e il codice di autodisciplina dettano una disciplina accurata in tema di adeguatezza ed efficienza degli assetti organizzativi.

Nel diritto bancario la crescente valorizzazione degli assetti organizzativi è ancora più netta<sup>23</sup>: diventa particolarmente importante per il perseguimento degli obiettivi aziendali, in considerazione della peculiarità dell'attività bancaria e degli interessi che l'ordinamento intende tutelare.

In tale contesto il sistema dei controlli interni viene istituzionalizzato<sup>24</sup>.

La normativa secondaria attribuisce al sistema dei controlli interni un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale<sup>25</sup>: esso diventa il parametro attraverso il quale l'autorità di vigilanza valuta il modello di governo societario adottato, in relazione al rispetto degli obiettivi della sana e prudente gestione<sup>26</sup>, della stabilità patrimoniale e contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza nei rapporti con i clienti e gli investitori.

Il regolamento congiunto in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob<sup>27</sup>, declina l'adeguatezza

---

*governance delle società di capitali*, cit., p. 999; I. KUTUFA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 709.

<sup>21</sup> P. AGOSTONI, *Note sul controllo interno degli emittenti quotati nel diritto e nella pratica*, in *Società*, 1999, p. 1420 ss.; L. DE ANGELIS, *Commento sub art. 149*, in M. FRATINI-G. GASPARRI (a cura di), *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Utet, Torino, 2012, p. 1995 ss.

<sup>22</sup> P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 493; nello stesso senso, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 681; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 19.

<sup>23</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. III, 2011, Cacucci, Bari, I, p. 1733; ID, *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in M. DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Cedam, Padova, 2009, p. 17, sostiene che «l'adeguatezza organizzativa [...], che gli organi sociali sono tenuti a curare, valutare e verificare s'identifica, in buona sostanza, con l'adeguatezza del sistema dei controlli interni: quanto meno, si può sostenere che, nelle imprese di una certa dimensione e complessità operativa, il sistema dei controlli interni costituisce parte integrante di quell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, della cui adeguatezza il consiglio d'amministrazione da un lato e il collegio sindacale dall'altro [...] sono a vario titolo responsabili».

<sup>24</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., p. 1742, ricorda come la crescente valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi nella disciplina degli intermediari finanziari e nella prospettiva della vigilanza pubblicistica sugli stessi mira al perseguimento di obiettivi che s'identificano con quelli assegnati alla vigilanza.

<sup>25</sup> Circolare n. 285 del 2013, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione I – 6. Principi generali.

<sup>26</sup> G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 48.

<sup>27</sup> Regolamento adottato con provvedimento del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con atti congiunti Banca d'Italia/Consob del 9 maggio 2012, del 25 luglio 2012, del 19 gennaio 2015, del 27 aprile 2017 e con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018.

dell'organizzazione, con la necessità di assicurare la sana e prudente gestione, il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale (art. 5, comma 1), attraverso la previsione di chiari processi decisionali, volti a specificare la suddivisione di funzioni e responsabilità, di un sistema efficace di gestione del rischio, di meccanismi di controllo interno per garantire il rispetto delle decisioni e delle procedure<sup>28</sup>.

Diventa essenziale monitorare i rischi organizzativi e misurare il grado di fallibilità rispetto alle regole, esterne e interne, sulla base delle quali si struttura l'impresa: ne deriva una crescente complessità dell'organizzazione bancaria, una più accentuata procedimentalizzazione del processo decisionale e una considerazione del potere decisionale come «direzione strategica, decentramento decisionale a favore del management e controllo di procedure»<sup>29</sup>.

L'attenzione sempre più incisiva sul sistema dei controlli ha spinto il regolatore a dedicare, nella circolare 285, un intero capitolo al ruolo dei controlli (Parte I, Titolo IV, Capitolo 3), ma anche a predisporre una iper-regolamentazione che ha visto implementare il ruolo delle autorità di vigilanza, europea e nazionale, che svolgono un controllo anche con strumenti che sempre più incidono direttamente sull'organizzazione interna di una banca (basti pensare ai poteri di intervento attribuiti dall'art. 53-*bis* TUB).

D'altro canto lo stesso art. 5 TUB, nell'individuare le finalità della vigilanza, sembra dare una valenza più ampia del mero profilo organizzatorio, attribuendo alle autorità creditizie l'esercizio dei poteri di vigilanza «avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia».

Quindi, in ossequio al principio di proporzionalità e nell'ambito della propria autonomia, ciascuna banca deve assicurare completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni che diventa «lo snodo cruciale dell'articolazione del potere d'impresa e delle regole di responsabilità»<sup>30</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte portano a ritenere che il sistema dei controlli soddisfi l'esigenza di assicurare un assetto organizzativo adeguato, ma sottende, altresì, un obiettivo più ampio che tiene conto di una molteplicità di interessi, la cui tutela giustifica la disciplina speciale alla quale l'impresa bancaria è assoggettata.

---

<sup>28</sup> In particolare vengono previsti solidi dispositivi di governo societario che, attraverso processi decisionali chiari, specifichino i rapporti gerarchici e la suddivisione delle funzioni e delle responsabilità; un sistema efficace di gestione del rischio dell'impresa; la conoscenza, da parte dei soggetti rilevanti, delle procedure da seguire per il corretto esercizio delle proprie responsabilità; meccanismi di controllo interno che garantiscano il rispetto delle decisioni e delle procedure; politiche e procedure volte ad assicurare che il personale possieda conoscenze e competenze necessarie per l'esercizio delle responsabilità loro attribuite; un sistema efficace di segnalazione interna e di comunicazione delle informazioni e di conservazione della registrazione adeguata e ordinata dei fatti di gestione dell'intermediario e della sua organizzazione interna; procedure volte a garantire che l'affidamento di funzioni multiple ai soggetti rilevanti non impedisca di svolgere una qualsiasi di tali funzioni; sistemi idonei a tutelare la sicurezza, l'integrità e la riservatezza delle informazioni; politiche, sistemi, risorse e procedure per la continuità e la regolarità dei servizi (art. 5, comma 2).

<sup>29</sup> P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in  *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, cit., p. 127.

<sup>30</sup> P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 936 ss.

### 3. I controlli interni come contenimento del rischio

L'interesse sempre più significativo verso il sistema dei controlli trova la sua giustificazione, come si è anticipato, nella consapevolezza, emersa in misura imponente dopo le crisi finanziarie sistemiche<sup>31</sup>, di un legame forte tra controllo e rischio, giacché un adeguato sistema di controllo è in grado di prevenire, monitorare e gestire il rischio<sup>32</sup>.

Anche la normativa secondaria interpreta il sistema dei controlli interni come contenimento del rischio, la funzione del controllo è pensata in funzione della compressione, attenuazione e monitoraggio del rischio: la circolare di Banca d'Italia n. 285 del 2013, intitola il titolo IV della parte I in modo significativo, «Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi», collegando, in modo non casuale, i tre elementi che appaiono tra loro intimamente connessi: l'efficacia ed efficienza del sistema di controllo, quindi della gestione del ri-

---

<sup>31</sup> Per uno studio delle dinamiche della crisi finanziaria sistemica, F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Utet Giuridica, Milano, 2016; ID., *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del 'diritto dell'economia': il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 1; ID., *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. COLOMBINI-M. PASSALACQUA (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 14 ss.; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Giuffrè, Milano, 2016; ID., *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e mission del Diritto dell'economia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 175; F. ZATTI, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 487; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 265 ss.; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Giuffrè, Milano, 2001.

<sup>32</sup> Il tema dei "rischi" è ampiamente analizzato dagli studiosi di economia degli intermediari finanziari: v. P. LEONE, *Capitale e governo dei rischi: un'analisi bidimensionale*, in P. LEONE-P. PORRETTA-F. TUTINO (a cura di), *Il governo dei rischi in banca. Nuove tendenze e Funds in the Mediterranean. A comparative Analysis*, Palgrave-Macmillan, 2016, p. 1; A. SIRONI-A. RESTI, *Rischio e valore nelle banche*, Milano, 2008; G. BIRINDELLI-P. FERRETTI, *Rischio operativo nelle banche italiane: un'analisi delle convergenze*, in *Bancaria*, 2007, p. 66. Sul rischio nei mercati finanziari, nella dottrina giuridica, v. M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Cedam, Padova, 2012: l'autrice constata che la funzione di interesse generale di controllo del rischio si rivela sempre più come componente delle scelte o dei comportamenti. In particolare, l'autrice, ritenendo insufficiente la prospettiva civilistica per la quale il rischio è sempre suscettibile di valutazione patrimoniale, intesa come misurazione di una potenziale perdita o di un potenziale vantaggio economico attualizzabile in funzione di una probabilità determinabile, propone una prospettiva diversa: muove dalle letture della c.d. società del rischio di Beck e Bauman, e dai risultati della *Prospect Theory*, per giungere alla determinazione che, per ricostruire le premesse di una nuova regolazione del rischio, sia necessario riferirsi agli effetti che l'avvento della c.d. società del rischio produce sulle categorie generali del diritto civile e del diritto amministrativo nonché alla "liquidità", intesa come metafora dell'attuale fase dell'età moderna. In questa prospettiva, il rischio non si limita ad assolvere la funzione di elemento qualificante di fattispecie giuridiche, ma diventa oggetto di una disciplina organica volta ad amministrarne l'assunzione e gli effetti su chi lo assume, sui terzi e sul sistema economico nel suo complesso (il diritto del rischio). Aggiunge che «il rischio che grava sulla società del rischio, dal punto di vista giuridico, si caratterizza e distingue perché presuppone anche che al pericolo, cui si è disposti ad esporsi, sia correlato un vantaggio. Ed, anzi, sottrarsi a quel rischio significherebbe esporsi a danni che altrimenti non si verificherebbero, imputabili agli effetti negativi riconducibili ad un arresto dello sviluppo tecnologico. Il vantaggio può essere raggiunto solo ad un rischio, originato dalla scienza e dalla tecnica, giudicato però di livello tollerabile dall'ordinamento. Punto cruciale diventa allora stabilire il livello di tollerabilità»; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; P. SAVONA, *Il governo del rischio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013; R. MASERA, *Il rischio e le banche*, *IlSole24Ore*, Milano, 2001; G. LUSIGNANI, *La gestione dei rischi nella banca*, in M. ONADO (a cura di), *La banca come impresa 2*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 243; L. SELLERI, *L'impresa e il rischio. Introduzione all'enterprise risk management*, EduCatt Università Cattolica, Milano, 2006; F. VELLA, *Rischio questo sconosciuto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, p. 161.

schio, si misura con la capacità di interazione con gli organi societari, nei confronti dei quali le funzioni aziendali di controllo svolgono attività di supporto, consentendo agli stessi il potere, a loro volta, di svolgere un controllo sull'impresa bancaria e di assicurare che l'attività aziendale sia improntata a canoni di sana e prudente gestione.

Il regolatore cerca, dunque, di individuare assetti organizzativi e governi societari efficaci, funzionali agli interessi dell'impresa e idonei ad assicurare condizioni di sana e prudente gestione.

La banca, nel rispetto del principio di proporzionalità, deve dimostrare di saper governare il processo di gestione dei rischi<sup>33</sup>, attraverso la predisposizione di un insieme di regole, procedure, risorse e attività di controllo «volte a identificare, misurare o valutare, monitorare, prevenire o attenuare nonché comunicare ai livelli gerarchici appropriati tutti i rischi assunti o assumibili nei diversi segmenti»<sup>34</sup>.

«I presidi relativi al sistema dei controlli interni devono coprire ogni tipologia di rischio aziendale»<sup>35</sup>.

Tuttavia, l'approccio del sistema di controllo è cambiato: esso non è più basato su un'attività di controllo dei rischi (*control based*), ma sull'obiettivo di contenere i rischi complessivi nei limiti stabiliti (*risk based*), una volta definito correttamente il posizionamento desiderato in termini di rischio (il cosiddetto *Risk Appetite*).

La crisi economica mondiale e le molteplici crisi bancarie hanno portato una consapevolezza diversa sulla gestione del rischio: l'obiettivo del controllo non è quello di controllare se il rischio possa emergere e in che misura sia possibile ridurlo, giacché rappresenta un elemento immanente di ogni attività di impresa che si trasforma in un pericolo solo se c'è un'incapacità dell'impresa di valutarlo, monitorarlo e gestirlo.

Diventa, per tali ragioni, imprescindibile fissare una cornice generale di riferimento che fissi il livello di rischio che si intende raggiungere in relazione agli obiettivi prescelti e al modello di business adottato (il cosiddetto *Risk Appetite Framework – RAF*<sup>36</sup>): in tal modo si è in grado di valutare l'effettiva capacità dell'impresa bancaria all'assunzione del rischio e di definire, *ex ante*, la strate-

---

<sup>33</sup> Diverse sono le tipologie individuate, a titolo esemplificativo, da Banca d'Italia: «il rischio strategico, il rischio di credito, il rischio di controparte, il rischio di concentrazione, il rischio di mercato, il rischio di tasso di interesse, il rischio operativo, il rischio di liquidità, il rischio connesso alla quota di attività vincolate (*asset encumbrance*), il rischio di reputazione, il rischio di modello, i rischi derivanti da prestiti in valuta estera, il rischio paese, il rischio di trasferimento nonché i rischi derivanti dall'ambiente macroeconomico in cui la banca opera anche con riferimento all'andamento del ciclo economico» (circolare n. 285 del 2013, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione I).

<sup>34</sup> Così la circolare n. 285 del 2013, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione I.

<sup>35</sup> C. FREGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolamentazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento europeo*, in M. MANCINI-A. PACIELLO-V. SANTORO-P. VALENSISE (a cura di), *Regole e mercato*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 68, il quale evidenzia il collegamento tra *risk governance* e adeguatezza patrimoniale delle banche; ID., *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in tema di "organo con funzione di supervisione strategica"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 485.

<sup>36</sup> Sul RAF, v. M. CARDI, *Ricapitalizzazioni e garanzie nelle crisi bancarie Profili istituzionali e gestionali del caso italiano*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 105, dove si sottolinea come il RAF sia un elemento centrale del processo di controllo dei rischi, in particolare «le metriche declinate nel RAF definiscono una sostanziale identità in termini gestionali con la nozione prudenziale di *governance* bancaria, anche attraverso la coerenza con i valori che tali indicatori assumono nell'ambito di altri processi aziendali (in particolare, ICAAP, ILAAP, *Recovery plan*, Budget)». Cfr. altresì, A. LIPPI, *Icaap e Ilaap: Le sfide di Basilea 3*, FrancoAngeli, Milano, 2017, p. 23.

gia aziendale di governo dei rischi. In questo modo, la verifica preventiva costituisce il presupposto per il successivo processo di gestione efficiente degli stessi.

È per tali ragioni che la circolare n. 285 impone all'organo con funzione di supervisione strategica di assicurare che il RAF sia coerente con gli obiettivi di rischio e le soglie di tolleranza e di valutare, periodicamente, che esso sia adeguato, efficace nonché la compatibilità tra il rischio effettivo e gli obiettivi di rischio<sup>37</sup>.

Questo diverso approccio nella valutazione del rischio influisce sulle caratteristiche del controllo che vede modificata la sua funzione, vuoi sotto l'aspetto temporale (viene esercitato preventivamente, fisiologicamente e successivamente), vuoi per la sua natura, non più tanto e solo sanzionatoria, ma di prevenzione e monitoraggio; i controlli diventano integrati, prudenziali, preordinati a garantire una gestione del rischio nei termini di cui si è detto e, attraverso l'esercizio delle funzioni, idonei ad assicurare gli interessi e i soggetti portatori degli interessi.

Ne deriva che il soggetto che esercita la funzione di controllo solo indirettamente persegue l'interesse imprenditoriale della banca perché, primariamente, persegue la finalità di consentire alla banca di realizzare i propri interessi con il minore rischio possibile.

L'assunzione di tale prospettiva consente di interpretare il sistema dei controlli interni non solo nell'ottica della gestione del rischio, attraverso una valutazione e monitoraggio, costante e integrato, e quindi del rafforzamento della capacità della banca nella gestione dei rischi aziendali, ma secondo la più ampia finalità del perseguimento della sana e prudente gestione.

---

<sup>37</sup> La circolare 285 (Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione I), fornisce le definizioni dei concetti rilevanti ai fini del RAF: *Risk Capacity* (massimo rischio assumibile) che rappresenta il livello massimo di rischio che la Banca è tecnicamente in grado di assumere senza violare i requisiti regolamentari o gli altri vincoli imposti dai soci o dall'Autorità di vigilanza; *Risk Appetite* (obiettivo di rischio o propensione al rischio) che rappresenta il livello di rischio (complessivo e per tipologia) che la Banca intende assumere per il perseguimento dei suoi obiettivi strategici; *Risk Tolerance* (soglia di tolleranza) che rappresenta la devianza massima dal *risk appetite* consentita; la soglia di tolleranza è fissata in modo da assicurare in ogni caso alla Banca margini sufficienti per operare, anche in condizioni di stress, entro il massimo rischio assumibile; *Risk Limit* (limiti di rischio) che rappresenta la devianza d'attenzione dal *risk appetite* consentita; *Risk Profile* (rischio effettivo) che rappresenta il rischio effettivamente assunto, misurato in un determinato istante temporale, mentre nella Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato A elenca particolari categoria di rischio per le quali prevede disposizioni speciali: rischio di credito e di controparte; rischi derivanti dall'utilizzo di tecniche di attenuazione del rischio di credito; concentrazione dei rischi; rischi rilevanti da operazioni di cartolarizzazione; rischi di mercato; rischi tasso di interesse derivante da attività non appartenenti al portafoglio di negoziazione a fini di vigilanza; rischi operativi; rischio di liquidità; rischio di leva finanziaria eccessiva; rischi connessi con l'emissione di obbligazioni bancarie garantite; rischi connessi con l'assunzione di partecipazioni; attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati; rischi connessi con l'attività bancaria depositaria di OICR e fondi pensione; rischio paese e rischio di trasferimento; gestione del rischio connesso alla quota di attività vincolante. La circolare 285 (Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato C) fornisce le indicazioni minimali per la definizione del RAF che, naturalmente, devono essere calibrate in relazione alle dimensioni e alla complessità di ciascuna banca, secondo il principio di proporzionalità: innanzitutto le banche devono assicurare una coerenza tra modello di business, piano strategico, RAF, processo ICAAP, budget, organizzazione aziendale e sistema dei controlli interni. Il RAF deve indicare le tipologie di rischio che intende assumere, tendo in considerazione il piano strategico e i rischi rilevanti ivi individuati e definito il massimo rischio assumibile; per ciascuna tipologia di rischio, fissa gli obiettivi di rischio, le eventuali soglie di tolleranza e i limiti operativi in condizioni sia di normale operatività, sia di stress. Devono, inoltre, essere indicate in quali circostanze occorre evitare o contenere l'assunzione di determinate categorie di rischio. Nel RAF, inoltre, sono definite le procedure e gli interventi gestionali da attivare nel caso in cui sia necessario ricondurre il livello di rischio entro l'obiettivo o i limiti prestabiliti nonché i compiti degli organi e di tutte le funzioni aziendali coinvolte nella definizione del processo.

L'individuazione della organizzazione della struttura interna dell'impresa bancaria passa da una definizione del sistema dei controlli e diventa funzionale al perseguimento della sana e prudente gestione<sup>38</sup>.

#### 4. Il sistema dei controlli interni

Come si è anticipato, nell'impresa bancaria, il concetto di controllo si è evoluto in considerazione dell'evoluzione del concetto di rischio: esso si emancipa dall'accezione tradizionale assegnata, dal codice civile, al collegio sindacale di verifica postuma dell'operato, volta a sanzionare e correggere, e diventa componente essenziale dell'intero esercizio dell'attività d'impresa, con una funzione preventiva, per evitare l'insorgere di possibili distorsioni nello svolgimento dell'attività di impresa e fisiologica, come strumento di monitoraggio.

Il momento dell'amministrare e quello del controllare diventano declinazioni di una medesima funzione, quella imprenditoriale<sup>39</sup> che, in ambito bancario, deve garantire la sana e prudente gestione dell'amministrazione bancaria<sup>40</sup> e proteggere gli interessi che l'impresa bancaria tutela nonché i portatori di quegli interessi.

Il controllo preventivo si esercita attraverso l'implementazione dei flussi informativi e l'inserimento di nuovi soggetti deputati al controllo<sup>41</sup> che devono agire in modo coordinato, attraverso un'integrazione tra le diverse funzioni, al fine di creare efficienza nell'attività di controllo<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Così, già M. CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 11; L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 58; M. BROGI, *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, in *Banca, impresa, società*, 2010, p. 300.

<sup>39</sup> V. C. ANGELICI, *In tema di rapporti fra «amministrazione» e «controllo»*, in C. TEDESCHI (a cura di), *Saggi sui grandi temi della Corporate Governance*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 1 ss.. Distingue tra controlli di impresa e controlli societari, G. PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in M. BIANCHINI-C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Egea, Milano, 2010, p. 144; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 370, sostiene che dall'analisi del ruolo del consiglio di amministrazione nel sistema dei controlli interni e dalla circostanza che l'attribuzione delle funzioni allo stesso attribuite interagiscono tra loro e a volte si sovrappongono, si evince che la nozione di controllo non si contrappone all'amministrazione, essendo, entrambe espressione della dimensione imprenditoriale. Il momento del "controllo" non si volge solo all'attività, ma si colloca su un piano non estrinseco, nel senso che è insito nell'attività imprenditoriale e quindi ineliminabile: la gestione e il controllo si collocano, entrambi, sul piano della funzione imprenditoriale, giacché l'imprenditore, per gestire, deve necessariamente compiere attività di verifica, analisi, controllo. (sul punto v. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo della società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005).

<sup>40</sup> Così A.M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 328.

<sup>41</sup> P. MONTALENTI, *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, p. 243 sostiene che vi sia stata un'evoluzione del controllo «da strumento di tutela delle minoranze» a meccanismo di «tutela della correttezza gestoria».

<sup>42</sup> Nella costruzione, analisi e valutazione dei Sistemi di Controllo Interno a presidio dei rischi aziendali si utilizza, come modello di riferimento, a livello internazionale, il *CoSO Framework*. Il *CoSO Framework* definisce il controllo interno come un processo, svolto dal consiglio di amministrazione, dal *management* e da altri soggetti della struttura aziendale che persegue l'efficacia ed efficienza delle attività operative, l'attendibilità dell'informativa, interna ed esterna e la conformità alle leggi e ai regolamenti. Il *CoSO Framework* rappresenta un modello per la valutazio-

Il funzionamento corretto del sistema di controlli interni si basa sulla interazione tra gli organi di *governance*, gli eventuali comitati interni, le funzioni aziendali di controllo e le altre funzioni previste.

La previsione di un sistema integrato e coordinato favorisce sinergie tra le funzioni di controllo nell'ambito dei rispettivi ruoli e competenze, diventando non solo uno strumento di aggregazione e coordinamento di soggetti per il raggiungimento dell'obiettivo di efficientamento del sistema e ottimizzazione dei risultati, ma un procedimento unitario con il quale, in ragione dello stesso strumento (quello dei controlli interni, in modo integrato), assicura coerenza alle azioni poste in essere e consente di perseguire i medesimi interessi<sup>43</sup>.

---

ne del controllo interno (*Internal Control Integrated Framework – CoSO Framework*) elaborato, per la prima volta, nel 1992 dal *Committee of Sponsoring Organisations of the Treadway Commission (CoSO)*, un'organizzazione creata con la finalità di fornire un modello standard per verificare l'efficienza dei sistemi aziendali di controllo interno. Successivamente, in considerazione dell'attenzione sempre maggiore rivolta al *Risk Management*, si è avvertito il bisogno di creare un modello di riferimento anche per la gestione dei rischi aziendali. Nel 2004 è stato pubblicato l'*Enterprise Risk Management – ERM Framework*, tenendo in considerazione il *CoSO Internal Control – Integrated Framework* (in Italia, tradotto e pubblicato come: «La gestione del rischio aziendale»). Ci sono state successive modifiche, nell'ultima versione (2015), sono stati, rispetto al passato, introdotti 17 principi di controllo generali che coprono trasversalmente tutte le attività coinvolte nel *COSO framework*: 1) l'organizzazione deve dimostrare l'impegno nell'integrità e nei valori etici; 2) il *Board* deve dimostrare indipendenza dal management ed esercitare la propria supervisione; 3) il *management*, con la supervisione del Board, deve stabilire le linee di reporting e le responsabilità in linea con gli obiettivi aziendali; 4) l'organizzazione deve attrarre, far crescere e trattenere personale competente; 5) l'organizzazione stabilisce e definisce le responsabilità; 6) l'organizzazione deve determinare gli obiettivi con chiarezza, al fine di render possibile l'identificazione dei rischi ad esse correlati; 7) l'organizzazione deve identificare e valutare i rischi; 8) la valutazione dei rischi deve tenere in considerazione le potenziali frodi aziendali; 9) l'organizzazione deve identificare e valutare i cambiamenti significativi che potrebbero influire sul sistema di controllo interno; 10) l'organizzazione deve sviluppare e implementare attività di controllo che contribuiscano a mitigare i rischi; 11) l'organizzazione deve sviluppare e implementare controlli di alto livello sulle tecnologie di supporto al raggiungimento degli obiettivi; 12) l'organizzazione deve definire le attività di controllo tramite politiche che ne stabiliscano le aspettative e procedure che definiscano il piano operativo delle politiche; 13) l'organizzazione deve ottenere o generare informazioni di qualità e che siano rilevanti per il raggiungimento degli obiettivi; 14) l'organizzazione deve comunicare efficacemente internamente; 15) l'organizzazione deve comunicare efficacemente esternamente; 16) l'organizzazione deve sviluppare e attuare valutazioni e attività di monitoraggio; 17) l'organizzazione deve valutare e comunicare le carenze organizzative. Le componenti del *CoSO Framework* il cosiddetto *Control environment* (che definisce la cultura aziendale e costituisce le fondamenta degli altri elementi del sistema di controllo interno); il *Risk Assessment* (che rappresenta la capacità di identificare ed analizzare i rischi); le *Control Activities* (le procedure e attività volte a garantire l'esecuzione delle indicazioni del management); le *Information and Communication* (accesso alle informazioni e flussi informativi); le *Monitoring Activities* (attività di verifica, supervisione, *Internal Audit*). Normalmente tale modello viene richiamato, come *best practice*, nell'ambito delle società quotate, nella Relazione sul governo societario e gli Assetti Proprietari, richiesta dall'art.123-bis TUF; dalle attestazioni ex art.154-bis, comma 5, T.U.F. rilasciate dal Dirigente Preposto e dagli organi amministrativi delegati ai fini della Legge sulla Tutela del Risparmio, anche nell'ambito delle non quotate, per il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/01; dall'*Internal Auditing* nella conduzione delle proprie attività e nella formulazione dei propri giudizi sull'adeguatezza del Sistema di Controllo Interno. Sul tema, v. S. FORTUNATO, *La prevenzione delle frodi ed irregolarità nel modello CoSo*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, p. 83.

<sup>43</sup> Diversi sono gli elementi che consentono una visione integrata del controllo: innanzitutto una tassonomia comune alla quale ricondurre le verifiche svolte (ruolo importante riveste il Risk appetite framework, il cosiddetto RAF che rappresenta il sistema degli obiettivi di rischio, cioè il quadro di riferimento che definisce la propensione al rischio, le soglie di tolleranza, i limiti di rischio, le politiche di governo dei rischi, i processi di riferimento necessari per definirli e attuarli, in coerenza con il massimo rischio assumibile, il business model e il piano strategico), la creazione di un linguaggio comune sui rischi e controlli, l'utilizzo di metodologie condivise che consentano piani condivisi (ma non sovrapposti), metriche comuni nella valutazione dei rischi e delle criticità, flussi informativi tra le funzioni e verso gli organi. La circolare n. 285 del 2013 (Parte

L'art. 12 del regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio<sup>44</sup> dispone che «gli intermediari istituiscono e mantengono funzioni permanenti, efficaci e indipendenti di controllo di conformità alle norme e, se in linea con il principio di proporzionalità, di gestione del rischio dell'impresa e di revisione interna».

Per questa ragione a tutti coloro che esercitano una funzione di controllo si richiede il requisito dell'indipendenza<sup>45</sup>, della autonomia e della reciproca collaborazione<sup>46</sup>.

Punto cruciale dell'intera materia è il problema del coordinamento delle funzioni di controllo<sup>47</sup>: secondo quanto disposto dalla circolare 285, il corretto

---

I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione I) considera parametri di integrazione, a titolo esemplificativo, la diffusione di un linguaggio comune nella gestione dei rischi a tutti i livelli della banca; l'adozione di metodi e strumenti di rilevazione e valutazione tra di loro coerenti; la definizione di modelli di reportistica dei rischi (al fine di favorirne la comprensione e la corretta valutazione, anche in una logica integrata), l'individuazione di momenti formalizzati di coordinamento; la previsione di flussi informativi su base continuativa tra le diverse funzioni in relazione ai risultati delle attività di controllo di propria pertinenza; la condivisione nell'individuazione delle azioni di rimedio.

Per soddisfare tale requisiti, normalmente l'organo con funzione di supervisione strategica approva un documento (Regolamento o *Policy* SCI) nel quale sono definiti l'architettura e i meccanismi di funzionamento del sistema complessivo dei controlli interni (compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni di controllo; flussi informativi tra le diverse funzioni/organi e tra queste/i e gli organi aziendali; le modalità di coordinamento e di collaborazione, per evitare potenziali sovrapposizioni e sviluppare sinergie).

<sup>44</sup> Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob con provvedimento del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con atti congiunti Banca d'Italia/Consob del 9 maggio 2012, del 25 luglio 2012, del 19 gennaio 2015, del 27 aprile 2017 e con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018, come previsto dall'art. 6, comma 2-bis, T.U.F., inserito dal d.lgs. n. 164/2007, in attuazione della direttiva Mifid. L'art. 6, comma 2-bis demanda alla Banca d'Italia e alla Consob di disciplinare congiuntamente, con regolamento, e con riferimento alla prestazione dei servizi d'investimento nonché alla gestione collettiva del risparmio, una serie di "obblighi" dei soggetti abilitati, aventi ad oggetto, tra gli altri, i requisiti generali di organizzazione, in particolare, l'organizzazione amministrativa e contabile, compresa l'istituzione della funzione di "controllo della conformità alle norme"; le procedure, anche di controllo interno, per la corretta e trasparente prestazione dei servizi di investimento e delle attività di investimento nonché della gestione collettiva del risparmio; la gestione del rischio dell'impresa; l'audit interno; l'esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti; la gestione dei conflitti d'interessi potenzialmente pregiudizievoli per i clienti; le procedure, anche di controllo interno, per la percezione o la corresponsione di incentivi. Sull'argomento, v. G. SCOGNAMILIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., p. 1734.

<sup>45</sup> Per assicurare l'indipendenza delle funzioni aziendali di controllo, la normativa secondaria prevede che i responsabili di funzioni posseggano requisiti di professionalità adeguati, siano collocati alle dirette dipendenze dell'organo con funzione di gestione o dell'organo con funzione di supervisione strategica, mentre il responsabile della funzione di revisione interna sia collocato sempre alle dirette dipendenze dell'organo con funzione di supervisione strategica; siano nominati e revocati dall'organo con funzione di supervisione strategica, sentito l'organo con funzione di controllo; riferiscano direttamente agli organi aziendali; abbiano accesso diretto all'organo con funzione di supervisione strategica e all'organo con funzione di controllo; i criteri di remunerazione del personale che partecipa alle funzioni aziendali di controllo non siano tali da compromettere l'obiettività.

<sup>46</sup> Sul tema degli amministratori indipendenti, v. N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum A. Piras, Giappichelli, Torino, 2010, p. 378 ss.; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., p. 385 ss.; R. RORDORF, *Gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 143.

<sup>47</sup> M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in *Assetti adeguati e modelli organizza-*

funzionamento del sistema dei controlli interni si basa sulla proficua interazione, nell'esercizio dei compiti, degli organi aziendali con gli eventuali comitati, con i soggetti incaricati della revisione legale dei conti e con le funzioni di controllo.

Al fine di implementare il sistema di controllo, il regolatore ha inciso sul controllo interorganico, per un verso applicando in modo più incisivo gli strumenti classici del diritto societario di *governance*, per altro focalizzando sempre di più l'attenzione sulle funzioni aziendali di controllo, attraverso una chiara distinzione dei ruoli, un bilanciamento dei poteri e un'equilibrata composizione per un efficace presidio dei rischi aziendali.

La disciplina della *governance* non viene più immaginata come disciplina di organi ma di funzioni, funzione di supervisione strategica, funzione di gestione, funzione di controllo<sup>48</sup>.

Secondo la direttiva n. 36 del 2013 (art. 74)<sup>49</sup> gli enti creditizi, oltre a dotar-

---

*tivi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto a M. Irrera, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 969.

<sup>48</sup> V. CARIELLO, *I conflitti «interorganici» e «intraorganici» nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, Il, Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 772, sostiene che il concetto di funzione merita particolare attenzione nei rapporti interorganici e intraorganici e ricorda che la dottrina (sul punto v. P. HOMMELHOFF, *Der aktienrechtliche Organstreit – Vorüberlegungen zu den Organkompetenzen und ihrer gerechtlchen Durchsetzbarkeit*, in *ZHR*, 1979, 308) ha preferito fare ricorso alla *Funktionentrennung* (in luogo della c.d. separazione di poteri), alla *Funktionkompetenz* e alla *Funktionverantwortung* (anziché ai diritti e doveri degli organi e dei suoi componenti) e alle nozioni di *Funktionsträger* e di *Funktionssorderungen*. Aggiunge che l'espressione "funzione" può essere utile «al fine di contrassegnare unitariamente l'interesse che sta alla base della legittimazione autonoma e propria dell'organo e/o di singoli componenti ad azionare la tutela delle situazioni sostanziali loro direttamente riferibili».

<sup>49</sup> La direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 (CRD 4, *Capital Requirements Directive*) che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE si occupa dell'accesso all'attività degli enti creditizi e della vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. L'obiettivo è quello di fornire, insieme al regolamento UE n. 575/2013, una disciplina dell'accesso alle attività bancarie, un quadro di vigilanza e le norme prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento (così si legge nel 2° considerando della direttiva e nel 5° considerando del regolamento).

Tale intervento si inserisce in un più ampio fenomeno che vede indicazioni significative, a livello internazionale, nei *Principles for Enhancing Corporate Governance* del Comitato di Basilea (2010), nei *Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages* dell'OECD (2009) e nella *Thematic Review on Risk Governance – Peer Review Report del Financial Stability Board* (2013); a livello europeo, nelle *Guidelines on Internal Governance* (2011) e nelle *Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders* (2013) dell'EBA. Tra i molteplici interventi, la direttiva interviene sui profili di *governance* delle banche nella consapevolezza dell'esistenza di una stretta correlazione tra carenza di disciplina nella *corporate governance* delle banche e crisi economico-finanziaria.

La prospettiva che emerge, nella direttiva comunitaria, è che il perseguimento di un equilibrato assetto di governo e di un adeguato organo di gestione consentono non solo di resistere alla crisi e di superarla, ma anche di rafforzare la fiducia del mercato e degli investitori. Nelle banche, infatti, la presenza di assetti organizzativi e di governo societario efficaci assume un rilievo peculiare per le caratteristiche che caratterizzano l'attività bancaria e gli interessi pubblici sottesi. Sebbene il fenomeno di crisi trovi le sue origini in motivazioni ben più ampie, è indubbio che un cattivo funzionamento degli organi sociali influenzi l'entità e il perdurare della crisi: consigli di amministrazione, incapaci di compiere indagini prognostiche sui possibili rischi; amministratori non esecutivi non informati e poco attivi nella funzione di controllo, distorsione negli incentivi hanno innescato, nei confronti degli intermediari, gestione e controllo dei rischi incompleti e scarsi flussi informativi. È per tali ragioni che gli interventi sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento dedicano una pluralità di disposizioni alla *governance* delle banche, con la finalità di assicurare un migliore presidio rispetto ai rischi connessi alla gestione della società. Sul punto sia consentito il rife-

si di una solida struttura organizzativa di *governance*, dalla quale emergano responsabilità definite e trasparenti, devono individuare processi per identificare, gestire e segnalare i rischi e prevedere sistemi di controllo interno adeguati nonché efficaci procedure amministrative e contabili e politiche di remunerazione volte ad assicurare una sana gestione del rischio.

In particolare, il consiglio di amministrazione di una banca, nel duplice ruolo di organo di gestione e organo con funzione di supervisione strategica<sup>50</sup>, ha l'obbligo di verificare che siano stati identificati e valutati i principali rischi dell'organizzazione e, conseguentemente, adottati meccanismi, adeguati, di gestione e di mitigazione, al fine di assicurare un punto di equilibrio tra interessi che possono non essere allineati: sotto questo profilo assume un ruolo fondamentale il comitato endoconsiliare controllo e rischi che ha funzioni di supporto all'organo con funzione di supervisione strategica sui rischi e sul sistema di controlli interni.

Anche l'organo di controllo è parte integrante del complessivo sistema di controllo interno<sup>51</sup>: la normativa secondaria definisce in modo più puntuale l'ambito di operatività dei controlli dei sindaci che hanno la responsabilità di vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni ed accertare l'efficacia di tutte le strutture e funzioni coinvolte e l'adeguato coordinamento delle medesime; promuove, altresì, interventi correttivi delle carenze e irregolarità rilevate.

Per il raggiungimento di tali obiettivi, l'organo con funzione di controllo interagisce con le strutture e funzioni di controllo interne all'azienda e con i soggetti incaricati della revisione legale dei conti. La molteplicità delle informazioni possedute porta l'organo di controllo ad essere l'interlocutore privilegiato della Banca d'Italia: l'art. 52 TUB predispone un meccanismo di collegamento funzionale con l'autorità di vigilanza<sup>52</sup>, nel senso che l'organo con funzione di controllo deve informare, senza indugio, la Banca d'Italia di tutti i fatti o gli atti

---

rimento a A. CAMPUZANO-R. CALDERAZZI-A. GURREA MARTÍNEZ, *An overview about the new rules regarding corporate governance and remuneration policies in Spanish banks*, in *Law and economics yearly review*, 2014, p. 109.

<sup>50</sup> La funzione di supervisione determina gli indirizzi e gli obiettivi aziendali strategici e verifica la loro attuazione (definisce l'assetto complessivo di governo; approva l'assetto organizzativo della banca; verifica la corretta attuazione; promuove tempestivamente le misure correttive a fronte di eventuali lacune o inadeguatezze; supervisiona il processo di informazione al pubblico e di comunicazione della banca; assicura un efficace confronto dialettico con la funzione di gestione e con i responsabili delle principali funzioni aziendali; verifica nel tempo le scelte e le decisioni da questi assunte); la funzione di gestione consiste nella attuazione degli indirizzi strategici e della gestione aziendale (è l'organo o componenti ai quali sono delegati compiti di gestione, cioè l'attuazione degli indirizzi deliberati nell'esercizio della funzione di supervisione strategica; pertanto, il contenuto delle deleghe deve essere analitico e chiaro; deve consentire all'organo collegiale l'esatta verifica del loro adempimento e l'esercizio dei propri poteri di direttiva e di avocazione); la funzione di controllo consiste nella verifica della regolarità dell'attività di amministrazione e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca.

<sup>51</sup> A. SCIARRONE ALIBRANDI-E. D'IPPOLITO, *Governance bancaria e profili di specialità del diritto societario bancario: il ruolo del collegio sindacale nelle banche*, in M. MANCINI-A. PACIELLO-V. SANTORO-P. VALENSISE, (a cura di), *Regole e Mercato*, t. 1, Giappichelli, Torino, 2016, p. 73 ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *Specificità dei compiti di controllo dei sindaci nell'amministrazione delle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 7; F. D'ANGELO, *I sindaci delle società bancarie nel quadro dei controlli interni*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>52</sup> Sull'art. 52 TUB, v. V. TROIANO, *Commento all'art. 52 TUB*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di) *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2012, p. 394; G. BOCCUZZI, *Commento all'art. 52*, in C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia creditizia*, t. 1, Giappichelli, Torino, 2013, p. 531.

di cui venga a conoscenza che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria<sup>53</sup>.

Secondo un ordine gerarchico, vi sono diverse tipologie di controlli che prevedono, tra loro, scambi di flussi informativi, sia in orizzontale che in verticale<sup>54</sup>.

Le funzioni aziendali di controllo sono definite in modo dettagliato e circoscritto dalla normativa secondaria: la funzione *compliance* ha il compito di prevenire e gestire il rischio di non conformità alle norme con riguardo a tutta l'operatività aziendale e verificare che le procedure interne siano adeguate a prevenire tale rischio; la funzione antiriciclaggio collabora nella definizione dei presidi organizzativi e di controllo finalizzati a prevenire il contrasto del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo e ne verifica l'efficacia nel tempo, proponendo interventi di miglioramento, laddove ritenuti necessari; la funzione *risk management* è coinvolta nella definizione del RAF, delle politiche di governo dei rischi e delle varie fasi che costituiscono il processo di gestione dei rischi nonché nella fissazione dei limiti operativi all'assunzione delle varie tipologie di rischio; la funzione *internal audit*, in un'ottica di controlli di terzo livello, valuta la completezza, funzionalità ed adeguatezza della struttura organizzativa e delle altre componenti del Sistema dei Controlli Interni, portando all'attenzione degli organi aziendali i possibili miglioramenti, con particolare riferimento al RAF, al processo di gestione dei rischi nonché agli strumenti di misurazione e controllo degli stessi.

Il coordinamento e la collaborazione è fondamentale tra le stesse funzioni aziendali, pur nella reciproca indipendenza e nei rispettivi ruoli, in particolare devono essere assicurati flussi informativi, vuoi nel senso di trasferire all'*audit*, da parte del funzione *risk* e funzione *compliance*, eventuali criticità rilevate nelle proprie attività di controllo, vuoi nel senso di informazione, da parte dell'*audit*, verso le altre funzioni di eventuali inefficienze o punti di debolezza riguardanti specifiche aree di competenza di queste ultime<sup>55</sup>.

La complessa organizzazione del sistema interno dei controlli, suddivisa, come s'è visto, secondo un'architettura piramidale, permette di confermare che l'articolazione adottata per la gestione del rischio di impresa persegue solo indirettamente l'interesse imprenditoriale dell'attività bancaria; il regolatore, nell'individuare il novero dei soggetti deputati ad esercitare il controllo (la suddivisione gerarchica dei livelli di controllo, il rapporto tra organi delegati e am-

---

<sup>53</sup> Per un approfondimento sulla funzione di controllo, in ambito bancario, del consiglio di amministrazione, del comitato rischi, degli amministratori non esecutivi e del collegio sindacale, sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 53 ss.

<sup>54</sup> Per riferimenti più ampi sui livelli di controllo, sia consentito rinviare a R. CALDERAZZI, *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, cit., p. 44 ss.: ci sono controlli di primo livello, volti finalizzati ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni; sono responsabili del processo di gestione dei rischi le strutture operative che procedono a identificare, monitorare e riportare i rischi che derivano dall'ordinaria attività aziendale (normalmente sono incorporati nelle procedure informatiche). I controlli di linea vengono articolati in controlli di linea di prima istanza (controlli di carattere procedurale, informatico, comportamentale, svolti da chi mette in atto una determinata attività) e controlli di linea di seconda istanza (svolti da chi ha responsabilità di supervisione); questi ultimi possono, a loro volta, essere, controlli di seconda istanza-funzionali, esercitati da strutture aziendali indipendenti rispetto alle strutture assoggettate al controllo, e controlli di seconda istanza-gerarchici, esercitati da ruoli aziendali gerarchicamente sovra ordinati.

<sup>55</sup> Il processo di integrazione tra le funzioni aziendali di controllo trova la sua manifestazione nel cosiddetto *Tableau de Bord* integrato dove ciascuna funzione di controllo, nell'ambito delle rispettive competenze, al termine delle attività di verifica, identificate le criticità, indica i possibili interventi correttivi, i responsabili del processo, la tempistica di completamento.

ministratori non esecutivi, la previsione di comitati endoconsiliari, lo stesso rafforzamento dell'organo di controllo fortemente collegato, senza alcun tipo di intermediazione, con l'Autorità di vigilanza), intende realizzare un obiettivo ben più ambizioso della mera individuazione di compiti e confini applicativi: primariamente si adopera affinché l'interesse della banca sia perseguito con il minore rischio possibile, ciò al fine di tutelare gli interessi dei risparmiatori, e, più in generale, tutti quei diritti che l'esercizio dell'attività bancaria consente di realizzare, diritti che trovano una tutela costituzionale nell'art. 47 Cost.

Dunque, anche l'esercizio delle funzioni aziendali di controllo diventa uno strumento per la sana e prudente gestione dell'attività bancaria<sup>56</sup> e fa emergere gli interessi che l'impresa bancaria deve tutelare e i portatori di quegli interessi.

## 5. La tutela dei risparmiatori e il sistema di controllo interno

La prospettiva sin qui adottata ha consentito di evidenziare come l'articolato sistema di controlli interni trovi, nel sistema bancario, la sua ragione nell'esigenza di tutelare interessi diversi e più ampi.

Come si è avuto modo di argomentare, i caratteri di specialità dell'impresa bancaria, che nascono dalla constatazione di un'insufficienza delle norme di diritto comune, si connotano, sempre più, di profili pubblicistici e, anche se l'intervento pubblicistico nei confronti del sistema bancario è storicamente immaginato a garanzia e protezione dell'interesse nazionale, si assiste ad un progressivo spostamento dell'attenzione sulle esigenze dell'investitore e sulle sue aspettative di una positiva allocazione del risparmio.

La consapevolezza di assicurare tutela a interessi più ampi ha portato il legislatore (in primo luogo comunitario) e il regolatore ad una crescente valorizzazione degli assetti organizzativi la cui adeguatezza diventa il migliore presidio per il monitoraggio dei rischi: in quest'ottica, il sistema dei controlli interni che prevede chiari processi decisionali, suddivisione di funzioni e responsabilità, attraverso una sinergia tra i diversi soggetti deputati alla funzione del controllo, persegue l'obiettivo di coprire ogni tipologia di rischio, nella prospettiva di *risk based*, al fine di consentire che l'interesse della banca sia perseguito con il minor rischio possibile, tutelando così gli interessi dei risparmiatori.

Per tali ragioni la predisposizione di un sistema di controlli interni, all'interno della struttura organizzativa, diventa oggetto di verifica, per un intermediario finanziario sin dalla sua genesi, al fine di ottenere l'autorizzazione della Banca d'Italia ad esercitare la propria attività<sup>57</sup>.

Nel perimetro di queste puntualizzazioni il sistema dei controlli diventa funzionale al perseguimento della sana e prudente gestione<sup>58</sup>, l'intera attività di controllo risulta preordinata alla sana e prudente gestione: il controllo dell'autorità di vigilanza, da un lato, i presidi sul sistema dei controlli interni della ban-

<sup>56</sup> Così A.M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, cit., p. 328.

<sup>57</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Accesso all'attività bancaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1990, I, p. 457.

<sup>58</sup> Così, già M. CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, cit., p. 11; L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance*, cit., p. 58; M. BROGI, *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, cit., p. 300.

ca, dall'altro, sono pensati in funzione del perseguimento della sana e prudente gestione.

I controlli, all'interno dell'impresa bancaria, per come sin qui analizzati, svolgono non compiti puntuali, intesi come assolvimento di doveri (giacché una simile visione oltre che riduttiva, manifesterebbe altresì la sua inadeguatezza), ma una funzione inesauribile che riguarda l'attività dell'intermediario nel suo insieme: la funzione fa emergere gli interessi e i soggetti che sono portatori degli interessi in relazione a quel compito<sup>59</sup>.

Se è vero che la «sana e prudente gestione» non è un requisito a sé, un filtro valutativo nel quale ricorrano elementi di interesse pubblico insondabili, ma una formula riassuntiva degli obiettivi che sottostanno al potere di autorizzazione<sup>60</sup>, ossia il potere di consentire l'ingresso e la permanenza nel mercato a soggetti che svolgano la propria attività in modo sano (cioè efficiente, corretta, diligente) e prudente (tale da non alterare la concorrenza o mettere a rischio i risparmi con comportamenti avventati o pericolosi)<sup>61</sup>, questa categoria trova

---

<sup>59</sup> Sulla funzionalizzazione dell'esercizio del controllo, sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, cit. (in particolare capp. I e III): si sostiene che il rinvio all'uso del concetto di funzione serve a denotare la permanenza della funzione e non l'esercizio di competenze singole e a dare una spiegazione più coerente del quadro normativo. Studiare il fenomeno del controllo dal punto di vista funzionale consente di fare due passaggi fondamentali: 1) la distribuzione interna delle competenze degli organi diventa una conseguenza della prospettiva assunta, nel senso che, costruendo il procedimento in termini funzionali, l'elemento che fissa la competenza dell'organo è l'adeguatezza al raggiungimento dello scopo; 2) il secondo passaggio è che, una volta individuati gli interessi protetti dalle norme che attribuiscono la funzione di controllo, diventa possibile ricostruire il fine che la funzione intende perseguire. Dal momento dell'avvio dell'istruttoria fino al momento del controllo sull'esercizio del potere, la funzione è unitaria, la trasformazione del potere astrattamente previsto dalla norma in una decisione concreta, rappresenta un *continuum*, deve perseguire un interesse che è individuato dalla norma e che emerge nell'esercizio della funzione: l'istruttoria serve esattamente a fare emergere gli interessi e a disporre quegli interessi l'uno nei confronti dell'altro, in relazione all'interesse primariamente protetto dalla norma. La funzione trasforma l'interesse funzionale protetto dalla norma in astratto in una decisione (atto di controllo) che lo protegge effettivamente, il contenuto concreto di quell'interesse e della sua protezione deriva dall'esercizio della funzione, a differenza del compito che, invece, rappresenta l'assolvimento di un dovere.

La distinzione tra funzione e compito porta delle conseguenze anche sotto il profilo delle responsabilità: se nessuna regola viene violata, il compito si considera assolto, se invece si esercita la funzione ma non si raggiunge lo scopo, cioè la realizzazione dell'interesse che la funzione stessa deve proteggere, emergono profili di responsabilità.

<sup>60</sup> Così, L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1582; G. GUIZZI, *Appunti in tema di interesse sociale e "governance" nelle società bancarie*, cit., p. 794 ha evidenziato che la sana e prudente gestione rappresenta «il nuovo paradigma per la concretizzazione dell'interesse sociale» ed è il vero limite alla discrezionalità gestoria degli amministratori. Sul tema, v., altresì, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., p. 968. A. ANTONUCCI, *Commento all'art. 5*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, t. 1, Giappichelli, Torino, 2013, p. 39; ID., *Diritto delle banche*, cit., p. 54, la quale evidenzia che l'entusiasmo con il quale i redattori del Tub hanno usato il criterio della sana e prudente gestione, in larga misura, è dovuto alla circostanza che non si propone esplicitamente come una chiave meramente discrezionale, in quanto l'espressione garantisce dei valori di cui nessuno può in astratto negare la fondatezza. Ritieni, tuttavia, che la clausola che dovrebbe rappresentare il parametro di legittimità dell'azione dell'autorità di Vigilanza, in realtà finisce con avere un contenuto così indeterminato da rappresentare la leva che consente di escludere "legittimamente" il principio di legalità; in tal senso, anche D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Cedam, Padova, 2007, p. 294.

<sup>61</sup> L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1582; sul principio di sana e prudente gestione F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2017, p. 131, il quale evidenzia che il criterio della sana e prudente gestione

un significato adeguato nel suo collegamento con l'art. 47 Cost., in quanto la protezione del risparmio è in stretta correlazione con la gestione sana e prudente<sup>62</sup>.

L'art. 47 è stato tradizionalmente interpretato in coerenza con l'idea dell'impresa bancaria funzionale all'interesse economico nazionale di crescita della potenza economica del paese, l'idea della banca quale servizio pubblico assoggettata all'indirizzo politico<sup>63</sup>, ma, in realtà, l'art. 47 funzionalizza il sistema del credito alla tutela del risparmio. Quando l'art. 47 afferma che la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme intende incoraggiare e tutelare il risparmio nella prospettiva della tutela del singolo che investe il proprio risparmio e, solo indirettamente, rileva come un fattore di crescita al sistema economico. Gli interessi sono quelli individuati dall'art. 47 Cost., ossia il bene risparmio, inteso come un diritto che pertiene alle libertà e ai diritti delle persone.

L'ulteriore considerazione è che la tutela del risparmio (e del risparmiatore) non può essere intesa solo come una regola che impone i doveri d'informazione e correttezza nei confronti del risparmiatore<sup>64</sup>, ma come una formula riassuntiva che contiene la garanzia delle diverse funzioni cui la tutela del risparmio è preordinata<sup>65</sup>.

Attraverso questa lettura è possibile affermare che l'intero esercizio dell'attività bancaria è funzionalizzato all'art. 47 Cost., inteso nell'accezione più ampia.

L'attività bancaria non svolge un'ordinaria attività, ma consente il conseguimento di dimensioni fondamentali dei diritti: l'accesso al risparmio, la casa,

---

non si limita ad assurgere a criterio di giudizio in sede di vigilanza sanzionatoria ovvero a ispirare la regolamentazione dell'impresa, bensì diventa regola di comportamento, canone di condotta, criterio di valutazione dell'attività e dell'atto che la dottrina affianca a quello della «*negligence*» e della «*fraud*». La regolazione, inoltre, alla luce della sana e prudente gestione, non si limita ad incidere sugli assetti strutturali e organizzativi dei soggetti vigilati, bensì a disciplinarne gli atti e le attività. Il criterio della sana e prudente gestione si pone al centro di una costellazione di regole, molte delle quali di recente emanazione, suscettibile di applicazioni ampie.

<sup>62</sup> Il collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio emerge anche dalla prassi giurisprudenziale: v. TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR 2010, 4, p. 1313; TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, p. 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione, ai sensi dell'art. 56 TUB e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 TUB, sono «in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Costituzione)».

<sup>63</sup> Inizialmente, è stata sostenuta una tesi ricognitiva e riduttiva dell'art. 47 Cost., in quanto non assolveva alcuna indicazione precettiva o di indirizzo del legislatore (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 205). L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., evidenzia come l'art. 47 Cost. sia stato letto in continuità con il sistema previgente, con una complessiva conservazione del sistema d'inizio Novecento, fondato sull'ampiezza della potestà discrezionale e dell'autonomia normativa dell'autorità amministrativa che rimane il centro del sistema: ne consegue una pretermissione della centralità della protezione del risparmio, fulcro della disposizione costituzionale e l'impossibilità di ricostruire il sistema sul diritto costituzionale del risparmiatore, sulla garanzia della legalità e sull'imparzialità del sistema, funzionalizzato alla protezione dei diritti individuali.

<sup>64</sup> N. PECCHIOLI, *Incoraggiamento del risparmio e responsabilità delle autorità di vigilanza*, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>65</sup> L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., nonché A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 349.

la proprietà, il finanziamento delle imprese, tutta una serie di funzioni, di libertà economiche, contenute nella Costituzione, che possono essere conseguite grazie all'esercizio dell'attività bancaria.

La complessità delle funzioni che la banca pone in essere e, in particolare, il sistema dei controlli, all'interno dell'impresa bancaria, nei termini sin qui delineati, contiene un elemento di protezione di quei diritti.

## Può la tecnologia regolare? *Blockchain* e «scambio tra pari» di energia rinnovabile

di Tamara Favaro

### ABSTRACT

*This paper aims to explore how emerging digital technologies, in the form of Blockchain, could affect market regulation, impacting the need of public intervention, with a special focus on the electricity market. In particular, peer to peer electricity trading through Blockchain will be analyzed to demonstrate that this technology does not necessarily embody a “Battle for Supremacy between the Code of Law and Code as Law” as supported by the prevailing literature. Indeed, smart contract could also represent an “entry point” for the regulator (e.g. by ensuring fairness and quick interventions in case of market distortion), thus becoming a new instrument of public and private granular and almost real time control of energy transactions. Starting from this assumption, it will be argued that Blockchain could also represent a new form of coordination between market and public policy.*

**SOMMARIO:** 1. *Winter Package* e sviluppo tecnologico. – 2. *Empowerment* del consumatore e nuove forme di capacitazione: lo «scambio tra pari» di energia rinnovabile. – 3. L'innovazione tecnologica come fonte di regolazione. – 4. *Blockchain*: caratteristiche peculiari. – 5. *Smart Contracts* e «diritto dei privati». – 6. Una nuova Istituzione? – 7. *Blockchain* per il *peer to peer trading* di elettricità. – 8. Un nuovo approccio al c.d. «*Energy Trilemma*». – 9. Quali conseguenze per la regolazione del mercato energetico? – 10. Lo *smart contract* come *entry point* del regolatore.

### 1. *Winter Package* e sviluppo tecnologico

La recente approvazione del c.d. “*Clean Energy Package*”<sup>1</sup>, meglio noto

---

<sup>1</sup> Più precisamente, si tratta del pacchetto legislativo “*Clean Energy for All Europeans*”, presentato il 30 novembre 2016. Esso è infatti composto da otto testi normativi: direttiva (UE) 2018/844 del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica; direttiva (UE) 2018/2001 dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; direttiva (UE) 2018/2002 dell'11 dicembre 2018, che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica; regolamento (UE) 2018/1999 dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima, che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio; regolamento (UE) 2019/941 del 5 giugno 2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE; regolamento (UE) 2019/942 del 5 giugno 2019 che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; regolamento (UE) 2019/943 del 5 giugno 2019 sul mercato interno dell'energia elettrica; direttiva (UE) 2019/944 del 5 giugno

come “*Winter Package*”<sup>2</sup>, introduce fondamentali innovazioni nella disciplina del mercato energetico, a partire dalle contrapposte esigenze che mira a soddisfare. Infatti, al necessario avanzamento del processo di liberalizzazione, avviato dai tre precedenti pacchetti legislativi<sup>3</sup>, verso l’integrale completamento dell’Unione dell’energia<sup>4</sup>, si associa ora un nuovo obiettivo, derivante dall’adempimento delle obbligazioni assunte con l’accordo di Parigi<sup>5</sup> e volto a coniugare le politiche energetiche a quelle per il clima per realizzare la transizione verso un’economia ad emissioni zero di carbonio.

A ben vedere, il conseguimento di due finalità così divergenti è reso possibile dal comune fattore abilitante: ovvero, il progresso tecnologico. Lo sviluppo della tecnica non ha solo notoriamente avviato il processo di liberalizzazione<sup>6</sup>,

---

2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE. Per un primo approfondimento dottrinale in materia, v. in particolare: E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *La Transizione Energetica e il Winter Package. Politiche Pubbliche e Regolazione dei Mercati. Atti del convegno AIDEN tenutosi a Milano il 29 settembre 2017*, Wolters Kluwer, Milano, 2018; L. AMMANNATI (a cura di), *La Transizione Energetica*, Giappichelli, Torino, 2018; G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell’energia. Questioni e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>2</sup> Così chiamato facendo riferimento al periodo dell’anno in cui è stato presentato. A causa delle sue notevoli dimensioni, viene talvolta definito anche “*Jumbo Package*”.

<sup>3</sup> Come noto, il primo pacchetto legislativo (direttiva 96/92/UE concernente norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica e direttiva 98/30/UE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale) è stato sostituito nel 2003 da un secondo pacchetto legislativo, a sua volta modificato nel 2009 dal c.d. “terzo pacchetto energia”.

<sup>4</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti “*Una strategia quadro per un’Unione dell’energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*”, COM(2015) 80.

<sup>5</sup> Alla conferenza sul clima di Parigi (COP21) del dicembre 2015, 195 Paesi hanno adottato il primo accordo universale e giuridicamente vincolante sul clima, poi sostanzialmente riconfermato con il *rulebook* siglato a Katowice ad esito della COP24 tenutasi nel dicembre 2018. Per un primo approfondimento sul tema, v. S. NESPOR, *L’adattamento al cambiamento climatico: breve storia di un successo e di una sconfitta*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc. 1, 2018, pp. 29-57; Id., *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all’accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1, 2016, pp. 81-121.

<sup>6</sup> Cfr. P. RANCI ORTIGOSA, *Conclusioni*, in A. MAESTRONI-M. DE FOCATIIS (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 199. Per una ricostruzione del processo di liberalizzazione che ha interessato il mercato elettrico, si rinvia in particolare a E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006; Id., *Prime annotazioni sulla riforma del “retail” elettrico e del gas*, in *GiustAmm.it*, fasc. 8, 2017, p. 5 ss.; G. NAPOLITANO, *La politica europea per il mercato interno dell’energia e il suo impatto sull’ordinamento italiano*, in *Federalismi*, fasc. 4, 2012, p. 1 ss.; F. DI PORTO, *Regolazioni di «prima» e «seconda» generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, fasc. 2, 2003, pp. 200-238; E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007; M. D’ANGELOSANTE, *La fissazione autoritativa del “prezzo di riferimento” per la fornitura del gas naturale ai clienti domestici tra esigenze di liberalizzazione ed esigenze di tutela del consumatore finale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 1228 ss.; C. FELIZIANI, *Il rapporto tra liberalizzazione e regolazione al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Foro Amministrativo*, 2011, p. 787 ss.; A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, Cacucci, Bari, 2000, pp. 65-110; S. QUADRI, *Riflessioni sul rapporto tra diritto interno e ordinamento dell’Unione europea in tema di energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, fasc. 6, 2012, p. 1031 ss.; A. CRISMANI-E. FONDA, *Il funzionamento del mercato elettrico. Considerazioni alla luce delle recenti modifiche normative*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc. 6, 2009, pp. 901-923; B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, Giuffrè, Milano, 2009. Per una ricostruzione del concetto di liberalizzazione, si rinvia invece a M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell’economia*, vol. XXV, fasc. 3, 2012, pp. 507-528; C. BUZZACCHI, *Liberalizzazioni, regolazione e ora anche ‘ri-regolazione’*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2015.

avendo consentito di scalfire il dogma dell'unicità della rete elettrica<sup>7</sup> permettendo di farla funzionare anche in presenza di una pluralità di operatori<sup>8</sup>, ma ha anche permesso la produzione e l'autoconsumo su larga scala di energia da fonti rinnovabili.

Ciò premesso, il progresso guida ora un'ulteriore trasformazione, comportando «nuove forme di partecipazione dei consumatori e cooperazione transfrontaliera»<sup>9</sup>. Lo sviluppo delle tecniche decentrate per la produzione e lo stoccaggio di energia da fonti rinnovabili si associa infatti all'evoluzione delle tecnologie digitali, che stanno radicalmente modificando il mercato elettrico<sup>10</sup>, permettendo agli auto-consumatori di energia da fonti rinnovabili<sup>11</sup> anche di vendere l'elettricità autoprodotta e quindi di partecipare al mercato fornendo flessibilità al sistema, attraverso lo stoccaggio dell'energia (specialmente mediante l'utilizzo di veicoli elettrici)<sup>12</sup>, la gestione attiva della domanda<sup>13</sup> e meccanismi di efficienza energetica<sup>14</sup>.

Pertanto, nell'ottica di favorire una maggiore decentralizzazione del mercato energetico, atta a realizzare la decarbonizzazione anche attraverso la digitalizzazione<sup>15</sup>, il nuovo pacchetto legislativo conferisce una centralità finora inusitata al "prosumer"<sup>16</sup> (*rectius*: cliente attivo)<sup>17</sup> cui, per la prima volta, oltre

---

<sup>7</sup> M. LOMBARDO, *I servizi di interesse economico generale nel settore dell'energia tra obblighi di servizio pubblico e regole di concorrenza*, in *I quaderni europei – Serie Energia*, fasc. 1, 2012, p. 19.

<sup>8</sup> V. M. DE BELLIS, voce *Energia Elettrica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2189-2198 e in particolare p. 2189.

<sup>9</sup> V. in particolare la direttiva (UE) 2019/944, Considerando n. 3, e il regolamento (UE) 2019/943, Considerando n. 3.

<sup>10</sup> Cfr. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni uniti nel realizzare l'Unione dell'energia e l'azione per il clima: gettare le fondamenta della transizione all'energia pulita*, pubblicata il 18 giugno 2019 (COM(2019) 285 final), p. 18.

<sup>11</sup> Cui è dedicato l'art. 21 della direttiva (UE) 2001/2018.

<sup>12</sup> E in particolare attraverso le batterie dei veicoli stessi. Per un approfondimento sul punto, v. il documento di lavoro della Commissione "Energy storage – the role of electricity" del 1 febbraio 2017, (SWD(2017) 61 final).

<sup>13</sup> Esso consiste sostanzialmente nel permettere ai consumatori di far uso delle tecnologie digitali per adattare i consumi energetici, potendo operare un più ponderato bilanciamento tra le proprie esigenze e il prezzo effettivo dell'energia elettrica in quel dato momento. In dottrina, v. in particolare M. FALCIONE, *Demande response: risparmio energetico dal lato della domanda. Il contributo volontario degli utenti finali alla flessibilità del consumo elettrico*, in L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2016 – Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Il Mulino, Bologna, 2016; J.B. EISEN, *Demand Response's Three Generations: Market Pathways and Challenges in the Modern Electric Grid*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. XXVIII, fasc. 4, 2017, pp. 351-431.

<sup>14</sup> V. ad esempio il Considerando 42 della direttiva (UE) 2019/944.

<sup>15</sup> Si suole parlare a tal proposito di «paradigma delle "3 D"»: P. D'ERMO-A. ROSSO, *La transizione energetica tra de-carbonizzazione, decentralizzazione e digitalizzazione*, in G. DE MAIO, *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, op. cit., pp. 85-99; D. DOBBENI-J.M. GLACHANT-J.M. VINOIS, *The new EU electricity package, repackaged as a six hands Christmas wish list ...*, in *EUI Policy Briefs*, n. 24 del 2017.

<sup>16</sup> Il termine deriva dalla crasi tra *prosumer* e *consumer* ed è stato coniato da A. TOFFLER, *The Third Way*, Morrow, New York, 1980, (trad. it.) *La terza ondata*, Sperling & Kupfer, Milano, 1987. Per un approfondimento sul punto, v. M. MAUGERI, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI [Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico], dei "prosumer" ai "consumatori" e ai "clienti finali"*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, fasc. 7-8, pt. 2, 2015, pp. 406-410; K. CSERES, *The Active Energy Consumer in EU Law*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. IX, fasc. 2, 2018, pp. 227-244; A.M. BENEDETTI, *Lo scambio dei ruoli ovvero l'utente che produce energia: la regolazione convenzionale dello "scambio sul posto"*, in G.

alla cessione delle eccedenze alla rete<sup>18</sup> viene consentito lo «scambio tra pari»<sup>19</sup> di energia rinnovabile, reso possibile in particolar modo dall'utilizzo di sensori e dispositivi di *smart metering*<sup>20</sup>, volti a garantire una reale “capacitazione dell'utente” dal lato attivo e passivo.

Merita soffermarsi a sottolineare come, nel modello di produzione accentrata dell'energia, al paradigma tecnologico veniva associata la concezione di “tecnica autoritaria”, ben esplicitatasi nell'idea delle «mega-macchine» sociali teorizzate da Mumford<sup>21</sup> o tuttalpiù nello “Stato Atomico” descritto da Robert Jungk<sup>22</sup>, rappresentanti lo sfruttamento gerarchico e centralizzato a livello statale delle risorse energetiche<sup>23</sup>; adesso, invece, l'utilizzo di tecnologie rinnovabili e applicazioni digitali induce ad una rivincita democratica dell'energia<sup>24</sup>, riportando in auge le comunità locali<sup>25</sup> e attribuendo ai singoli cittadini un nuovo ruolo di controllo delle fonti: si afferma semmai l'*Energiewende* descritto da Krause<sup>26</sup>, termine con cui (non a caso) viene indicata la transizione energetica in Germania.

---

NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'Energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 189-198; D. MURRU, *La regolazione dei prosumer*, in L. AMMANNATI (a cura di), *La Transizione Energetica, op. cit.*, pp. 159-178; A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della “peer economy”. Prestatori di servizi e “prosumers”: primi spunti*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 2, 2017, pp. 667-681.

<sup>17</sup> L'art. 2, punto 8 della direttiva (UE) 2019/944 definisce come «cliente attivo» un «cliente finale o un gruppo di clienti finali consorziati che consuma o conserva l'energia elettrica prodotta nei propri locali situati all'interno di un'area delimitata o, se consentito da uno Stato membro, in altri locali, oppure vende l'energia elettrica autoprodotta o partecipa a meccanismi di flessibilità o di efficienza energetica, purché tali attività non costituiscano la principale attività commerciale o professionale».

<sup>18</sup> Si pensi in particolare al c.d. «scambio sul posto», che consente di compensare l'energia elettrica prodotta e immessa in rete in un certo momento con quella prelevata e consumata in un momento differente da quello in cui avviene la produzione.

<sup>19</sup> Definito, ai sensi dell'art. 2, punto 18, della direttiva (UE) 2001/2018, come la «vendita di energia rinnovabile tra i partecipanti al mercato in virtù di un contratto con condizioni prestabilite che disciplina l'esecuzione e il regolamento automatizzati dell'operazione, direttamente tra i partecipanti al mercato o indirettamente tramite un terzo certificato partecipante al mercato, come ad esempio un aggregatore. Il diritto di condurre «scambi tra pari» non pregiudica i diritti o gli obblighi delle parti coinvolte in qualità di consumatori finali, produttori, fornitori o aggregatori». Lo «scambio tra pari» è richiamato anche all'art. 21.

<sup>20</sup> In dottrina, cfr. M. BAUMGART, *A (legal) challenge to privacy: on the implementation of smart meters in the EU and the US*, in R. LEAL-ARCAS-J. WOULTERS (a cura di), *Research Handbook on EU energy law and policy*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2017, pp. 353-369; V. PAPAKONSTANTINO-D. KLOZA, *Legal Protection of Personal Data in Smart Grid and Smart Metering Systems from the European Perspective*, in *Smart Grid Security. SpringerBriefs in Cybersecurity*, Springer, Londra, 2015, pp. 41-129.

<sup>21</sup> L. MUMFORD, *The Myth of the Machine: Technics and Human Development*, Secker & Warburg, Londra, 1967, (trad. it.) *Il mito della macchina*, Il Saggiatore, Milano, 2012.

<sup>22</sup> R. JUNGK, *Der Atom-Staat: vom Fortschritt in die Unmenschlichkeit*, Kindler, Monaco, 1977, (trad. it.) *Lo stato atomico*, Einaudi, Torino, 1978.

<sup>23</sup> Con particolare riferimento agli interventi di regolazione del nucleare in chiave sia nazionale che comparata, v. L. AMMANNATI-A. SPINA, *Il “ritorno” al nucleare. Il contesto regolatorio e l'Agenzia per la sicurezza nucleare*, in *Amministrare*, fasc. 2, 2009, pp. 231-256.

<sup>24</sup> Sul punto, si veda il recente saggio di A. BELTRAN, *Energia e democrazia politica. Qualche spunto storico*, in *Ricerche di storia politica – Quadrimestrale dell'Associazione per le ricerche di storia politica*, fasc. 1, 2018, pp. 51-62; G. OSTI, *Energia democratica: esperienze di partecipazione*, in *Aggiornamenti Sociali*, fasc. 68, 2017, pp. 113-123; V. SMIL, *Energy and Civilization: A History*, Mit Press, Cambridge, 2017.

<sup>25</sup> V. i numerosi richiami ai contesti locali contenuti nella direttiva (UE) 2018/844.

<sup>26</sup> F. KRAUSE-H. BOSSEL-K.-F. MÜLLER-REIBMANN, *Energie-Wende. Wachstum und Wohlstand ohne Erdöl und Uran*, Seiten Verlag, Berlino, 1980.

## 2. *Empowerment* del consumatore e nuove forme di capacitazione: lo «scambio tra pari» di energia rinnovabile

Tra le varie novità introdotte dal c.d. *Jumbo Package*<sup>27</sup> è proprio lo «scambio tra pari» di energia che sembra assumere particolare rilevanza, nonostante allo stesso siano stati in realtà dedicati solo pochi e fugaci richiami. Stante l'estrema genericità del dettato normativo, un aiuto nella ricostruzione dell'istituto può forse pervenire dall'analisi dei lavori preparatori. Se infatti nella versione originaria della direttiva sul mercato interno dell'energia elettrica veniva riconosciuta ai clienti attivi la possibilità di «vendere energia elettrica autoprodotta *in tutti i mercati organizzati*»<sup>28</sup>, e dunque sostanzialmente nelle c.d. «borse elettriche»<sup>29</sup>, tale riferimento è stato poi espunto dall'art. 15 della direttiva (UE) 2019/944 come definitivamente approvata, il che farebbe pensare ad una piena apertura delle forme di possibile negoziazione. Questa scelta è stata probabilmente dovuta alla volontà di aderire al parere espresso dal Comitato economico e sociale europeo<sup>30</sup>, che invitava a «sviluppare sedi e strutture di negoziazione decentrate che aprano possibilità di scambiare direttamente anche piccole unità di energia»<sup>31</sup>, favorendo «forme decentrate di negoziazione, come le operazioni tra pari (*peer to peer*)»<sup>32</sup>.

Nel pressoché totale silenzio della direttiva europea, sembrerebbe dunque che gli Stati membri – cui spetterà la concreta implementazione – siano tenuti a favorire gli «scambi tra pari» a livello decentrato, consentendo anche vendite tra privati *off grid*, e dunque ad esempio attraverso *microgrids* o addirittura mediante le stesse colonnine per la ricarica privata dei veicoli elettrici, connesse a sistemi di accumulo o all'impianto di microgenerazione residenziale.

Quantomeno indirettamente, ciò impone in via preliminare una revisione

---

<sup>27</sup> V. nota 2.

<sup>28</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>29</sup> Ovvero sistemi organizzati dove si realizza l'incontro fra domanda e offerta per la compravendita all'ingrosso dell'energia elettrica. La Borsa elettrica italiana è stata affidata (per opera del d.lgs. n. 79/1999) al *GME* (Gestore dei Mercati Energetici).

<sup>30</sup> Cfr. il Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla: «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul mercato interno dell'energia elettrica (rifusione)»; [COM(2016) 861 final – 2016-379-COD, «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE»; COM(2016) 862 final – 2016-377-COD, «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (rifusione)»; COM(2016) 863 final – 2016-378-COD, «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (rifusione)» COM(2016) 864 final – 2016-380-COD].

<sup>31</sup> *Ivi*, punto 1.6.

<sup>32</sup> *Ivi*, punto 3.13, ove si afferma più nel dettaglio che «Grazie alla digitalizzazione, i dati di consumo e di produzione possono essere registrati elettronicamente in modo molto dettagliato, fino alle unità più piccole (vale a dire i singoli chilowatt). La registrazione di profili di consumo specifici e individuali mediante contatori intelligenti e, in futuro, attraverso l'Internet degli oggetti, insieme con la molteplicità di partecipanti al processo di produzione, dà, letteralmente, a ogni consumatore la possibilità di diventare il gestore del proprio bilanciamento. I programmi di istruzione e formazione sono importanti per mettere in grado il maggior numero possibile di consumatori di svolgere questo ruolo, eliminando così lo svantaggio strutturale (vale a dire la limitata liquidità del mercato) delle forme decentrate di negoziazione, come le operazioni tra pari (*peer to peer*)».

ed integrazione della normativa nazionale afferente le reti elettriche private, peraltro già da tempo auspicata dall'AGCM<sup>33</sup>, visto che la loro diffusione può determinare adeguati incentivi concorrenziali anche alla gestione delle reti pubbliche<sup>34</sup>. Ma, in una prospettiva più generale, può forse causare anche un ulteriore avanzamento del processo di liberalizzazione del mercato elettrico, in quanto strumento apparentemente idoneo a favorire scambi effettivamente di mercato di energia da fonti rinnovabili, secondo i meccanismi di *scarcity pricing*<sup>35</sup> e gestione attiva della domanda, che riflettano il valore e il costo dell'energia elettrica in base ai segnali del prezzo in tempo reale<sup>36</sup>.

Difatti, già ad una prima analisi, il *Winter Package* appare affetto da una sorta di "bipolarismo", in parte giustificato proprio da quella duplice (e, per certi versi, antitetica) finalità di cui si è già dato conto: alla promozione della liberalizzazione del mercato energetico, volta ad adattare lo stesso alle profonde trasformazioni dovute al progresso tecnologico, si contrappongono le perduranti esigenze di regolazione sottese al c.d. *Energy Trilemma* – e in particolare la necessità di garantire la sicurezza del sistema energetico a livello europeo, la riduzione delle emissioni inquinanti e la tutela dell'accesso al mercato elettrico –, le quali hanno progressivamente accentuato la pervasività dell'intervento pubblico, riducendo simmetricamente i margini entro cui le dinamiche di mercato possono liberamente dispiegarsi.

Da qui deriva allora quel «nuovo interventismo»<sup>37</sup> che traspare ad esempio dall'attuale formulazione dell'art. 5 della direttiva (UE) 2019/944, originariamente volto ad imporre prezzi di fornitura basati esclusivamente sul mercato ma che ha poi finito per introdurre un ampio regime derogatorio<sup>38</sup>, consentendo il permanere dei c.d. prezzi amministrati<sup>39</sup> nei confronti dei clienti civili in condizioni di povertà energetica o vulnerabili.

---

<sup>33</sup> Segnalazione del 26 luglio 2016, AS1288 – Normativa in materia di sistemi di distribuzione chiusi. Tale esigenza è stata recentemente evidenziata anche nel quadro strategico 2019-2021 dell'ARERA con Delibera 18 giugno 2019 242/2019/A.

<sup>34</sup> In particolare, l'Autorità osserva che «gli ostacoli all'esistenza di reti private definiscono una discriminazione a favore del modello dominante di organizzazione del sistema elettrico, basato sulla centralizzazione della generazione di energia elettrica in impianti di grandi dimensioni e sulla trasmissione e distribuzione attraverso reti pubbliche dell'elettricità alle unità di consumo. Tale organizzazione riflette per lo più le scelte tecnologiche compiute nel passato e non favorisce l'evoluzione delle reti verso nuovi modelli di organizzazione del sistema elettrico, che possano utilmente contribuire al raggiungimento degli obiettivi generali di convenienza dell'energia per gli utenti, innovazione, sicurezza e sostenibilità finanziaria del sistema elettrico nazionale, oltre che di tutela della concorrenza».

<sup>35</sup> Ovvero, prezzi che riflettano la scarsità dell'offerta, come indicato dal regolamento (UE) 2019/943 ai Considerando 23-24 e all'art. 20, par. 3, lett. c).

<sup>36</sup> Tra i vari richiami contenuti nel *Winter Package*, si segnala in particolare il Considerando 37 della direttiva (UE) 2019/944.

<sup>37</sup> Riprendendo l'espressione di L. AMMANNATI, *La riforma del mercato elettrico inglese: dalla liberalizzazione ad un nuovo interventismo? il punto dopo la pubblicazione del "white paper for secure, affordable and low carbon electricity"*, in A. MAESTRONI-M. DE FOCATIIS (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 147-164.

<sup>38</sup> Chiaramente evincibile dai paragrafi 3 ss. dell'art. 5 come definitivamente approvato.

<sup>39</sup> Per un approfondimento in materia, si rinvia a M. PASSALACQUA, *Le tariffe dei servizi pubblici tra price cap e bisogni sociali*, in E. BANI (a cura di), *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato. Atti e contributi del Seminario di studi tenutosi a Pisa il 27 novembre 2008 – Liber amicorum per Mauro Giusti*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 19-54.

### 3. L'innovazione tecnologica come fonte di regolazione

Ciò posto, si può forse leggere sotto una diversa prospettiva anche l'impatto del progresso tecnologico sul mercato energetico, e dunque il suo rapporto rispetto alla regolazione. In altre parole, stante la riconosciuta capacità di innovare il sistema sotto il duplice fronte delle politiche energetiche e di quelle per il clima, tanto da imporre un nuovo e massiccio intervento normativo, la questione da porsi sembra la seguente: l'innovazione tecnologica, tradizionale oggetto o tutt'al più strumento di regolazione, può, nel contesto attuale, ergersi essa stessa a soggetto di conformazione del mercato?

Per rispondere a tale domanda, è anzitutto necessario chiarire il concetto di innovazione. Nella teoria economica, il termine è stato introdotto nel 1939 da Schumpeter<sup>40</sup>, che l'ha definito come «l'imposizione di un cambiamento tecnico o organizzativo anche per via della sua invenzione». Da tale definizione sembrano allora potersi distinguere due diversi gradi di innovazione: «incrementale», che porta ad un avanzamento del processo di cambiamento, e «radicale», che origina una vera e propria rottura con l'esistente.

Ebbene, i pur copiosi richiami all'innovazione contenuti in tutti gli atti legislativi che compongono il *Winter Package* sembrano far riferimento solo alla prima accezione. Il progresso tecnologico è sì in grado di incidere sull'assetto del mercato, favorendo una maggior partecipazione dei consumatori e incentivando la decarbonizzazione, ma rimane comunque strumento (e, quindi, anche oggetto) di regolazione. Le stesse tecnologie sono percepite quali semplici sviluppi in termini di digitalizzazione, tutto sommato inidonee ad innovare radicalmente la regolazione del mercato energetico.

Richiamando una recente ricostruzione dottrinale<sup>41</sup>, il rapporto tra innovazione tecnologica e regolazione che emerge dal *Winter Package* appare allora aderire ad un approccio ancora coerentista<sup>42</sup> o tutt'al più normativo-strumentalista<sup>43</sup>, mentre non risulta mai trasparire l'idea che lo sviluppo tecnologico possa a sua volta sostituire la regolazione tradizionale, facendo venir meno la necessità dell'intervento pubblico.

---

<sup>40</sup> J.A. SCHUMPETER, *Business Cycle: A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process*, McGraw-Hill, New York, 1939.

<sup>41</sup> R. BROWNSWORD, *Law Disrupted, Law Re-Imagined, Law Re-Invented*, in *Technology and Regulation*, 2019, pp. 10-30.

<sup>42</sup> Secondo l'A., «Coherentism is defined by four characteristics. First, what matters above all is the integrity and internal consistency of legal doctrine. This is viewed as desirable in and of itself. Secondly, coherentists are not concerned with the fitness of the law for its regulatory purpose. Thirdly, coherentists approach new technologies by asking how they fit within existing legal categories (and then try hard to fit them in). Fourthly, coherentists believe that legal reasoning should be anchored to guiding general principles». Pertanto, nel contesto delle tecnologie emergenti la tendenza è quella di percepire le stesse quali mero oggetto di regolazione tradizionale, e dunque di interrogarsi semplicemente su quale sia la disciplina normativa (preesistente) applicabile.

<sup>43</sup> «In contrast with coherentism, regulatory-instrumentalism is defined by the following three features. First, it is not concerned with the internal consistency of legal doctrine. Secondly, it is entirely focused on whether the law is instrumentally effective in serving specified regulatory purposes and policies. Thirdly, regulatory instrumentalism has no reservation about enacting new bespoke laws if this is an effective and efficient response to a question raised by new technologies. Regulatory-instrumentalism is, thus, the natural language of legislators and policymakers». Quindi, chi aderisce a questo approccio – che ben rappresenta il *Winter Package* – ritiene necessaria la modificazione e creazione delle regole per adattarsi alla realtà che muta, considerando le tecnologie come causa di tale cambiamento e strumento di regolazione tradizionale.

Come anticipato, è invece proprio questo che si vuol qui indagare, ovvero, la capacità delle tecnologie, in particolar modo di quelle emergenti, di divenire esse stesse fonte di regolazione degli scambi di energia rinnovabile, considerando nello specifico lo «scambio tra pari» di energia, che concretizza il nuovo potere degli utenti ma che non trova ancora un'adeguata disciplina normativa. A tal fine, si prenderà in esame la tecnologia *Blockchain*, non solo perché è attualmente al centro del dibattito dottrinale a causa della sua apparente capacità di imporsi quale sistema normativo autonomo, ma anche per la sua potenzialità, riconosciutale pure da una recente risoluzione del Parlamento europeo<sup>44</sup> nonché da una delibera dell'ARERA<sup>45</sup>, di innovare significativamente il mercato dell'energia.

#### 4. *Blockchain*: caratteristiche peculiari

La *Blockchain* vede la sua prima teorizzazione in un *paper* di sole nove pagine pubblicato nel 2008 dallo pseudonimo Satoshi Nakamoto, intitolato «*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*»<sup>46</sup>, ma in realtà trova le proprie origini ideologiche nel movimento c.d. «criptoanarchico» liberale che nel 1993 ha dato vita al «Manifesto *Cyberpunk*»<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP)). In particolare, il Parlamento europeo sottolinea che la *Blockchain* (e più in generale la *Distributed Ledger Technology*) «può trasformare e democratizzare i mercati dell'energia, consentendo alle utenze domestiche di produrre energia rispettosa dell'ambiente e di scambiarla tra pari; evidenzia che tali tecnologie offrono scalabilità e flessibilità a operatori di impianti, fornitori e consumatori». La *Blockchain* può inoltre «sostenere la produzione e il consumo di energia verde e potrebbe migliorare l'efficienza degli scambi energetici», essendo anche idonea a «trasformare il funzionamento della rete elettrica e consentire a comunità e singoli di fornire servizi di rete e di integrare le risorse rinnovabili in modo più efficace», così creando «alternative ai programmi di investimenti sulle energie rinnovabili sponsorizzati dallo Stato». Ancora, la stessa «può agevolare le infrastrutture di trasmissione e distribuzione dell'energia e creare un nuovo ecosistema per le transazioni riguardanti i veicoli elettrici», anche perché «migliora le comunicazioni in materia di energia e consente una precisa tracciatura dei certificati relativi all'energia rinnovabile o alle emissioni di carbonio». Infine, «può sostenere l'elettificazione delle comunità rurali indigenti mediante meccanismi alternativi di pagamento e donazione».

<sup>45</sup> In particolare, nel quadro strategico 2019-2021 dell'ARERA già richiamato a nota 33, la stessa si impegna a «definire una regolazione che tenga conto dei nuovi schemi di servizio progressivamente abilitati dalle nuove tecnologie emergenti (*blockchain*, *big data* ecc.) e delle opportunità di sviluppo che la digitalizzazione potrà offrire ai consumatori».

<sup>46</sup> S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, pubblicato il 31 ottobre 2008, consultabile all'indirizzo: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [ultimo accesso: 15 luglio 2019].

<sup>47</sup> Cfr. C. AS. KIRTCHEV, *A Cyberpunk Manifesto*, disponibile all'indirizzo: [http://project.cyberpunk.ru/idb/cyberpunk\\_manifesto.html](http://project.cyberpunk.ru/idb/cyberpunk_manifesto.html) [ultimo accesso: 15 luglio 2019]. Per una dettagliata ricostruzione storica del funzionamento della tecnologia *Blockchain* e delle idee che ne hanno dato origine, si fa rinvio a F.I. SARZANA-M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, Intelligenza Artificiale e IoT*, Ipsoa, Assago, 2018, p. 9 ss. In particolare, come rilevano gli autori a p. 11, «Il movimento *cyberpunk* aveva quale principale scopo quello di contrastare le possibili restrizioni delle libertà e del diritto alla *privacy*, derivanti dalla sempre più pervasiva diffusione delle tecnologie informatiche, le quali avrebbero consentito ai governi ed alle grandi società di monitorare e controllare le informazioni sugli individui potendo inferire i loro stili di vita dall'associazione dei dati raccolti nelle transazioni di consumo. Lo strumento principale di contrasto a tale pericolo era stato individuato in una moneta elettronica anonima ed altri strumenti di pagamento non tracciabili, il tutto utilizzando tecnologie crittografiche su larga scala, che avrebbero anche permesso di realizzare sistemi di messaggistica sicuri, contratti digitali e sistemi di identità digitale rispettosi della *privacy*».

L'idea sottesa alla *Blockchain*, che in via di prima approssimazione altro non è che un registro pubblico distribuito di cui tutti i nodi della rete possiedono una copia, è infatti quella di assicurare l'anonimato delle transazioni e forme di pagamento *trustless* all'interno delle reti telematiche, con il fine di svincolarsi – attraverso l'innovativa combinazione di tecnologie informatiche già esistenti, quali la crittografia, la *proof of work*<sup>48</sup> e le funzioni di *hash*<sup>49</sup> – dal controllo e dalla regolazione da parte delle autorità centralizzate<sup>50</sup>. Il suo presupposto è pertanto l'eliminazione del c.d. *middleman*, ovvero della necessità di intermediazione, a maggior ragione di quella pubblicistica o para-pubblicistica<sup>51</sup>, sebbene la medesima tecnologia in esame abbia in realtà dato vita alla nascita di nuovi intermediari, quali i prestatori di servizi di cambio tra valute virtuali e valute legali e i prestatori di servizi di portafoglio digitale, in un primo momento operanti in una sorta di "area grigia" della regolazione<sup>52</sup>. Inoltre, nella forma pubblica<sup>53</sup> rischia addirittura di sostituire la fiducia nelle istituzioni con quella negli sviluppatori di software<sup>54</sup>, i quali sono spesso ignoti pseudonimi come del resto è tuttora lo stesso creatore iniziale della *Blockchain*.

Ad ogni buon conto, la *Blockchain* è la tecnologia sottesa alla famosa criptovaluta *Bitcoin*: essa costituisce infatti un registro pubblico distribuito e condiviso<sup>55</sup>, che contiene in modo irreversibile e incorruttibile tutte le singole transazioni, avvenute in ogni singola parte del mondo, della prima e più conosciuta valuta virtuale<sup>56</sup>, la quale concorre con la moneta elettronica e avente corso

---

<sup>48</sup> Il concetto di *proof of work*, letteralmente "prova di lavoro", sottintende l'obiettivo di rendere difficoltosa la modifica o la cancellazione delle informazioni. Nel caso della *Blockchain*, la *proof of work* utilizzata è il sistema *Hashcash*, volto a limitare *email spamming* e attacchi di *denial of service*. Una delle critiche più di sovente avanzate nei confronti della *Blockchain* è quella per cui tale *Proof of Work* consuma troppa energia. Pertanto, si stanno sviluppando meccanismi di consenso volti a superare questo problema, quali ad esempio la c.d. *Proof of Stake* e la *Proof of Authority*: il rischio è però che la *Blockchain* venga così privata dei propri caratteri essenziali, finendo per diventare un semplice registro condiviso più che distribuito.

<sup>49</sup> Si tratta di un algoritmo matematico che mappa dati di lunghezza arbitraria (messaggio) in una stringa binaria di dimensione fissa chiamata valore di *hash*, spesso indicata anche con il termine inglese *digest*. Esso consente di ridurre un insieme di *bit* in una stringa alfanumerica, univocamente riconducibile al contenuto originario, fornendo una sorta di "impronta digitale".

<sup>50</sup> Sul rapporto tra poteri di regolazione e di controllo delle autorità indipendenti, v. in particolare M. PASSALACQUA, *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Concorrenza e Mercato*, vol. XXIV, 2017, pp. 173-194 e in particolare p. 185 ss.

<sup>51</sup> Sul punto, v. M. BELLEZZA, *Blockchain*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *FinTech: Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 217-228; F. ANNUNZIATA, *Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: le prime posizioni dell'ESMA*, *ivi*, pp. 229-238; R. HERIAN, *Regulating Blockchain: Critical Perspectives in Law and Technology*, Routledge, New York, 2019.

<sup>52</sup> Vuoto normativo recentemente colmato con la quinta direttiva antiriciclaggio, ovvero la direttiva (UE) 843/2018.

<sup>53</sup> Nel senso di *Blockchain* "permissionless", come la *Blockchain* che consente lo scambio di *Bitcoin*.

<sup>54</sup> Come ben sottolineato da A. WALCH, *In Code(rs) We Trust: Software Developers ad Fiduciaries in Public Blockchains*, in G. DIMITROPOULOUS-S. EICH-P. HACKER-I. LIANOS (a cura di), *The Blockchain Revolution: Legal and Policy Challenges*, Oxford University Press, Oxford, in corso di stampa e attualmente disponibile su SSRN al link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3203198](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3203198) [ultimo accesso: 15 luglio 2019].

<sup>55</sup> Chiamato anche "libro mastro", in quanto racchiude le "scritture contabili" corrispondenti ad ogni singola operazione in *Bitcoin* compiuta a livello globale.

<sup>56</sup> A far seguito dalla creazione del *Bitcoin* sono infatti sorte almeno 1.500 criptovalute, di cui 600 vengono tuttora scambiate. Si tratta di numeri molto elevati, considerando che le valute ufficiali sono appena 164.

legale secondo il modello di denazionalizzazione della moneta teorizzato da Friedrich Von Hajek<sup>57</sup>. In realtà la natura giuridica del *Bitcoin* è tuttora oggetto di dibattito, essendo ancora attuale la difficoltà di offrirne un omogeneo inquadramento dogmatico<sup>58</sup> prima ancora che normativo<sup>59</sup>.

*Blockchain* letteralmente significa “catena di blocchi”, che vengono collegati tra loro per formare una “catena” sequenziale, marcata temporalmente. Ogni blocco, costituente le unità fondamentali, contiene delle informazioni facenti riferimento ad un numero determinato di transazioni. Rappresenta dunque una sorta di archivio, da cui è possibile ricostruire “di blocco in blocco” ogni singola transazione che ha interessato un determinato flusso di valore, in modo per certi versi analogo a ciò che avviene nel diritto civile con l’istituto della trascrizione. Una volta inserite nel registro, le transazioni diventano sostanzialmente immutabili, potendo venir modificate solo con l’approvazione della maggioranza dei nodi della rete, essendo condivise tra tutti i *peer*. Infatti, al fine di validare una transazione e dunque di aggiungere un blocco alla *Blockchain* viene utilizzato un meccanismo di consenso specifico<sup>60</sup>, distribuito su tutti i nodi della rete, che sostituisce il classico concetto di “fiducia” caratterizzante il rapporto con le istituzioni e più in generale tra gli utenti<sup>61</sup>.

È dunque un sistema basato sulla disintermediazione, vista non solo quale forma di democratizzazione ma anche di efficientamento dei mercati, in quanto all’eliminazione della figura dell’intermediario si associa l’abbattimento dei costi di transazione e l’implementazione della rapidità degli scambi. Caratteristica essenziale è pertanto la decentralizzazione delle funzioni amministrative e di supervisione, le quali vengono affidate agli utenti stessi, che monitorano ed autorizzano ogni singolo scambio, elaborando autonomamente le opera-

---

<sup>57</sup> F. VON HAJEK, *La denazionalizzazione della moneta*, 1976, recentemente ristampato in italiano da Rubettino editore, Soveria Mannelli, 2018, che fa riferimento al concetto di liberalizzazione dell’emissione di valuta in favore di diverse monete tra loro in competizione.

<sup>58</sup> La dottrina è più volte intervenuta ad evidenziare i rischi e la controversa natura giuridica del *Bitcoin*: si segnala in particolare A. URBANI, *La disciplina antiriciclaggio alla prova del processo di digitalizzazione dei pagamenti*, in *Riv. dir. bancario*, vol. I, fasc. 5, 2018, pp. 1-15; G. LEMME, S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso Bitcoin*, in *Riv. trim. dir. economia*, fasc. 4, suppl. 1, 2016, pp. 148-202; M. MANCINI, *Valute virtuali e Bitcoin*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, fasc. 1, 2015, pp. 117-138; R. SCALCIONE, *Gli interventi delle autorità di vigilanza in materia di schemi di monete virtuali*, *ivi*, pp. 139-174.

<sup>59</sup> Per un approfondimento sul punto, v. in particolare S. SHCHERBAK, *How Should Bitcoin Be Regulated?*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. XLI, fasc. 7, 2014, pp. 45-91. Cfr. anche P. HACKER-I. LIANOS-G. DIMITROPOULOS-S. EICH, *Regulating Blockchain: Techno-Social and Legal Challenges – An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2019, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3247150> [ultimo accesso: 15 luglio 2019].

<sup>60</sup> Nella forma dell’*Hashcash*, ovvero di una *proof of work* funzionale sia alla creazione del consenso al fine della validazione delle transazioni sia come strumento che mira a incentivare i partecipanti a mettere a disposizione risorse computazionali per risolvere i pericoli di attacco cibernetico alla rete *Blockchain*.

<sup>61</sup> Infatti le transazioni vengono garantite da sistemi di crittografia a chiave asimmetrica. Per un approfondimento, si rinvia a K. YEUNG, *Blockchain, Transactional Security and the Promise of Automated Law Enforcement: The Withering of Freedom Under Law?*, in P. OTTO-E. GRAFFE, (a cura di), *3TH1CS – The reinvention of ethics in the digital age?*, iRights.Media, Berlino, 2017, p. 132 ss., la quale si oppone alla tesi per cui la *Blockchain* darebbe vita ad una “*new era of trust*”, sostenuta, tra gli altri, da C. BERG-S. DAVIDSON-J. POTTS, *Blockchain industrialise trust*, 2017, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3074070> [ultimo accesso: 15 luglio 2019]. Sul tema si veda anche il contributo di H. EENMAA-DIMITRIEVA-M.J. SCHMIDT-KESSEN, *Regulation through code as a safeguard for implementing smart contracts in no-trust environments*, in *EUI Working Paper*, fasc. 13, 2017; K. WERBACH, *The Blockchain and the New Architecture of Trust*, The MIT Press, Cambridge, 2018; *Id.*, *Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. XXXIII, fasc. 2, 2018, pp. 487-550.

zioni attraverso un meccanismo di consenso diffuso, dando vita ad una sorta di «controllo senza governo»<sup>62</sup>.

Il consenso distribuito riguarda sia la fase di emissione del *Bitcoin* sia la validazione delle transazioni, secondo un modello relazionale che non è più triangolare bensì orizzontale, *peer to peer*<sup>63</sup>. Si tratta di un sistema a rete, ove ogni *computer* (e quindi ogni soggetto proprietario dello stesso) diventa un nodo, seguendo un meccanismo che replica il funzionamento di *Internet*: in fondo, il protocollo *peer to peer* è lo stesso posto alla base della condivisione di un semplice *file*<sup>64</sup>.

Più nello specifico, la potenza computazionale dei *pc* facenti parte della rete viene utilizzata per risolvere dei complessi algoritmi e problemi matematici: ai c.d. *miners*<sup>65</sup>, ovvero ai validatori delle transazioni, viene fornito un incentivo per la risoluzione di tale calcolo, consistente nell'emissione di nuovi *Bitcoin* a favore del *computer* (o, più verosimilmente, del *pool* di *miners*)<sup>66</sup> che per primo riesce a risolvere il problema matematico. Altri nodi della rete verificano inoltre che la soluzione offerta non corrisponda ad una precedente transazione già avvenuta all'interno della catena di blocchi, per evitare il problema del c.d. *double spending*<sup>67</sup>. Ogni operazione viene validata attraverso un sistema a firma elettronica con crittografia asimmetrica, creato mediante una specifica funzione di *hash* utilizzata per racchiudere tutte le transazioni contenute in un blocco e sintetizzarle in una stringa di dati, unica e immutabile, che permette ai validatori di verificare l'effettiva proprietà e disponibilità della somma di *Bitcoin* che si intende scambiare con un altro soggetto della piattaforma. Inoltre, una copia della *Blockchain* viene detenuta da ogni *computer* che decida di scaricare il programma *open source* ad essa associato ed è dunque conservata, in maniera immutabile e difficilmente "hackerabile", da tutti i nodi della rete.

---

<sup>62</sup> Riprendendo l'espressione «*control without government*» utilizzata da L. LESSIG, *Code And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, New York, 2006, p. 2 per descrivere la nascita del *cyber-spazio* e del movimento cripto-anarchico. Significativa è la descrizione che fa l'A. dell'idea sottesa alla nascita di *Internet*, in quanto valida anche nel presente contesto: «*people could communicate and associate in ways that they had never done before. The space seemed to promise a kind of society that real space would never allow – freedom without anarchy, control without government, consensus without power. In the words of a manifesto that defined this ideal: "We reject: kings, presidents and voting. We believe in: rough consensus and running code"*».

<sup>63</sup> Letteralmente, da nodo a nodo.

<sup>64</sup> Si pensi ai siti di condivisione di *file*, video e audio, notoriamente diffusi già da diversi anni, quali ad esempio *Emule*, *Napster* e *Torrent*.

<sup>65</sup> L'immagine intende rievocare la scarsità del *Bitcoin*, associandolo all'oro: infatti, come l'oro, il *Bitcoin* è destinato all'esaurimento, in base a dei calcoli matematici già definiti, per cui quando verrà "minato" il *Bitcoin* corrispondente al ventunmilionesimo, non ne verranno più emessi e potranno circolare nel mercato solo quelli già esistenti. Questo fa sì che, tra le altre cose, il *Bitcoin* sia considerato una moneta deflattiva.

<sup>66</sup> Ad oggi, le transazioni vengono validate prevalentemente da *pool* di *miners* siti in quelle regioni del mondo ove l'elettricità costa meno, come Cina e Venezuela. La *proof of work* utilizzata dalla *Blockchain* del *Bitcoin* comporta un elevato dispendio di energia, che è peraltro destinato ad aumentare, visto che con l'avanzare del tempo i calcoli matematici da risolvere divengono sempre più complessi e, di conseguenza, la potenza computazionale richiesta è più elevata. Pertanto, nonostante il decantato egualitarismo delle reti *peer to peer* si tratta di un sistema oligarchico.

<sup>67</sup> Ovvero, per evitare che un soggetto possa utilizzare più volte le stesse risorse, problema tipico di qualsiasi sistema di pagamento e che tradizionalmente viene risolto a livello centralizzato, attraverso l'intermediazione. Nel sistema decentralizzato e distribuito che qui si descrive, la soluzione viene offerta dalla matematica e dall'informatica, sostituendo la fiducia negli intermediari con la crittografia.

Pertanto, la prima caratteristica fondamentale che connota la piattaforma *Blockchain* è la trasparenza delle transazioni che avvengono in essa. Infatti, come la precedente descrizione dovrebbe permettere di intuire, la *Blockchain* opera una virtuosa associazione tra pseudo-anonimato dei partecipanti alla rete e trasparenza delle transazioni.

Un'altra caratteristica, per certi versi conseguente, è quella rappresentata dall'elevata affidabilità e sostanziale immutabilità<sup>68</sup> dei dati in essa contenuti, i quali, in quanto creati o comunque inseriti all'interno di una rete distribuita, diventano difficilmente alterabili e corrompibili. Ciò risulta possibile coniugando i valori della trasparenza<sup>69</sup> e del consenso distribuito al meccanismo poc'anzi brevemente esposto: se è vero che ogni nodo della rete può esercitare una forma di controllo sulle informazioni conservate e scambiate all'interno della piattaforma, è anche vero che nessuno è in grado di modificare o corrompere autonomamente la rete, per cui eventuali *cyber*-attacchi posti in essere avverso uno dei blocchi della catena non saranno mai<sup>70</sup> effettivamente in grado di incidere sulla piena operatività degli altri blocchi della stessa. Da ciò discende a sua volta la garanzia della *cyber*-sicurezza, difatti a livello internazionale è ultimamente in corso un dibattito proprio in merito alle potenzialità offerte dalla *Blockchain* in tal senso<sup>71</sup>.

Tutte queste caratteristiche hanno determinato il successo della *Blockchain*, sovente decantata quale "nuova rivoluzione"<sup>72</sup>, al pari di quella avvenuta con *Internet*<sup>73</sup>, e addirittura definita come «un progresso della società tanto fondamentale quanto la *Magna Charta* o la Stele di Rosetta»<sup>74</sup>. Al contempo, si è avvertita la necessità di adattare la *Blockchain* ai più svariati contesti applicativi, anche al fine di consentire per mezzo di essa lo scambio di valori diversi dalle criptovalute.

## 5. *Smart Contracts* e «diritto dei privati»

Sulla base del modello originario sono quindi state create nuove *Distributed Ledger Technologies (DLT)*, la più famosa delle quali è rappresentata da *Ethereum*<sup>75</sup>. In massima sintesi, si tratta di una piattaforma sviluppata per fa-

---

<sup>68</sup> La modifica è astrattamente possibile, ma in concreto estremamente difficile: in massima sintesi, è necessaria la riproposizione e la ri-autorizzazione delle stesse transazioni.

<sup>69</sup> Si ricordi infatti che si fa riferimento ai concetti di registro pubblico e di *software open source* e che tutte le transazioni racchiuse nel registro sono visibili da chiunque, seppur in forma pseudo-anonima e crittografata.

<sup>70</sup> O almeno secondo l'attuale stato dell'arte.

<sup>71</sup> Cfr. M. BELLEZZA, *Blockchain*, cit., p. 223.

<sup>72</sup> Cfr. D. TAPSCOTT-A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution: How the technology behind bitcoin is changing money, business, and the world*, Portfolio/Penguin, New York, 2016.

<sup>73</sup> Secondo gli Autori infatti (ma la posizione è sostenuta da più parti) «*Blockchain represents the second era of the internet*». In particolare, viene considerata una sorta di «*Internet of Value*»: se *Internet* fornisce un protocollo per lo scambio di informazioni, la *Blockchain* permette il commercio di valori.

<sup>74</sup> M. SWAN, *Blockchain: Blueprint for a New Economy*, O'Reilly, California, 2015, p. VIII.

<sup>75</sup> Come dichiarato sul proprio sito ufficiale, *Ethereum* «consente agli sviluppatori di creare *Marketplace*, archiviare registri, spostare fondi secondo precise istruzioni (come nel caso di un testamento o contratti *futures*) e molte altre cose che non sono ancora state inventate, tutte senza intermediari».

vorire un utilizzo esteso della tecnologia *Blockchain*, che non si limita alle mere registrazioni finanziarie di criptovalute<sup>76</sup> bensì permette l'uso di applicazioni decentralizzate (*DApps*)<sup>77</sup> e di eseguire *software*.

In particolare, l'elaborazione e l'automatica esecuzione di rapporti di scambio avvengono attraverso i c.d. *smart contracts*<sup>78</sup>, ovvero protocolli per computer che elaborano autonomamente le istruzioni programmate secondo regole di condizionalità (*if this, then that*).

Va precisato che, nonostante il nome attribuito e sebbene anche il nostro ordinamento inizi a riconoscere allo *smart contract* natura contrattuale, i "contratti intelligenti" non costituiscono necessariamente contratti in senso tecnico<sup>79</sup>, rappresentando semmai uno strumento per la negoziazione o l'adempimento automatico di accordi digitalmente espressi<sup>80</sup>, potendo costituire anche contratti in senso giuridico laddove ne ricorrano le condizioni. Ad ogni modo, raggiunto il consenso distribuito tra i nodi della rete, la stessa *DLT* diventa "garante del contratto" ed esegue le condizioni predefinite nello *smart contract*, che viene salvato permanentemente ed immutabilmente all'interno della *Blockchain*, così diventando indipendente dal susseguente volere delle parti.

Il contratto intelligente sembra allora costituire la più attuale concretizzazione dello «scambio senza accordo»<sup>81</sup>, secondo una teoria formulata sul finire degli anni Novanta: ovvero, la viva manifestazione di un mercato che tende sempre più alla mera coincidenza di atti unilaterali, prescindendo dal dialogo tra le parti. Pare dunque rivelare la netta scissione del *contractus* dal *consensus*, potendo al massimo definirsi quale contratto "non consensuale".

Tuttavia, pur dovendo necessariamente rinviare ad altre sedi (e in particolare alla dottrina civilistica) per un approfondimento di tale dibattito, che tenga conto delle specificità sottese agli *smart contracts*, sembrano in realtà ancora attuali le critiche mosse già a suo tempo nei confronti di tale teoria<sup>82</sup>. Infatti, al

---

<sup>76</sup> Infatti, la criptovaluta di *Ethereum*, c.d. *Ether*, ha un doppio ruolo: rappresenta la potenza elaborativa necessaria per produrre i contratti e la remunerazione per la realizzazione degli stessi.

<sup>77</sup> Le *DApps* sono applicazioni *open source* e decentralizzate che possono operare in modo autonomo e senza intervento umano. Esse fanno uso di criptovalute o *token*, vengono eseguite in una rete di *computer* e memorizzano gli *output* nei registri pubblici.

<sup>78</sup> Il concetto di *smart contract* è stato introdotto per la prima volta nel 1996 Nick Szabo. Tuttavia, fino allo sviluppo della tecnologia *Blockchain* non ha visto un'effettiva applicazione.

<sup>79</sup> R. PARDOLESI-A. DAVOLA, «*Smart contract*»: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, Cedam, Padova, 2019, p. 297 ss.

<sup>80</sup> Secondo la definizione offerta da P. CUCCURU, "*Blockchain*" ed automazione contrattuale. *Riflessioni sugli "smart contract"*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, fasc. 1, 2017, pp. 107-119. In dottrina, v. anche M. GIANCASPRO, *Is a "smart contract" really a smart idea? Insights from a legal perspective*, in *Computer Law & Security Review*, fasc. 22, 2017, p. 825 ss.; L. PAROLA-P. MERATI-G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *I Contratti*, fasc. 6, 2018, pp. 681-688; S. CAPACCIOLI, "*Smart contracts*": *traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, in *Cyberspazio e diritto*, fasc. 1-2, 2016, pp. 25-45; K. KÜNNAPAS, *From Bitcoin to Smart Contracts: Legal Revolution or Evolution from the Perspective of de lege ferenda?*, in T. KERIKMAE-A. RULL (a cura di), *The Future of Law and eTechnologies*, Springer, New York, 2016, pp. 111-132; M. KÖLVART-M. POOLA-A. RULL, *Smart Contracts*, *ivi*, pp. 133-148; J. GOLDENFEIN-A. LEITER, *Legal Engineering on the Blockchain: 'Smart Contracts' as Legal Conduct. Law and Critique*, vol. XXIX, fasc. 2, 2018, pp. 141-149.

<sup>81</sup> N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 12, 1998, p. 347 ss.

<sup>82</sup> V. in particolare G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, vol. XLIV, fasc. 1, 1998, p. 525 ss.; C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita notarile*, fasc. 2, 2001, p. 1120 ss.; A. BORTOLUZZI, *Umanizzazione del contratto?*, *ivi*, fasc. 1, 1999, p. 1618 ss.

codice informatico viene semmai deferita l'esecuzione del contratto, mentre l'autonomia negoziale si manifesta ancor prima nella definizione delle condizioni che costituiscono l'accordo, imposte dall'uomo ed eseguite dalla macchina. Inoltre, proprio perché cristallizzate nella *Blockchain*, tali condizioni, quando anche non definite dalle parti, sono previamente conoscibili, così come non può escludersi in assoluto che «un qualche dialogo (...) può esservi anche negli scambi che consideriamo»<sup>83</sup>. In tal senso vale forse semmai l'opposto: essi possono garantire una nuova forma di “controllo” degli scambi da parte del privato, un potere di scelta ed autonomia che gli strumenti contrattuali attualmente disponibili non consentono. Pertanto, più in generale, permettendo la dis-intermediazione di tali scambi, gli *smart contracts* possono consentire (quantomeno astrattamente) una maggiore autonomia, un più effettivo potere di scelta.

Ad ogni modo, una volta combinati tra loro, gli *smart contracts* possono formare un sistema interconnesso di relazioni «*technically enforced*»<sup>84</sup>, le quali definiscono collettivamente le regole di un'organizzazione, consentendo ai singoli individui di porre in essere transazioni su una base *peer to peer*, senza la necessità di intermediari. Gli *smart contracts* sembrano allora semmai rappresentare la più attuale concretizzazione del «diritto dei privati» descritto da Cesarini Sforza<sup>85</sup>, in quanto «non emana dallo Stato, né immediatamente né mediatamente»<sup>86</sup>.

## 6. Una nuova Istituzione?

Proprio alla luce di queste caratteristiche, la dottrina ad oggi prevalente tende ad associare la *Blockchain* (e più in generale le *DLT*) al concetto di *Rule of Code*<sup>87</sup>, ovvero di regolazione per mezzo di algoritmi informatici, che si scontra necessariamente con la *Rule of Law*<sup>88</sup> in una «emergente battaglia per la supremazia»<sup>89</sup>. Infatti, se la *Blockchain* “originaria”, nata sotto lo spettro dell'utopia libertaria, viene percepita con scetticismo per via del suo legame con il *Bitcoin*, analogamente le *DLT* più evolute quali *Ethereum* vengono con-

---

<sup>83</sup> G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 527.

<sup>84</sup> P. DE FILIPPI-A. WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, p. 136.

<sup>85</sup> W.C. SFORZA, *Il diritto dei privati* (a cura di Michele Spanò), Quodlibet, Macerata, 2018 (prima edizione: 1929).

<sup>86</sup> *Ivi*, p. 14. Più nello specifico, secondo l'A., «Per diritto dei privati bisogna quindi intendere (ma sempre come definizione preliminare, e provvisoria perché puramente negativa) quel diritto che attualmente non emana né dallo Stato – pur sorgendo entro lo stesso ambito sociale che lo Stato delimita – né dagli enti di carattere territoriale che dello Stato sono organi, e neanche da quell'ente che è uno Stato prevalentemente spirituale, cioè la Chiesa (...). Occorre appena avvertire, poi, che la espressione “diritto dei privati” non coincide con la espressione «diritto privato»: quest'ultima denota un complesso di *volontà statuali* miranti a regolare rapporti tra persone private, il diritto dei privati, invece, pur regolando rapporti tra persone private (e, qualche volta, quegli stessi rapporti che sono già regolati dal diritto privato e anche pubblico), *non emana dallo Stato*, né immediatamente né mediatamente».

<sup>87</sup> Cfr. in particolare P. DE FILIPPI-A. WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, cit.

<sup>88</sup> E quindi con l'ordinamento giuridico nel suo complesso.

<sup>89</sup> K. YEUNG, *Regulation by Blockchain: The Emerging Battle for Supremacy between the Code of Law and Code as Law*, in *Modern Law Review*, fasc. 2, 2019, p. 207 ss.

cepite quali sistemi volti a elaborare una modalità di regolamentazione privata “autosufficiente”, sottratta al controllo e alla tutela giuridica, in quanto gestita esclusivamente da macchine e algoritmi.

Non a caso, i più recenti approdi dell’economia neo-istituzionale<sup>90</sup> vedono nella *Blockchain* un nuovo tipo di istituzione, una «Organizzazione Collaborativa Decentralizzata»<sup>91</sup> che compete con le istituzioni economiche del capitalismo. Essa rappresenterebbe dunque un complesso ecosistema, costituito da agenti autonomi che interagiscono tra loro secondo una serie di regole *self-enforcing* e che fanno affidamento sulla tecnologia *Blockchain* e sui contratti intelligenti quale fonte primaria di *governance*.

Senza poter qui analizzare nello specifico gli approdi della cripto-economia istituzionale, la *Blockchain* viene dunque definita quale tecnologia di decentrazione, rappresentando un’organizzazione spontanea diversa dal Mercato ma avente tuttavia proprietà tipiche del Mercato stesso; al contempo, il suo ruolo è quello di favorire le transazioni, e non i meri scambi, in modo più efficiente rispetto alle gerarchie (essendo gli *smart contracts self-executable*) e ai tradizionali contratti, che richiedono l’esistenza di fiducia tra le parti<sup>92</sup>.

A tal proposito, si è già avuto modo di evidenziare come l’idea sottesa alla creazione della *Blockchain* sia quella di dar vita ad un sistema cui poter confidare senza necessariamente fidarsi dei suoi componenti, sostituendo il concetto di “fiducia” con l’affidamento nei modelli matematici ed informatici che ne permettono il funzionamento. Si avvalorano le transazioni così come cristallizzate in maniera immodificabile nel registro distribuito, con soggetti di cui si ignora l’identità, perciò rinunciando alle garanzie offerte da un’autorità centrale. Tuttavia, questo non significa che la *Blockchain* sia completamente «*trustless*», come spesso si suole affermare<sup>93</sup>: se ciò può essere vero sotto un profilo sociologico, da un punto di vista economico essa dà anzi vita ad una nuova forma di fiducia, definita come «*trustless trust*»<sup>94</sup>, in quanto rappresenta essa stessa una sorta di «*trust machine*»<sup>95</sup>, formando comunità ed organizzazioni laddove altrimenti non sarebbero esistite.

---

<sup>90</sup> Per un maggiore approfondimento, si rinvia a S. DAVIDSON-P. DE FILIPPI-J. POTTS, *The new institutional economics of distributed ledger technology*, 2017, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2811995> [ultimo accesso: 15 luglio 2019]; C. BERG-S. DAVIDSON, J. POTTS, *Blockchain industrialise trust*, cit.; J. POTTS-S. DAVIDSON, *Social costs and the institutions of innovation policy*, in *Economic Affairs*, vol. III, fasc. 36, 2016, pp. 282-293; J. POTTS, *Innovation policy in a global economy*, in *Journal of Entrepreneurship and Public Policy*, vol. III, fasc. 5, 2016, pp. 308-324; A. THIERER, *Permissionless Innovation*, Mercatus Centre George Mason University, Arlington, 2016.

<sup>91</sup> S. DAVIDSON-P. DE FILIPPI-J. POTTS, *Blockchains and the economics institutions of capitalism*, in *Journal of Institutional Economics*, vol. XIV, fasc. 4, 2018, pp. 639-658.

<sup>92</sup> Cfr. in particolare T.J. MACDONALD-D. ALLEN-J. POTTS, *Blockchains and the Boundaries of Self-Organized Economies: Predictions for the Future of Banking*, in P. TASCIA-T. ASTE-L. PELIZZON-N. PERONY (a cura di), *Banking Beyonds Banks and Money. A Guide to Banking Services in the Twenty-First Century*, Springer, Svizzera, 2016, pp. 279-298.

<sup>93</sup> Tra i sostenitori di tale tesi, v. in particolare M. SWAN, *Blockchain: Blueprint for a New Economy*, cit.; T.I. KIVIAT, *Beyond Bitcoin: Issues in Regulating Blockchain Transactions*, in *Duke Law Journal*, vol. LXV, fasc. 3, 2015, pp. 569-608.

<sup>94</sup> K. WERBACH, *The Blockchain and the New Architecture of Trust*, cit., il quale afferma che la *Blockchain* promuove la fiducia nel funzionamento della rete senza che sia necessario un rapporto di fiducia tra i suoi attori. Infatti, secondo l’A., «*On a Blockchain network, nothing is assumed to be trustworthy... except the output of the network itself. This distinctive arrangement defines the landscape for the Blockchain’s interactions with law, regulation, and governance*».

<sup>95</sup> C. BERG-S. DAVIDSON-J. POTTS, *Blockchain industrialise trust*, cit.

In dottrina<sup>96</sup> si è osservato che la legittimità dello Stato di diritto si fonda sulla sua capacità di fornire un'effettiva risposta al problema della cooperazione<sup>97</sup>, per cui sostituire la fiducia nelle Istituzioni con la c.d. *Algorithmic Trust* (o *trustless trust* che dir si voglia) rischia di inficiare anche il funzionamento della *Rule of Law*: pure da qui deriva dunque la necessaria antitesi tra i due sistemi normativi.

Ciò posto, la presente analisi della possibile implementazione della tecnologia *Blockchain* nel mercato energetico, e più nello specifico nel contesto del *peer to peer trading*, mira a sostenere due ipotesi. La prima, più evidente, è quella di dimostrare che quanto ritenuto a livello generale dalla dottrina prevalente non trova sempre riscontro nella realtà: infatti, come già anticipato, anche il Parlamento europeo inizia a riconoscere nella *Blockchain* un innovativo strumento di regolazione, in grado di favorire la transizione energetica e «creare fiducia [nelle Istituzioni] attraverso la disintermediazione»<sup>98</sup>. Pertanto, se ben configurata, la *Blockchain* è del tutto idonea a superare la logica del conflitto rispetto al modello di *governance* tradizionale, potendo anzi rappresentare un innovativo mezzo di regolazione della transizione energetica: detto altrimenti, il *Code* può essere anche *Tool of Law*, ovvero strumento di intervento pubblico nella società che evolve e si fa sempre più complessa.

In secondo luogo, l'ipotesi – più su richiamata<sup>99</sup> – è quella di indagare se la *Blockchain* possa divenire essa stessa fonte di regolazione degli scambi di energia rinnovabile e, in caso di risposta affermativa, quale impatto abbia sulla regolazione pubblica del mercato energetico.

## 7. *Blockchain* per il *peer to peer trading* di elettricità

Considerate le caratteristiche che connotano la *Blockchain* rispetto alle altre tecnologie, dovrebbero a questo punto risultare evidenti le sue potenzialità nel favorire il *peer to peer trading* di elettricità: essa si contraddistingue infatti

---

<sup>96</sup> V. LEHDONVIRTA, *The Blockchain Paradox: Why Distributed Ledger Technologies May Do Little to Transform the Economy*, 2016, disponibile all'indirizzo: <https://www.oii.ox.ac.uk/blog/the-blockchain-paradox-why-distributed-ledger-technologies-may-do-little-to-transform-the-economy/> [ultimo accesso: 10 luglio 2019] fa riferimento a questo proposito alla teoria dei giochi e in particolare al problema della cooperazione e del c.d. "*prisoner's dilemma*", spiegando come questo venga convenzionalmente risolto attraverso l'affidamento ad una terza parte, come appunto lo Stato e il sistema legale. La *Blockchain* permetterebbe allora di sostituire tali meccanismi con un protocollo tecnico, soppiantando la "fiducia organizzativa" con la c.d. *Algorithmic Trust*.

<sup>97</sup> K. YEUNG, *Blockchain, Transactional Security and the Promise of Automated Law Enforcement: The Withering of Freedom Under Law?*, cit., ove si afferma in particolare che «*The essential purpose of the rule of law is to provide the basic framework for establishing a society in which strangers can cohabit and cooperate, establishing the foundations for social stability through which the state guarantees security of the person, property and transactions. It achieves this by establishing and maintaining a legal system, comprised of a set of institutions that undertake two core functions: first, the making of laws (...) which, in modern democratic legal orders, is largely undertaken by a body of national representatives elected by the people through democratic election and secondly, and the implementation and enforcement of laws (...), which requires the state to establish and maintain an extensive institutional, procedural and professional apparatus*».

<sup>98</sup> V. la risoluzione del Parlamento europeo già richiamata a nota 44.

<sup>99</sup> V. *supra* § 3.

per i bassi costi di transazione, per l'estrema trasparenza e per la natura pressoché *real-time* degli scambi, costituendo peraltro una piattaforma che travalica i confini nazionali. La partecipazione attiva dei consumatori può essere garantita dalla presenza di contratti intelligenti immutabili, trasparenti e a prova di manomissione, scambiati in una piattaforma che registra le transazioni, al contempo fornendo segnali di prezzo e informazioni sui costi energetici per gli utenti.

In definitiva, il registro distribuito permette di incentivare allo stesso tempo il *demand-response* e una gestione intelligente ed efficiente dei consumi energetici, sostenendo la generazione e il consumo di energia locale. Dunque, se unito ai sistemi di *smart-metering* già presenti nel mercato, può consentire ai consumatori di percepire i segnali di prezzo in tempo reale<sup>100</sup> come richiesto dal *Winter Package* e di relazionarsi con i clienti attivi senza necessità di intermediari.

Proprio per tali motivi, sono attualmente numerosi i *case studies* che mirano all'implementazione di piattaforme *Blockchain* allo scopo di permettere ai singoli di generare, vendere e acquistare energia tra pari<sup>101</sup>. Il progetto più famoso in tal senso è il c.d. «*Brooklyn Microgrid*»<sup>102</sup>, ove la *DLT*<sup>103</sup> è stata utilizzata per lo scambio di energia rinnovabile tra vicini, dando vita a una «*microgrid* di comunità» decentralizzata che consente la vendita diretta di energia solare<sup>104</sup>.

In particolare, gli utenti accedono alla *Blockchain* tramite *app* e specificano le proprie preferenze individuali in termini di prezzo sotto forma di disponibilità a pagare o vendere elettricità, così garantendo un'effettiva personalizzazione dell'offerta e un prezzo che riflette la scarsità del bene. La *DLT* permette infatti di visualizzare i prezzi in tempo reale e cristallizza i termini del contratto, registrando in ordine cronologico le transazioni avvenute. Per mezzo di tale sistema gli utenti possono dunque decidere anche da chi acquistare o vendere l'elettricità rinnovabile e basare la propria scelta su criteri diversi dal prezzo, che riflettono i loro valori ambientali o sociali. Già da tali aspetti emerge chiaramente il potenziale in termini di «capacitazione» dell'utente, maggiore non solo rispetto a quanto garantito dall'attuale quadro nor-

---

<sup>100</sup> In particolare, informando i consumatori in merito all'origine e al costo del loro approvvigionamento energetico, rende più trasparenti i costi, incentivando i cambiamenti comportamentali e la gestione attiva della domanda.

<sup>101</sup> Per un approfondimento, v. L. DIESTELMEIER, *Changing power: Shifting the role of electricity consumers with blockchain technology – Policy implications for EU electricity law*, in *Energy Policy*, vol. CXXVIII, 2019, pp. 189-196; V. BRILLIANTOVA-T.W. THURNER, *Blockchain and the future of energy*, in *Technology in Society*, vol. LVII, 2019, pp. 38-45; M. ANDONI-V. ROBU-D. FLYNN-S. ABRAM-D. GEACH-D. JENKINS-P. MCCALLUM-A. PEACOCK, *Blockchain technology in the energy sector: A systematic review of challenges and opportunities*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. C, 2019, pp. 143-174; A. SCHNEIDERS-D. SHIPWORTH, *Energy Cooperatives: A Missing Piece of the Peer-to-Peer Energy Regulation Puzzle?*, disponibile su SSRN al link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3252486](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3252486) [ultimo accesso: 15 luglio 2019].

<sup>102</sup> Per un approfondimento sul punto si rinvia a E. MENGELKAMP-J. GÄRTNER-K. ROCK-S. KESSLER-L. ORSINI-C. WEINHARDTA, *Designing microgrid energy markets: A case study: The Brooklyn Microgrid*, in *Applied Energy*, vol. CCX, 2018, pp. 870-880.

<sup>103</sup> Nello specifico, la piattaforma *Ethereum*.

<sup>104</sup> In particolare, ogni edificio è stato dotato di un impianto fotovoltaico connesso alla rete elettrica *peer-to-peer* decentralizzata. L'energia che non viene usata dagli stessi edifici viene venduta agli edifici vicini, tutti collegati tra loro, con le transazioni gestite e memorizzate utilizzando una piattaforma *Blockchain*.

mativo, ma anche in relazione ad altre tecnologie *ICT* attualmente esistenti, considerando pure quelle emergenti. In particolare, mentre l'*AI* e l'*IoT* si pongono quali «inevitabili e automatizzati intermediari»<sup>105</sup> così sostituendo l'attività umana, al contrario la *Blockchain* permette transazioni dis-intermedie e *peer to peer* (quindi tra pari) tra i soggetti privati, rafforzando – anziché sminuire – la capacità di autodeterminazione del singolo, in quanto lo stesso viene dotato di strumenti cognitivi per operare le proprie scelte e ottenere una personalizzazione delle offerte<sup>106</sup>. In questo contesto allora, il «consumatore iper-connesso»<sup>107</sup> parrebbe svincolarsi da quel problema di «eccesso di intermediazione», totalmente automatica, rilevato da alcuna dottrina<sup>108</sup> con riferimento all'*ICT*. La totale automatizzazione infatti può riguardare semmai l'*AI* e l'*IoT*, potendo concernere solo indirettamente la *DLT*, che nasce proprio con il fine precipuo di consentire una maggiore autonomia al suo utilizzatore. Pertanto, anche il consumatore passivo può diventare protagonista attivo e consapevole della transizione energetica.

È proprio l'integrazione tra *DLT* e altre forme di tecnologie emergenti a promettere le maggiori innovazioni, rendendo possibili scambi che non necessitano nemmeno della rete per la trasmissione dell'elettricità. Si pensi all'esempio del cliente attivo che sia proprietario di un impianto fotovoltaico e di una colonnina per la ricarica privata di veicoli elettrici: lo stesso potrebbe coordinarsi (magari tramite *DApp*) con gli altri consumatori, scambiando elettricità rinnovabile autoprodotta attraverso la colonnina di ricarica e cristallizzando il contratto di fornitura (nella forma di *smart contract*) all'interno della *Blockchain*, così garantendo anche immutabilità, trasparenza e valore probatorio<sup>109</sup> allo stesso. Inoltre, in una prospettiva di reale diffusione delle auto elettriche a guida autonoma, tali contratti di fornitura potrebbero avvenire in maniera del tutto automatica grazie all'integrazione tra *Blockchain*, *AI* e *IoT*, consentendo allo stesso veicolo di rifornire a sua volta altre auto elettriche (c.d. *Vehicle to Vehicle*), le infrastrutture (c.d. *Vehicle to Infrastructure*) e la rete (c.d. *Vehicle to Grid*).

Pertanto, per quanto concerne i presupposti della regolazione economica, con l'adozione di un sistema siffatto potrebbe forse conseguirsi una maggiore apertura ed efficienza del mercato, che favorisce l'incontro tra domanda e offerta e la riduzione delle asimmetrie informative.

---

<sup>105</sup> F. DI PORTO, *Dalla convergenza digitale-energia l'evoluzione della specie: il consumatore "iper-connesso"*, in *Mercato Concorrenza Regole*, vol. XVIII, fasc. 1, 2016, pp. 59-78.

<sup>106</sup> Per un approfondimento dei *bias* cognitivi che affliggono il consumatore, si rinvia a N. RANGONE, *Tools for effective law: a focus on nudge and empowerment*, in *Concorrenza e mercato*, vol. XXV, 2017, pp. 195-214; ID., *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 1, 2012, pp. 7-18; F. DI PORTO, *L'informazione come "oggetto" e come "strumento" di regolazione (il caso dei mercati elettrici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 4, 2011, p. 976. V. anche P. BRAMBILLA, *Sicurezza del sistema elettrico e remunerazione della capacità. Il caso italiano e le antinomie della regolazione*, in E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *Esperienze regolatorie europee a confronto nel settore dell'energia. Atti del convegno AIDEN tenutosi a Milano il 3 dicembre 2015*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, in particolare p. 177 ss.

<sup>107</sup> F. DI PORTO, *Dalla convergenza digitale-energia l'evoluzione della specie: il consumatore "iper-connesso"*, cit.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> Alla luce dell'art. 8-ter del d.l. n. 135/2018 (c.d. "Decreto Semplificazioni"), convertito con legge 11 febbraio 2019, n. 12.

## 8. Un nuovo approccio al c.d. «Energy Trilemma»

Giunti a questo punto, appare interessante verificare se lo «scambio tra pari» di energia rinnovabile mediante *Blockchain* si riveli quantomeno astrattamente idoneo a favorire il perseguimento dei fini sociali sottesi al c.d. Trilemma energetico.

A tal proposito, si osservi che dal progetto *Brooklyn Microgrid* se ne sono diffusi molti altri, volti a promuovere i comportamenti desiderati nella comunità: la tecnologia diventa allora non solo mezzo di efficientamento delle transazioni, ma anche strumento di promozione sociale, gestito dall'ente locale. Particolarmente significativo in tal senso è il progetto sotteso alla creazione di *NRGCoin*, una criptovaluta che rappresenta una sorta di “incrocio” tra il *Bitcoin* e le monete locali<sup>110</sup>, potendo più probabilmente rientrare nella definizione di «*G-local currency*»<sup>111</sup>, la quale mira a favorire la produzione e soprattutto il consumo dell'elettricità rinnovabile a livello locale. Ancora, nel Regno Unito la città di Hull ha creato una criptovaluta, *HullCoin*, e reinvestito tutti i profitti da essa derivanti nella propria politica sociale per ridurre la povertà nel territorio. Tale moneta viene utilizzata anche per promuovere l'integrazione sociale dei cittadini: i soggetti in condizioni di vulnerabilità o povertà energetica che svolgono attività di volontariato vengono pagati in *HullCoins*, che possono poi scambiare per pasti caldi presso la banca alimentare locale.

Il mercato *peer to peer* favorisce inoltre iniziative *bottom up*, azioni solidali che partono dal singolo. È dunque lo stesso consumatore a poter diventare protagonista attivo di politiche sociali, ad esempio erogando gratuitamente l'elettricità autoprodotta (che, avendo costo marginale pari a zero, se non consumata o “immagazzinata” andrebbe comunque dispersa) a favore della comunità. Pertanto, non solo si attribuisce un nuovo valore ai luoghi, e quindi ai contesti locali incentivati dal *Winter Package* (e in particolare dalla direttiva (UE) 2019/944)<sup>112</sup>, ma si perseguono anche finalità sociali, a partire da quelle sottese all'*Energy Trilemma*.

Sempre con riferimento al problema della povertà energetica, il *peer to peer trading* tramite piattaforma *Blockchain* integrata ad una *microgrid* può forse rappresentare una forma di *empowerment* del consumatore e di sviluppo economico per il territorio anche nelle aree rurali del terzo mondo<sup>113</sup>, ove l'energia solare non costituisce certo una risorsa scarsa: le famiglie potrebbero infatti negoziare direttamente con i fornitori di energia e accedere all'elettricità

---

<sup>110</sup> B. CELATI, *Le monete locali come strumenti giuridici per l'attuazione del principio di democrazia*, in *Riv. trim. dir. economia*, fasc. 3, 2018, p. 349 ss.

<sup>111</sup> Nella misura in cui sono locali ma hanno una vocazione universalista.

<sup>112</sup> Per un primo approfondimento in materia, v. G. DE MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo delle politiche pubbliche in un'economia circolare*, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, cit., pp. 149-188.

<sup>113</sup> P. RANCI-M. LEONARDI-L. SUSANI, *Poveri d'energia*, Il Mulino, Bologna, 2016; L. AMMANATI, *Governing the Energy market between universal access to Energy and sustainable development*, in *Federalismi*, fasc. 14, 2016; S. BOUZAROVSKI-S. PETROVA-R. SARLAMANOV, *Energy poverty policies in the EU: A critical perspective*, in *Energy Policy*, fasc. 49, 2012, pp. 76-82; A. J. BRADBROOK-J.G. GARDAM-M. CORNIE, *A Human Dimension to Energy debate: Access to Modern Energy Services*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. XXVI, fasc. 4, 2008, pp. 526-552; A.J. BRADBROOK-J.G. GARDAM, *Placing Access to Energy Services within a Human Rights Framework*, in *Human Rights Quarterly*, vol. XXVIII, 2006, p. 389 ss.; L. GURUSWAMY (a cura di), *International Energy and Poverty: The Emerging Contours*, Routledge, Londra, 2016.

in base al principio del *pay-as-you-go*, pagando per mezzo di cellulari anche su grandi distanze. Ma, in maniera ancora più significativa, potrebbero anche rendersi essi stessi produttori di energia, qualora dotati di un sistema per la microgenerazione di energia<sup>114</sup>.

Analogamente, con riferimento ai profili attinenti alla sicurezza degli approvvigionamenti, non può escludersi che la *DLT*, favorendo scambi effettivamente di mercato di elettricità derivante da fonti rinnovabili, possa consentire finalmente il superamento dei meccanismi di remunerazione della capacità<sup>115</sup> tanto auspicato a livello europeo<sup>116</sup>, così escludendo questa forma così invasiva di intervento pubblico nel mercato liberalizzato.

Ma è soprattutto con riferimento al terzo profilo dell'*Energy Trilemma* che l'utilizzo della *Blockchain* dimostra maggiori potenzialità: ovvero, nella prospettiva della decarbonizzazione. In primo luogo, si può osservare come la riconosciuta possibilità di scambiare tra pari l'energia autoprodotta offra indirettamente un nuovo incentivo alla microgenerazione di energia pulita, basato effettivamente su «criteri di mercato»<sup>117</sup> e non sull'erogazione di sussidi pubblici alla micro-produzione.

Appare ancor più significativo mettere a confronto con le possibilità potenzialmente offerte dallo sviluppo della tecnologia *Blockchain* gli attuali strumenti di regolazione predisposti dal legislatore al fine di favorire la sostenibilità ambientale, specie in quell'ottica di sempre maggiore integrazione tra politiche contigue resa evidente dal "Quadro per il clima e l'energia 2030", che fissa tre obiettivi principali da conseguire entro l'anno indicato: la riduzione pari ad almeno il 40% delle emissioni di gas a effetto serra (rispetto ai livelli del 1990)<sup>118</sup>, il miglioramento dell'efficienza energetica almeno del 27%, laddove

---

<sup>114</sup> Si pensi ad esempio alla recente iniziativa "*Puerto Rico Energy Security*" e alla gara di solidarietà posta in essere anche da aziende private a seguito degli uragani che nel 2017 hanno distrutto gran parte della rete elettrica, fornendo gratuitamente pannelli fotovoltaici, batterie e *micro-grids*.

<sup>115</sup> Per un approfondimento in materia, si rinvia a E. BRUTI LIBERATI, *I meccanismi di remunerazione della capacità di generazione elettrica e la disciplina sugli aiuti di Stato: alcune osservazioni critiche sugli orientamenti della Commissione europea*, in E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCA-TIIS-A. TRAVI (a cura di), *Esperienze regolatorie europee a confronto nel settore dell'energia. Atti del convegno AIDEN tenutosi a Milano il 3 dicembre 2015*, cit., pp. 133-142. Sul tema, cfr. anche L. AMMANNATI, *I meccanismi di remunerazione della capacità: il caso italiano*, *ivi*, pp. 114-132; L. HANCHER, *Capacity Mechanism and State Aid Control: A European Solution to the 'Missing Money' Problem?*, in L. HANCHER-A. DE HAUTECLOQUE-M. SADOWSKA (a cura di), *Capacity Mechanisms in the EU Energy Market. Law, Policy, and Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 159 ss.; M. STOCZKIEWICZ, *Capacity Mechanisms in the Electricity Sector in the Context of State Aid*, in *European Energy Journal*, vol. V, fasc. 4, 2015, p. 29 ss.; K. HUHTA-J. KROEGER-T. OYEWUNMI-P. EIAMCHAMROONLARP, *Legal and Policy Issues for Capacity Remuneration Mechanisms in the Evolving European Internal Energy Market*, in *European Energy and Environmental Law Review*, vol. XXIII, fasc. 3, 2014, pp. 76-88; P. BRAMBILLA, *Sicurezza del sistema elettrico e remunerazione della capacità. Il caso italiano e le antinomie della regolazione*, cit.

<sup>116</sup> Va comunque segnalato che, al pari di quanto avvenuto con riferimento ai c.d. prezzi amministrati, il *Winter Package* ha finito per adottare una soluzione di compromesso, consentendo in buona sostanza il permanere di meccanismi di remunerazione della capacità, seppur con stringenti limitazioni.

<sup>117</sup> Come imposto dall'art. 4, par. 2, della direttiva (UE) 2018/2001.

<sup>118</sup> Secondo le previsioni, ciò dovrebbe consentire all'Unione europea di adottare misure efficaci sul piano dei costi, che siano funzionali al conseguimento dell'obiettivo a lungo termine di ridurre le emissioni dell'80-95% entro il 2050, nel contesto delle necessarie riduzioni da parte del gruppo dei paesi industrializzati. Inoltre, dovrebbe fornire un contributo equo e ambizioso all'Accordo di Parigi. Per raggiungere l'obiettivo di una riduzione almeno del 40%, i settori inte-

il 27% del consumo energetico dovrà essere soddisfatto da fonti rinnovabili.

Come noto, tutti e tre gli obiettivi vengono tendenzialmente perseguiti mediante la creazione *ex lege* di appositi mercati, ove circolano titoli astratti creati *ad hoc*, e quindi di fatto nuovi beni giuridici. Si pensi ad esempio all'*European Emission Trading Scheme (EU ETS)* ovvero al mercato europeo delle emissioni in ordine al quale è recentemente intervenuta la direttiva (UE) 2018/410 da coordinarsi con l'ancor più recente *Effort Sharing Regulation*<sup>119</sup>, che stabilisce obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni da parte degli Stati membri per il periodo 2021-2030 con riferimento ai settori che non rientrano nel Sistema europeo di scambio delle quote di emissione<sup>120</sup>.

Senza poter analizzare nel dettaglio i termini della questione, è evidente che il commercio delle emissioni, per quanto abbia dato vita ad un «capitolo del nuovo diritto dell'energia»<sup>121</sup> rispetto al precedente modello di regolazione *command and control*, è tuttavia tale per cui «il momento regolatorio assume [ancora] un rilievo decisamente preponderante»<sup>122</sup>. Vi è infatti un consistente intervento normativo, che consta nella definizione e rigida disciplina dello svolgimento dell'attività di scambio, la quale non a caso è stata significativamente definita come «disciplina pubblicistica o amministrativa del particolare segmento di commercio», considerato che mira a regolare il funzionamento di un mercato appositamente creato. Il sistema degli scambi non solo è organizzato e disciplinato dal diritto, ma ha origine in una fonte normativa e non fattuale: è dunque un mercato fittizio, creato a livello legislativo e non certo dal libero dispiegarsi delle forze economiche. In tale contesto, la regolazione non concerne solo la creazione del mercato, ma anche il suo funzionamento e controllo.

Come può allora intervenire la tecnologia *Blockchain*? La più volte richiamata Risoluzione del Parlamento europeo ha evidenziato che la *DLT* «migliora le comunicazioni in materia di energia e consente una precisa tracciatura dei certificati relativi all'energia rinnovabile o alle emissioni di carbonio», potendo anche creare «alternative ai programmi di investimenti sulle energie rinnovabili sponsorizzati dallo Stato». Tuttavia, è probabilmente possibile un'innovazione ancora più dirompente rispetto a quella prospettata dal Parlamento europeo: infatti, alla luce delle caratteristiche più sopra descritte, la *DLT* appare di per sé idonea a tracciare in maniera automatica tutti i singoli «passaggi» dell'elettricità, dalla generazione da fonte rinnovabile allo scambio e consumo, così favorendo un controllo della provenienza dell'elettricità che sia maggiormente effettivo e diretto anche nei confronti del consumatore finale.

Probabilmente la *Blockchain*, integrata ad altre tecnologie (quali ad esempio lo *smart metering*) potrebbe addirittura sostituire *in toto* gli attuali sistemi di

---

ressati dal sistema di scambio di quote di emissione (*ETS*) dell'*UE* dovranno ridurre le emissioni del 43% (rispetto al 2005); invece, i settori non interessati dall'*ETS* dovranno ridurre le emissioni del 30% (anche in questo caso, rispetto al 2005) e ciò dovrà essere tradotto in singoli obiettivi vincolanti a carico degli Stati membri.

<sup>119</sup> Regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 2013/525.

<sup>120</sup> Quali ad esempio i trasporti, l'edilizia, l'agricoltura, l'industria non-*ETS* e la gestione dei rifiuti.

<sup>121</sup> M. LIPARI, *Il commercio delle emissioni*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, cit., pp. 183-225 e spec. p. 203.

<sup>122</sup> *Ivi*, p. 193.

certificazione, permettendo al mercato, nel momento in cui avviene la transazione di energia elettrica, di quantificare e qualificare la provenienza dell'elettricità scambiata, nonché l'eventuale connessa emissione di CO<sub>2</sub>, fornendo informazioni più precise e reali anche rispetto alle garanzie di origine. Quest'ultime infatti, sebbene siano introdotte dalla Direttiva 2009/28/CE con la funzione unicamente di «provare al cliente finale che una determinata quota o quantità di energia è stata prodotta da fonti energetiche rinnovabili», in realtà manifestano di «non aver molto valore, in quanto mostrano solamente la media annuale di energia rinnovabile»<sup>123</sup>.

## 9. Quali conseguenze per la regolazione del mercato energetico?

Giunti a questo punto, è necessario interrogarsi in merito al ruolo del regolatore “tradizionale” nel rinnovato contesto. A tal proposito, in dottrina si è già evidenziato come tali evoluzioni siano destinate a dar vita ad una progressiva “privatizzazione” del diritto dell'energia<sup>124</sup>. Che si aderisca o meno a questa tesi, appare comunque evidente che, qualora il progresso tecnologico imponga effettivamente tali cambiamenti, il mercato sempre più dinamico richiederà ai regolatori una maggiore specializzazione ed interdisciplinarietà, che li porti a tener conto non solo delle tipiche questioni di regolazione *ex ante*, ma anche delle considerazioni di diritto *antitrust*, di tutela della *privacy*, di protezione dei dati personali e più in generale di tutela del consumatore.

A ben vedere, tuttavia, si apre un interrogativo ancora più interessante: considerando che il presupposto della regolazione è la presenza di *market failures*, nell'ipotesi (invero ancora remota) in cui questo sistema totalmente decentralizzato si dimostrasse in grado non solo di riequilibrare l'anomalo potere di mercato ma anche di correggere le esternalità rispetto a beni e interessi pubblici, ci sarebbe ancora spazio per il regolatore? Insomma, pur non ponendosi quale sistema necessariamente “in competizione” con quello tradizionale, se la *Blockchain* risultasse effettivamente in grado di ridurre i costi di transazione, di aumentare la trasparenza garantendo un sistema informativo integrato, di “capacitare l'utente” sotto il profilo cognitivo anche permettendone un ruolo attivo, al contempo favorendo buone pratiche sociali e ambientali quali la decarbonizzazione non con (distorsive) politiche di sussidio ma attraverso scambi *peer to peer* e prezzi dinamici, in quale misura potrebbe dirsi ancora giustificato l'intervento pubblico di regolazione del mercato?

<sup>123</sup> Così si è recentemente espresso Lauren Schmitt, segretario generale dell'*Entso-E* (*European Network of Transmission System Operators for Electricity*, nel corso di un'intervista tenutasi il 2 marzo 2017, disponibile all'indirizzo: <https://docstore.entsoe.eu/Documents/News/ee-in-the-media/2017-02-03-montel-interview.pdf> [ultimo accesso: 15 luglio 2019].

<sup>124</sup> Sul punto, ma più in generale per un quadro ricostruttivo di tali innovazioni, cfr. S. LAVRIJSSSEN-A. CARRILLO, *Radical Prosumer Innovations in the Electricity Sector and the Impact on Prosumer Regulation*, in *Sustainability*, fasc. 9, 2017, disponibile all'indirizzo: <http://www.mdpi.com/2071-1050/9/7/1207/pdf> [ultimo accesso: 15 luglio 2019]; A. BUTENKO-K. CSERES, *The Regulatory Consumer: Prosumer-driven local energy production initiatives*, in *Amsterdam Law School Research Paper*, fasc. 31, 2015; A. BUTENKO, *User-centered Innovation and Regulatory Framework: Energy Prosumers' market access in EU regulation*, in *TILEC Discussion Paper DP 2016-015*, 2016, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2797545> [ultimo accesso: 15 luglio 2019]; Id., *User-centered Innovation in EU Energy Law: Market Access for Electricity Prosumers in the Proposed Electricity Directive*, in *Oil, Gas & Energy Law*, fasc. 1, 2017, disponibile al link: [www.ogel.org/article.asp?key=3732](http://www.ogel.org/article.asp?key=3732) [ultimo accesso: 15 luglio 2019].

In realtà, è la stessa relazione introduttiva ad una delle direttive che compongono il *Winter Package*<sup>125</sup> a ricordarci come, nel nuovo assetto di mercato, «la graduale soppressione dei prezzi regolamentati a livello di Stato membro obbligherà le autorità nazionali di regolamentazione ad intensificare gli sforzi di controllo<sup>126</sup> dei mercati, assicurare una concorrenza efficiente e garantire la protezione dei consumatori»: le autorità dunque sono destinate a mantenere un ruolo fondamentale.

In particolare, se è vero che, perlomeno in prospettiva, i prezzi non devono essere condizionati dall'intervento pubblico, vengono fatte salve «eccezioni debitamente giustificate»: si pensi anche solo alla necessaria tutela del cliente vulnerabile e alle situazioni di povertà energetica, che rischiano di venir esacerbate in un contesto di scambi *peer to peer* sempre più decentrati e dominati dal diritto privato, ove peraltro i clienti attivi, sottratti agli obblighi di servizio pubblico imposti invece alle imprese elettriche, potrebbero godere quantomeno di un *uneven playing field*.

In un regime di graduale soppressione dei prezzi regolamentati, la *Blockchain* può forse favorire non solo i meccanismi del mercato, ma anche più efficaci poteri di controllo e di intervento delle autorità competenti, al fine di garantire un accesso equo ai “nuovi servizi”, un monitoraggio capillare e pressoché in tempo reale delle singole transazioni e un rapido intervento pubblico in caso di *market distortion*. Si è infatti già evidenziato che le caratteristiche della *Blockchain* e il funzionamento degli *smart contracts* sono tali da facilitare un maggior potere di controllo degli scambi da parte dei soggetti privati: perché allora non riconoscere questa nuova possibilità anche al soggetto pubblico?

## 10. Lo *smart contract* come *entry point* del regolatore

Non si vede dunque perché lo stesso *smart contract* non possa svincolarsi dagli ideali cripto-anarchici liberali da cui trae origine e diventare uno strumento di intervento pubblico volto alla liberalizzazione del mercato; da espressione del «diritto dei privati» trasformarsi in una nuova forma di manifestazione della regolazione tradizionale.

Infatti, considerata la natura condizionale della regolazione<sup>127</sup>, se non addirittura – aderendo al noto insegnamento Kelseniano – del sistema normativo nel suo complesso, dal momento che anche lo *smart contract* risponde alla logica condizionale “*if this, then that*”, parrebbe possibile immettervi tra le clausole una “condizione x” corrispondente a distorsioni del mercato previamente individuate (ad esempio, un prezzo maggiore rispetto ad una certa soglia) per cui, al verificarsi della condizione, verrebbe inviata *real-time* una segnalazione all'autorità, facente parte anch'essa della rete *Blockchain*.

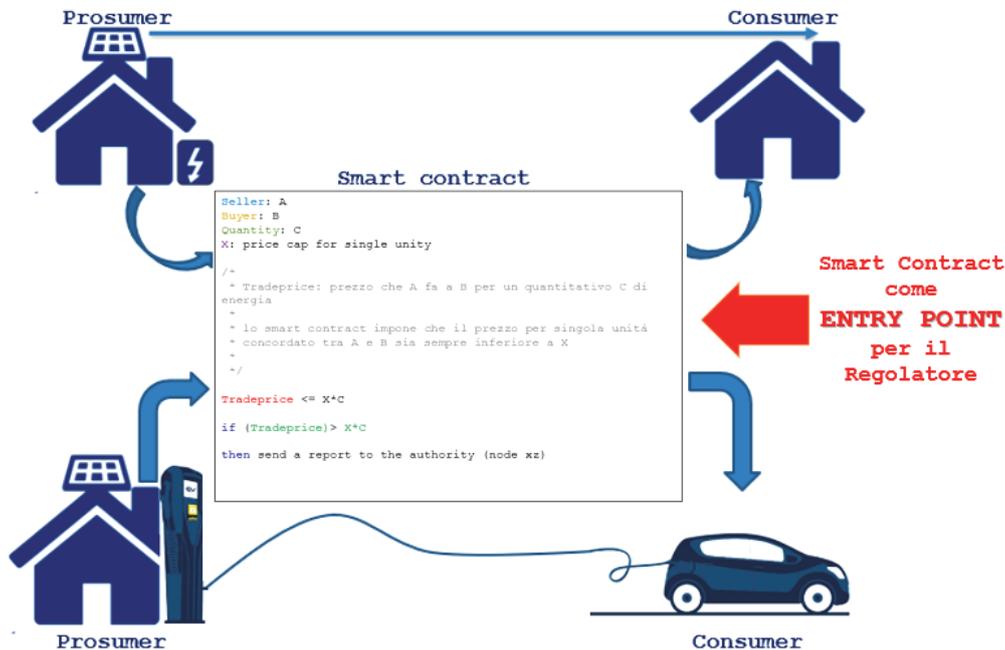
---

<sup>125</sup> COM(2016) 863 final/2, Relazione introduttiva, p. 20.

<sup>126</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>127</sup> Sulla differenza tra norme finalistiche e condizionali cfr. in particolare S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 49 ss.; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 2, 2002, pp. 265-276; per una ricostruzione più recente, cfr. V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Il Diritto dell'Economia*, fasc. 1, 2010, pp. 111-145.

Figura 1. – Rappresentazione del modello proposto



I prezzi potrebbero allora effettivamente riflettere i picchi di energia in tempo reale, secondo il principio di scarsità e le logiche del mercato; al contempo, però, sarebbe possibile garantire un controllo pubblico capillare e pressoché istantaneo di tutte le singole transazioni compiute mediante *Blockchain*, di cui la stessa fornisce prova, così innovando significativamente il sistema attuale. Pertanto, se lo *smart contract* si rivela idoneo a tramutarsi da strumento tipicamente di diritto privato a “*entry point*” del regolatore, che “entra” nella *Blockchain* quale metafora del mercato, ad innovarsi è la stessa modalità di manifestazione dell’intervento pubblico, che incide sul mercato attraverso la tecnologia.

Il necessario dinamismo che caratterizza il mercato tecnologicamente evoluto impone dunque non solo un rinnovamento degli strumenti a disposizione delle autorità, ma anche un ripensamento delle loro funzioni e del tradizionale confine tra regolazione *ex ante* e diritto *antitrust*. Considerato che, già in una prospettiva generale, nei mercati digitali i tipici strumenti di tutela *antitrust* non si rivelano poi così idonei a fronteggiare le nuove sfide poste dalla *Digital Economy*, tanto che «i confini, che si volevano netti, tra regolazione e concorrenza, sono evaporati»<sup>128</sup>, non è ben chiaro se nell’esempio specifico appena richiamato la segnalazione andrebbe operata nei confronti dell’ARERA<sup>129</sup> o dell’AGCM. Più in generale, andrebbe meglio chiarita la concreta delimitazione dei poteri attribuiti alle due Autorità, considerando che la stessa attività di controllo *ex post*, avvenendo pressoché in tempo reale ed in maniera diffusa e capillare, diverrebbe in concreto difficilmente distinguibile dall’attività di conformazione del mercato.

<sup>128</sup> R. PARDOLESI-A. PALMIERI, *Sull’Interfaccia (Problematica) fra Regolazione Economica e Disciplina della Concorrenza*, in *Il Foro Italiano*, fasc. 3, 2012, p. 496.

<sup>129</sup> Per un approfondimento in merito ai poteri tariffari dell’autorità, si rinvia a M. PASSALACQUA, *Le tariffe dei servizi pubblici tra price cap e bisogni sociali*, *op. cit.*, in particolare p. 28 ss.; B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell’energia*, in *Munus*, fasc. 1, 2017, pp. 1-50.

Tutto ciò senza contare che se lo *smart contract*, nella sua naturale accezione di strumento privatistico, permettesse effettivamente una totale privatizzazione delle relazioni, rendendo del tutto superfluo l'intervento di conformazione del mercato, verrebbe anche meno la necessità della stessa regolazione condizionale, permanendo semmai unicamente la funzione finalistica, che connota tipicamente l'intervento pubblico nell'economia. In buona sostanza, anche il rapporto tra regolazione dei mercati e diritto pubblico dell'economia verrebbe del tutto rimodulato con una maggiore valorizzazione del secondo, mentre la prima tenderebbe a scomparire.

Per concludere, la *Blockchain* pare dunque idonea a porsi non solo quale Istituzione, ma anche quale innovativo strumento di *governance* "tradizionale"; al contempo, proprio per la sua attitudine istituzionale, è astrattamente capace di fissare un nuovo punto di incontro tra Stato e Mercato, una nuova forma di coordinamento tra autorità e libertà.

Quanto fin qui illustrato dovrebbe quindi permettere di smentire quella tesi, sostenuta anche recentemente da autorevole dottrina<sup>130</sup>, che richiama proprio l'utilizzo della *Blockchain* nel contesto del *peer to peer trading* quale esempio di un rapporto necessariamente conflittuale tra *Rule of Code* e *Rule of Law*, potendo al contrario la *DLT* innovare il diritto stesso.

Nell'epoca attuale, attraversata dalla crisi delle fonti (se non addirittura del Diritto) e caratterizzata dalla «postmodernità»<sup>131</sup>, lo *smart contract* può allora divenire esso stesso strumento di recupero della modernità<sup>132</sup>: se le condizioni immesse nello *smart contract* sono conformi al diritto positivo, il codice informatico, che si auto-esegue automaticamente senza essere sottoposto alla discrezionalità creatrice tipica del sindacato giurisdizionale, può forse contribuire anche alla funzione di ripristino della certezza del diritto.

---

<sup>130</sup> K. YEUNG, *Regulation by Blockchain: The Emerging Battle for Supremacy between the Code of Law and Code as Law*, cit. In particolare, con riferimento al *peer to peer trading* l'A. definisce tale rapporto di «*mutual suspicion and un-easy co-existence*».

<sup>131</sup> P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012. Si veda in particolare il primo capitolo, intitolato *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*. Dello stesso Autore, v. anche *Ritorno al Diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, e in particolare il primo saggio, dedicato a *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità*; ID., *L'invenzione del Diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

<sup>132</sup> M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 199-214, che, con riferimento al diritto amministrativo, individua la compresenza di elementi di modernità, pre-modernità e post-modernità.



# SAGGI

## La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione

di *Cristina Schepisi*

### ABSTRACT

*The paper deals with the assessment of compatibility of State aid, carried out by the Commission, with the aim, on the one hand, to evaluate the relationship between the exclusive competence of the Commission under Article 108 TFEU, and the (limited) role of national authorities and courts. Notwithstanding that the TFEU and ECJ case-law clearly defines the extension and the limit of the competence of each one of the actors involved in the enforcement of State aid rules, it is not infrequent – as recent case-law well demonstrate – the risk of a partial misinterpretation of their respective roles and of an overlapping of competences. This is due to several factors, like – among others – the difficulty to make a distinction, in some cases, between legal elements (related to the definition of State aid, to its lawfulness or unlawfulness, etc.) and economic ones (typical of the assessment of compatibility with the market). On the other hand, the paper devotes its attention on the content and on the limits of the exercise by the Commission of its discretionary power in this field, and on the (more extensive) jurisdictional control assured by the EU Court of Justice.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato e l'approccio "economico più preciso" nella valutazione della compatibilità da parte della Commissione. – 3. *Segue:* approccio economico più preciso, parametri generali e discrezionalità della Commissione. – 4. Rapporto tra poteri della Commissione e delle autorità/giudici nazionali: valutazione di compatibilità e nozione di aiuto di Stato. – 5. I regolamenti di esenzione e le conseguenze in termini di rapporto tra ruolo della Commissione e ruolo delle autorità nazionali. – 6. *Segue:* il rapporto tra valutazione di compatibilità e poteri delle autorità nazionali riguardo alle Comunicazioni e i vincoli per la Commissione. – 7. I rapporti tra la valutazione di compatibilità e il giudizio in sede nazionale. – 8. La discrezionalità tecnica della Commissione e i parametri "esterni" per la valutazione di compatibilità: il rispetto delle altre norme del Trattato. – 9. I limiti alla discrezionalità della Commissione. Il controllo giurisdizionale sulle decisioni contenenti una valutazione sulla compatibilità degli aiuti. – 10. Osservazioni conclusive.

### 1. Introduzione

Secondo l'art. 107, par. 1, TFUE gli aiuti di Stato si presumono incompatibili. La norma dispone infatti che le misure nazionali che soddisfano le condizioni indicate dalla norma sono vietate, salvo le deroghe contemplate dal Trattato. Il riferimento è in particolare (anche se non solo) ai parr. 2 e 3 dello stesso art. 107 TFUE e la competenza a valutare se misure nazionali possano ecce-

zionalmente essere ritenute compatibili con il mercato è, come noto, attribuita in via esclusiva alla Commissione, secondo quanto disposto dall'art. 108 TFUE. La dizione "salvo deroghe" coincide pertanto con l'ambito entro il quale la Commissione esercita tale competenza.

Il fatto che le norme del Trattato siano rivolte agli Stati e non alle imprese è una delle ragioni per le quali, a differenza della materia *antitrust*, la Commissione ha continuato a mantenere una competenza centralizzata e non si è dunque proceduto ad un decentramento delle funzioni di controllo e sanzione a livello nazionale. Si deve inoltre ricordare che l'esercizio di tale competenza «implica complesse valutazioni di ordine economico e sociale»<sup>1</sup>, in un settore ritenuto di fondamentale importanza per il buon funzionamento del mercato interno.

Lo spazio di intervento di cui gode la Commissione appare certamente ampio e connotato da una certa discrezionalità. La percezione – specie in epoca più recente – può essere quella di una sensibile compressione delle competenze nazionali in materia di politica economica e di regolazione del mercato, non bilanciata dal controllo di altre istituzioni (che certamente non possono essere quelle nazionali) né da un efficace sindacato giurisdizionale. Tale sensazione ha certamente trovato conferma in alcune pronunce della Corte di Giustizia e del Tribunale che hanno infatti, nel passato, stigmatizzato in alcuni casi l'ampiezza della discrezionalità della Commissione nel giudizio di compatibilità di un aiuto di Stato e la mancanza di criteri e parametri utili ai fini di una più oggettiva e trasparente valutazione<sup>2</sup>. A ciò va aggiunto che a tale spazio di discrezionalità corrisponde la pressoché totale assenza di analoghi poteri a livello nazionale. Lo Stato è infatti gravato dall'obbligo di notificare alla Commissione ogni progetto di aiuto nuovo secondo quanto prescritto dall'art. 108, par. 3, TFUE, nonché dall'obbligo di recuperare senza indugio l'aiuto illegale, eventualmente anche incompatibile, senza che questo comporti alcuna possibilità di un nuovo bilanciamento, da parte dell'amministrazione nazionale, tra l'interesse generale e l'interesse privato. Potendo intervenire solo sulla corretta applicazione dell'art. 108, par. 3, TFUE, anche il giudice nazionale – come si dirà meglio in seguito – ha conseguentemente un ambito di manovra estremamente ridotto.

Se – come anche la Corte di Giustizia ha più volte avuto occasione di rimarcare – la Commissione effettivamente gode ai fini dell'applicazione dell'art. 107 TFUE «di un ampio potere discrezionale»<sup>3</sup>, occorre tuttavia precisare che non si tratta di una discrezionalità illimitata.

Obiettivo del presente contributo è dunque quella di ricostruire – seppur in sintesi – la cornice entro cui la Commissione esercita la sua competenza, per poi svolgere qualche breve riflessione sui limiti sia sostanziali che procedurali al suo operato. Le questioni che si pongono sono infatti essenzialmente due, tra di loro interconnesse. La prima è la definizione della linea di confine tra le

---

<sup>1</sup> Corte Giust., 11 settembre 2008, causa C-75/05 P e C-80/05 P, *Germania e a. c. Kronofrance*, punto 59; 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*.

<sup>2</sup> Trib., 22 febbraio 2006, causa T-34/02, *Le Levant c. Commissione*, punti 123 ss.; 6 settembre 2006, *Repubblica Italiana e Wam c. Commissione*, cause riunite 304/04 e 316/04, punto 69; Corte Giust., 30 aprile 2009, causa C-494/06 P, *Commissione c. Repubblica Italiana*. Cfr. anche J.D. BRAUN-J.KÜHLING, *Article 87 EC and the Community Courts: From Revolution to Evolution*, in *C.M.L.Rev.* 2008, p. 465 ss.

<sup>3</sup> Corte Giust., 11 settembre 2008, *Germania e a. c. Kronofrance*, cit.; 8 marzo 2016, *Grecia c. Commissione*, cit.

competenze attribuite a tutti i soggetti coinvolti nel controllo e nella corretta applicazione delle norme sugli aiuti di Stato (autorità, giudici nazionali, Commissione) e la competenza (solo ed esclusiva) della Commissione. Si tratta pertanto di stabilire quello che a livello nazionale è precluso fare. La seconda questione attiene più strettamente ai limiti della discrezionalità della Commissione e ai riflessi in termini di sindacato giurisdizionale.

Alcune recenti pronunce certamente contribuiscono a fornire elementi utili ad una definizione più chiara delle questioni. Quel che preme tuttavia e subito rilevare – specie per quanto riguarda i limiti ed il controllo sul rispetto degli stessi – è che essi non traggono origine solo da regole e principi strettamente attinenti alla materia degli aiuti di Stato e/o da isolate statuizioni della Corte di Giustizia. Tali limiti invece possono anche ed ulteriormente dedursi da principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea e dal suo sistema giurisdizionale unitariamente considerato, nei due livelli nazionale ed europeo.

## 2. L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato e l'approccio “economico più preciso” nella valutazione della compatibilità da parte della Commissione

Preliminare all'indagine è un breve ma necessario accenno all'evoluzione della disciplina in materia di aiuti di Stato. Benché il testo degli artt. 107 e 108 TFUE (salvo minime modifiche lessicali) sia rimasto di fatto identico alla versione originaria del Trattato di Roma del 1957, occorre infatti dar conto che l'approccio della Commissione (e il controllo da essa esercitato) ha subito un sostanziale mutamento. Ciò non solo grazie alla continua opera di precisazione della portata applicativa delle due norme del Trattato e all'arricchimento della prassi decisionale della stessa Commissione, ma anche come conseguenza dell'affinamento degli obiettivi generali dell'Unione europea in relazione al mercato interno.

A partire dal Trattato di Maastricht l'Unione europea ha iniziato, infatti, a valorizzare la dimensione sociale del mercato ponendo tra i suoi obiettivi anche valori come l'ambiente, la coesione sociale, l'occupazione e la ricerca, l'uguaglianza, la solidarietà, la salute, ecc. La salvaguardia di tali interessi è stata resa ancor più stringente con il Trattato di Amsterdam e poi con l'attuale Trattato di Lisbona che nel nuovo art. 3 TUE inserisce, appunto, tra i suoi obiettivi quello di un'economia *sociale* di mercato.

Sta di fatto che da un originario periodo di scarsa incidenza dell'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato si è passati invece passati ad una seconda fase di notevole attivismo, in cui la tutela del mercato costituiva l'elemento fondante dell'allora Comunità economica europea, mentre più recentemente si è invece giunti ad un riequilibrio tra il perseguimento di obiettivi marcatamente ispirati al mercato e concorrenza, da un lato, e la salvaguardia di interessi a carattere generale, dall'altro<sup>4</sup>.

È in questa ultima fase che la Commissione ha, nel 2005, adottato lo *State*

---

<sup>4</sup> Cfr. G. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli Aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in *Astrid*, 2009.

*Aid Action Plan*<sup>5</sup> noto come SAAP, e nel 2012 una successiva Comunicazione sulla *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*<sup>6</sup>. Nel primo documento la Commissione ha posto l'accento su tre esigenze prioritarie, la prima delle quali è di adottare un "approccio economico più preciso" nella valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato; vi sono infatti casi in cui l'erogazione di aiuti alle imprese non è unicamente vista come un'eccezione, pur giustificata, al principio della parità di concorrenza ma diventa un vantaggio vero e proprio per il mercato (specie nei casi di *market failure*)<sup>7</sup>. L'approccio che viene anticipato è dunque più sostanziale ed è volto a consentire alla Commissione di operare un bilanciamento più oculato tra gli svantaggi (alterazione della concorrenza e pregiudizio agli scambi tra Stati membri) e gli effetti positivi in termini di coesione sociale o di salvaguardia di altri interessi generali<sup>8</sup>. In tale ottica, l'aiuto compatibile non è solo (o tanto) quello che il mercato può "tollerare" ma è piuttosto una misura vantaggiosa (un aiuto "buono" così come lo definisce il secondo pacchetto di misure)<sup>9</sup>. Espressione di tale nuovo approccio è anche una serie di atti successivi di fonte secondaria, quali regolamenti di esenzione, decisioni generali e comunicazioni<sup>10</sup>.

Con il secondo documento la Commissione ha compiuto un ulteriore passo in avanti: ha, in particolare, sottolineato l'esigenza di limitare il suo controllo *ex post* agli aiuti concessi dagli Stati in violazione delle regole del TFUE ed incentivare invece gli Stati ad un controllo *ex ante* sulle misure di aiuti, presumibilmente compatibili, che essi intendano concedere. È proprio a tale fine che la Commissione ha provveduto recentemente ad adottare un numero ancora più crescente di regolamenti di esenzione, in parte nuovi e in parte in sostituzione dei precedenti. L'intenzione non è ovviamente quella di delegare parzialmente agli Stati il potere di valutare la compatibilità degli aiuti con il mercato (delega che sarebbe contraria alle attuali norme del Trattato) ma, diversamente, di consentire agli Stati – attraverso l'applicazione di regolamenti e decisioni – di essere esentati dall'obbligo di notifica imposto dall'art. 108, par. 3,

---

<sup>5</sup> Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato — Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 (COM (2005) 107).

<sup>6</sup> COM (2012) 209.

<sup>7</sup> Gli altri due obiettivi erano *ii*) la necessità di un controllo più rigoroso da parte della Commissione sulla concessione di aiuti considerati invece "nocivi" (e quindi incompatibili); *iii*) l'esigenza di rafforzare i poteri dei giudici nazionali. Per approfondimenti v. recentemente B. NASCIBENE-A. DI PASCALE (eds.), *The Modernization of State Aid For Economic and Social Development*, Springer, 2018. Per ulteriori spunti cfr. precedentemente, C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2011.

<sup>8</sup> Ai punti 21 e 22, la Commissione precisa che «Per contribuire nel miglior modo possibile alla rin vigorita strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione, la Commissione, se del caso, rafforzerà l'approccio economico all'analisi degli aiuti di Stato. [...] Il maggiore ricorso ad un approccio economico più preciso consente una valutazione corretta e più trasparente delle distorsioni della concorrenza e degli scambi determinate dalle misure di aiuto. Questo approccio permette anche di analizzare le cause dell'incapacità del mercato di conseguire da solo gli obiettivi di comune interesse auspicati e di valutare quindi i vantaggi offerti dagli aiuti di Stato per il loro conseguimento».

<sup>9</sup> N. PESARES-R. PEDUZZI, *State Aid Modernization*, in B. NASCIBENE-A. DI PASCALE (eds.), *The Modernization of State Aid*, cit., p. 17 ss. L'adozione dell'"approccio economico più preciso" da parte della Commissione era già emerso in alcune sue decisioni (ad es. le Decisioni della Commissione 19 luglio 2006, in *G.U. L* 86, p. 1; 24 gennaio 2007, in *G.U. L* 147, p. 1).

<sup>10</sup> Tali atti hanno in parte lo scopo di codificare i principi espressi dalla Corte di Giustizia e della prassi seguita dalla Commissione e di regolare in maniera più chiara e trasparente la procedura di controllo amministrativo.

TFUE o, nel caso delle Comunicazioni di essere a conoscenza *ex ante* dei parametri e criteri utilizzati dalla Commissione per valutare la compatibilità degli aiuti notificati<sup>11</sup>.

Va tuttavia rimarcato che, a fronte di un ampliamento dei casi di esenzione, e contestualmente di ri-orientamento degli aiuti verso obiettivi a carattere orizzontale (ambiente, formazione, occupazione, ricerca e sviluppo, ecc.), la Commissione si è posta, per converso, l'obiettivo di disincentivare con molta più fermezza l'erogazione degli aiuti di Stato "dannosi". La sintesi – con particolare riguardo al primo dei due documenti – è infatti contenuta nello slogan «*aiuti meno numerosi e più mirati*» che, se da un lato comporta una più curata analisi delle cause di incapacità del mercato di conseguire autonomamente obiettivi di interesse comune – che potrebbero pertanto essere raggiunti, nell'ottica della Commissione, solo mediante un sistema di aiuti adeguatamente strutturato<sup>12</sup> – dall'altro coincide con una più attenta valutazione degli elementi distorsivi degli aiuti di Stato considerati invece nocivi. E dunque con un più penetrante esercizio da parte della Commissione del suo potere di controllo.

### 3. **Segue: approccio economico più preciso, parametri generali e discrezionalità della Commissione**

Essendosi prefissata di adottare un approccio economico più preciso, la Commissione ha dunque iniziato a dotarsi di criteri e parametri specifici, il più possibile oggettivi, e a renderli trasparenti. Troviamo inizialmente tali indicazioni sia nell'*Action Plan* del 2005 che, più diffusamente, in un successivo documento informale denominato *Principi comuni per una valutazione economica degli aiuti di Stato*. In particolare, i fattori da cui dipendono gli effetti positivi di un aiuto sono, secondo la Commissione: i) la precisione con cui è stato individuato l'obiettivo riconosciuto di comune interesse (sia esso sociale, regionale, economico o culturale); ii) se l'aiuto di Stato costituisce uno strumento idoneo per risolvere il problema rispetto ad altri strumenti e iii) se l'aiuto crea gli incentivi necessari ed è proporzionato. Per quanto riguarda invece il livello di distorsione generato da un aiuto, occorre tenere in considerazione: i) la procedura di selezione dei beneficiari e le condizioni di concessione dell'aiuto; ii) le caratteristiche del mercato e del beneficiario e iii) il tipo di aiuto e l'importo<sup>13</sup>.

L'operazione, che si concentra sul bilanciamento dei fattori positivi con quelli negativi, presuppone dunque una preliminare valutazione dell'idoneità

---

<sup>11</sup> La conseguenza del nuovo approccio è dunque anche quella di una maggiore responsabilizzazione delle autorità nazionali.

<sup>12</sup> Per approfondimenti cfr. P. NICOLAIDES, *A More Economic Approach to the Control of State Aid*, in B. NASCIBENE-A. DI PASCALE (eds.), *The Modernization of State Aid*, cit., p. 63 ss.; C. OSTI, *La riforma degli aiuti di Stato e il nuovo approccio economico della Commissione*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., p. 57 ss.; nonché D. HILDEBRAND-A. SCHWEINSBERG, *Refined Economic Approach in European State Aid Control – Will It Gain Momentum?*, in *World Competition*, 2007, p. 449 ss.

<sup>13</sup> V. anche il considerando n. 5 del Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014 (regolamento generale di esenzione), cit., secondo cui «Conviene definire le condizioni generali per l'applicazione del presente regolamento sulla base di un insieme di principi comuni atti a garantire che l'aiuto persegua obiettivi di interesse comune, abbia un chiaro effetto di incentivazione, sia opportuno e proporzionato, sia concesso in piena trasparenza e sottoposto a un meccanismo di controllo e a una periodica valutazione e non alteri le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse».

della misura di aiuto rispetto al perseguimento di obiettivi di comune interesse e, sempre in rapporto a questi, della sua necessità e proporzionalità.

In linea generale va certamente notato che tale *test* non è – a ben vedere – molto dissimile, nel suo schema, da quello largamente seguito dalla Corte di Giustizia nella verifica della legittimità di una normativa nazionale che restringe o ostacola una delle libertà di circolazione nel mercato interno. In tali casi infatti, riscontrata l'esistenza di una legittima esigenza imperativa, o di un interesse generale di uno Stato membro, che potrebbe giustificare una restrizione alla circolazione di un prodotto o di un servizio, la Corte valuta se la misura restrittiva non solo sia idonea al perseguimento di tale obiettivo, ma sia anche necessaria e proporzionata (sia cioè strettamente indispensabile ed il meno gravosa possibile)<sup>14</sup>. Inoltre, il *test* di proporzionalità – seppur non parametrato su condotte statali ma private – è da sempre utilizzato nel settore *antitrust*, così come simili rispetto a tale settore sono i fattori che indicano il livello di distorsione di una misura (ad esempio, le caratteristiche del mercato e del beneficiario, la sua posizione in rapporto a quella dei concorrenti, il vantaggio o il danno per i consumatori, ecc.).

È ben vero che tanto per quanto riguarda le libertà di circolazione che la disciplina *antitrust*, il controllo sul rispetto di norme e principi di diritto dell'Unione europea è pienamente svolto – pur con ruoli evidentemente diversi – sia dalla Commissione che dai giudici nazionali (e, nel caso di rinvio pregiudiziale, anche dalla Corte di Giustizia), ai quali si affiancano le autorità. A seguito dell'adozione del regolamento 1/2003<sup>15</sup>, è infatti venuto meno l'unico ambito nel quale la Commissione esercitava una competenza esclusiva, ovvero la concessione del beneficio delle esenzioni ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE. Anche in tal caso, al pari dell'art. 107 (parr. 2 e specialmente 3), TFUE, la deroga (che ora si traduce nella “constatazione di inapplicabilità del divieto”) è riconosciuta all'esito di un bilanciamento delle condizioni positive con quelle negative.

Nel caso degli aiuti di Stato, invece, la valutazione della compatibilità rimane salda nelle mani della Commissione, con tutte le conseguenze che ne derivano, specie alla luce del nuovo approccio che, nell'ampliare da un lato le maglie della compatibilità, si prefigge, dall'altro, un più incisivo intervento nei casi di aiuti ritenuti illegali ed incompatibili, rendendo dunque più tangibile la questione dei limiti del potere discrezionale della Commissione.

La stessa lettura dei *Principi comuni per una valutazione economica degli aiuti di Stato* offre, ad esempio, già il fianco a talune critiche, perché la loro formulazione potrebbe indurre a ritenere che la discrezionalità della Commissione non si limiti ad essere solo “tecnica” ma comporti invece delle valutazioni attinenti alla politica economica interna agli Stati. Il primo dei fattori elencati, ad esempio – e cioè la “precisione con cui è stato individuato l'obiettivo riconosciuto di comune interesse” (sociale, regionale, economico o culturale) – potrebbe infatti suggerire che, ad avviso della Commissione, sia essa a poter valutare quali debbano essere gli interessi comuni o quelli a cui dare la priorità. Ed è invece chiaro che non potrebbe essere quest'ultima a definire quali sono gli interessi prioritari, o comuni, né dell'Unione Europea né di uno Stato membro. In realtà, leggendo più attentamente il documento, e tralasciando

---

<sup>14</sup> La letteratura in materia è smisurata. Solo a titolo di esempio cfr. da ultimo, L. DANIELE, *Il mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2019; G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>15</sup> Regolamento (CE) n. 1/2003, del Consiglio del 16 dicembre 2002 *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, in G.U. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1.

qualche incertezza nella sua stesura, si evince più chiaramente che la locuzione “interessi comuni” si riferisce agli obiettivi già presenti nel Trattato (art. 107 TFUE) e ai quali gli Stati, prima ancora che la Commissione, devono attenersi nel valutare l’opportunità di erogare aiuti alle imprese. Per converso, vale la pena notare che è la stessa Commissione ad aver voluto ad esempio precisare che, ai fini della valutazione dell’entità delle distorsioni concorrenziali – non le compete «*valutare i sistemi fiscali nel loro insieme o vegliare ad una gestione adeguata dell’erario pubblico*»<sup>16</sup>.

#### 4. Rapporto tra poteri della Commissione e delle autorità/giudici nazionali: valutazione di compatibilità e nozione di aiuto di Stato

Ricostruito in termini generali l’approccio della Commissione verso la materia degli aiuti di Stato, la prima questione (accennata in premessa) riguarda dunque la delimitazione dei poteri delle autorità nazionali in rapporto alla competenza (esclusiva) della Commissione. Il confine appare formalmente netto: a livello nazionale la competenza è circoscritta alla qualificazione di una misura come aiuto di Stato (art. 107, par. 1, TFUE), all’obbligo (in caso di progetti nuovi di aiuti di Stato) di notifica e di *standstill* (art. 108, par. 3, TFUE), alla corretta applicazione dei regolamenti di esenzione dall’obbligo di notifica.

Il coinvolgimento delle autorità nazionali nella procedura di erogazione degli aiuti implica tuttavia lo svolgimento di operazioni talvolta complesse dovute *in primis* alle difficoltà che le stesse possono incontrare proprio in relazione alla qualificazione di una misura come aiuto di Stato e, in secondo luogo, alla corretta interpretazione ed applicazione dei numerosissimi atti di diritto derivato che la Commissione ha provveduto ad adottare dall’emanazione del suo *Action Plan* del 2005.

Riguardo al primo aspetto – oltre alle difficoltà connesse alla corretta individuazione dei singoli elementi che compongono la nozione di aiuto di Stato – occorre in particolare dar conto che non sempre la distinzione tra il concetto di aiuto di Stato (in quanto misura distorsiva) e quello della sua compatibilità con il mercato, è percepita in maniera netta<sup>17</sup>.

La valutazione di compatibilità si fonda su un’analisi di tipo sostanzialmente economico e si differenzerebbe dunque in maniera marcata da quella – di tipo

---

<sup>16</sup> La nota 32 del documento recita infatti quanto segue: «Gli aiuti di Stato costituiscono un onere finanziario per i contribuenti. Le ripercussioni in termini di bilancio sono equivalenti all’importo degli aiuti. Oltre agli effetti sul bilancio, possono verificarsi costi aggiuntivi causati da inefficienze o spese amministrative connesse al sistema fiscale. Tuttavia, ai fini del controllo degli aiuti di Stato, non compete alla Commissione valutare i sistemi fiscali nel loro insieme o vegliare ad una gestione adeguata dell’erario pubblico. Nell’analizzare la portata dei potenziali benefici di una misura, al fine di valutare poi la distorsione della concorrenza e degli scambi, si tiene conto dell’onere finanziario gravante sui contribuenti dello Stato membro che adotta la misura». Per un commento molto più critico cfr. C. OSTI, *La riforma degli aiuti di Stato e il nuovo approccio economico della Commissione*, cit.

<sup>17</sup> Altra questione è quella dell’eccessiva “dilatazione”, in alcuni casi, del concetto di aiuto di Stato da parte della stessa Commissione. Si vedano ad esempio le sentenze Corte giust., 28 marzo 2019, causa C-405/16 P, *Germania c. Commissione*; e la più nota sentenza del Trib., 19 marzo 2029, cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16, *Italia e a. c. Commissione* (“Tercas”); per alcuni spunti cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Conclusioni*, in E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI, *Gli aiuti di Stato. La tutela del consumatore*, Wolters Kluwer, 2019, p. 59 ss.

giuridico – condotta per verificare l'esistenza di un aiuto di Stato<sup>18</sup>.

Non di meno, tra il concetto di compatibilità e quello di aiuto di Stato è possibile individuare un punto di raccordo (l'anti-concorrenzialità della misura) che impedisce di separare nettamente i confini tra l'uno e l'altro, e che in taluni casi rende difficile un corretto approccio da parte di un operatore giuridico.

L'accertamento dell'impatto anticoncorrenziale della misura è infatti un'analisi che viene svolta (seppur con un grado diverso) sia ai fini della qualificazione di una misura come aiuto di Stato, sia nell'ambito del giudizio di compatibilità poiché in tal caso costituisce proprio uno degli elementi oggetto di bilanciamento da parte della Commissione<sup>19</sup>. Del resto, è proprio tale condizione a spiegare perché una misura, una volta considerata come un aiuto di Stato – in quanto (anche) anticoncorrenziale – sia *in linea di principio* anche ritenuta incompatibile (e quindi vietata)<sup>20</sup>. Appare evidente, dunque, che la differenza tra un aiuto compatibile e uno incompatibile non è l'assenza (o il venire meno) nel primo, di un profilo di anti-concorrenzialità, ma è piuttosto il minor peso che tale ultimo aspetto assume all'esito di un bilanciamento con i (maggiori) vantaggi che contestualmente una misura è nel caso specifico in grado di produrre<sup>21</sup>.

La tentazione nella quale potrebbe pertanto cadere l'interprete è quella di escludere che una misura costituisca un aiuto di Stato facendo (solo e direttamente) leva sui vantaggi che essa presumibilmente è in grado di produrre per il mercato, con la conseguenza di dedurre – solo per tale motivo – che la misura *non* sia anti-concorrenziale. Il rischio sarebbe, in conclusione, quello di far sostanzialmente coincidere la valutazione (economica) di compatibilità di un aiuto con l'assenza di un requisito atto a concorrere alla qualificazione (giuridica) della misura come un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE.

---

<sup>18</sup> Sull'evoluzione nel tempo del concetto (giuridico) di aiuto di Stato, cfr. J.J. PIERNAS LÓPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford 2015; sulla nozione di aiuto di Stato, cfr. *ex multis*, sempre di J.J. PIERNAS LÓPEZ, *The notion of State Aid and Regulation in the EU: Drawing a Shape of a Moving Target*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, p. 173 ss., P. NEBBIA, *Il concetto di aiuto di Stato*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013, p. 497 ss.; A. BIONDI-P.EECKOUT-J.FLYNN (a cura di), *The Law of State aid in the European Union*, Oxford, 2004.

<sup>19</sup> Si veda ad esempio la *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in GU C 262 del 19 luglio 2016, p. 1 che al punto 187, riguardo alla condizione della "distorsione della concorrenza" precisa che «Si ritiene che una misura concessa dallo Stato falsi o minacci di falsare la concorrenza quando è in grado di *migliorare la posizione concorrenziale del beneficiario nei confronti di altre imprese concorrenti*». I "Principi comuni" (innanzi citati), in riferimento all'impatto anticoncorrenziale della misura (ai fini della valutazione della compatibilità) recitano: «Nel valutare l'entità delle distorsioni della concorrenza, la Commissione analizza essenzialmente *gli effetti del cambiamento di comportamento da parte del beneficiario sui concorrenti e sui fornitori dei fattori di produzione, tenendo conto inoltre degli effetti dei consumatori*» (punto 51).

<sup>20</sup> Art. 107, par. 1, TFUE.

<sup>21</sup> Mentre ai fini della *qualificazione* di una misura come aiuto di Stato, non è dunque, e in sé determinante che l'effetto distorsivo sia più o meno marcato (purché sia sensibile), viceversa, nel contesto del giudizio di compatibilità il grado di alterazione della concorrenza assume invece maggior rilevanza. Sulla scorta della prassi decisionale e della decennale giurisprudenza della Corte di Giustizia, la *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato*, precisa infatti che: «La definizione di aiuto di Stato non richiede che la distorsione della concorrenza o l'effetto sugli scambi siano sensibili o sostanziali. L'entità esigua di un aiuto o le dimensioni modeste dell'impresa beneficiaria non escludono, di per sé, l'eventualità che l'aiuto falsi o minacci di falsare la concorrenza a condizione tuttavia che la probabilità di una tale distorsione non sia meramente ipotetica». Sul contenuto e gli effetti della Comunicazione, cfr. A. BIONDI, *The notice of the Notion of State Aid: Every Light has its Shadow*, in B. NASCIBENE-A. DI PASCALE (eds.), *The Modernization of State Aid*, cit., p. 43 ss.

Che il confine non appaia così netto lo si evince, ad esempio, anche dalla nozione di “*aiuti de minimis*”. Secondo il regolamento (UE) n. 1407/2013<sup>22</sup>, gli aiuti «*de minimis*» sono gli aiuti che «non superano un importo prestabilito concessi a un’impresa unica in un determinato arco di tempo» e che dunque «non soddisfino tutti i criteri di cui all’articolo 107, paragrafo 1, del trattato e non siano dunque soggetti alla procedura di notifica»<sup>23</sup>. A stretto rigore pertanto, una misura di importo inferiore alla soglia stabilita difetterebbe della condizione dell’alterazione della concorrenza e non sarebbe qualificabile *tout court* come un aiuto di Stato. Tuttavia, oltre a constatare che tali misure – a quanto titola il regolamento – sono comunque rubricate come “aiuti” (seppur *de minimis*), ulteriore dubbi potrebbero risiedere nel fatto che tali misure non possono cumularsi ad altri aiuti comunque compatibili alla luce del Regolamento generale di esenzione<sup>24</sup>, qualora tale cumulo porti a un’intensità di aiuto superiore ai livelli stabiliti al capo III dello stesso regolamento<sup>25</sup>. In caso di superamento dell’ammontare massimo stabilito, l’aiuto (inteso nel suo intero ammontare e non solamente riguardo alla parte eccedente) dovrebbe essere notificato. La conseguenza che allora se ne trae è l’esigenza – per l’interprete e operatore – di verificare in ogni caso la presenza anche delle ulteriori condizioni richieste dall’art. 107 TFUE (risorse statali, vantaggio e selettività). Il cumulo di due misure il cui ammontare superi il massimale indicato, ma che tuttavia non soddisfino (entrambe o una di esse) tali condizioni non farebbe, infatti, scattare l’obbligo di notifica alla Commissione.

Un ulteriore esempio può essere tratto dalla qualificazione e valutazione di una sovvenzione ad un’impresa che svolge un servizio di interesse economico generale. A seconda del rispetto di talune o altre condizioni, la sovvenzione può consistere in una compensazione di onere di pubblico servizio, o in aiuto di Stato. In questo secondo caso l’aiuto è sottoposto alla valutazione di compatibilità da parte della Commissione, in applicazione tuttavia dell’art. 106 TFUE e del cd. “Pacchetto SIEG”. L’adozione di tale nuovo pacchetto (anch’esso previsto nel contesto dell’*Action Plan*) ha avuto tra le varie finalità anche quella di rendere più chiara la differenza tra i parametri indicati nella sentenza *Altmark*<sup>26</sup> (utili come detto ai fini della qualificazione di una misura come aiuto di Stato o come compensazione di oneri di pubblico servizio) e quelli utilizzati dalla Commissione nella valutazione di compatibilità. Nel contesto della disciplina precedente, infatti, la mancata rispondenza ad una delle “condizioni *Altmark*” (soprattutto la quarta) conduceva spesso e volentieri a considerare

---

<sup>22</sup> Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013, *relativo all’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti «de minimis»*, in G.U. L 352 del 24 dicembre 2013.

<sup>23</sup> Considerando n. 1. Il Considerando n. 3 inoltre recita: «È opportuno mantenere il massimale di 200.000 EUR per gli aiuti «de minimis» che un’impresa unica può ricevere nell’arco di tre anni da uno Stato membro. Tale massimale continua a essere necessario per garantire che, per le misure di cui al presente regolamento, si possa ritenere che non incidano sugli scambi tra gli Stati membri e/o non falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

<sup>24</sup> Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014 *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato*, in G.U. L 187 del 26 giugno 2014, p. 1.

<sup>25</sup> Art. 8 del Regolamento generale di esenzione: «Gli aiuti di Stato esentati ai sensi del presente regolamento non possono essere cumulati con aiuti «de minimis» relativamente agli stessi costi ammissibili se tale cumulo porta a un’intensità di aiuto superiore ai livelli stabiliti al capo III del presente regolamento».

<sup>26</sup> Corte Giust., 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*.

tale misura anche incompatibile. Il parametro, utilizzato nel primo *test* (valutazione di un aiuto di Stato) era infatti il medesimo anche nel successivo *test* (compatibilità)<sup>27</sup>.

## 5. I regolamenti di esenzione e le conseguenze in termini di rapporto tra ruolo della Commissione e ruolo delle autorità nazionali

Si è già riferito che la Commissione, nell'ambito dei suoi due programmi di modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato, ha provveduto ad emanare un'ingente quantità di atti a carattere generale quali regolamenti, comunicazioni e decisioni. I primi, in particolare, sono diretti a stabilire quali categorie di misure possono beneficiare dall'esenzione dell'obbligo di notifica, in quanto ritenute *ex ante* già compatibili. Come noto, sono atti direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali. È nella responsabilità delle amministrazioni verificare se talune misure rientrino nel campo di applicazione del regolamento in questione, con la conseguenza che qualora la misura di aiuto sia erogata sull'erroneo convincimento della loro rispondenza alle condizioni contenute nel regolamento, tali misure saranno considerate aiuti illegali. È bene infatti rimarcare che l'applicazione dei regolamenti – per loro intrinseca caratteristica – non comporta alcuno spazio di discrezionalità a livello nazionale. Un errore interpretativo non sarebbe in linea di principio scusabile e, dunque, in caso di dubbio le autorità nazionali sarebbero opportunamente tenute a notificare l'aiuto.

Il regolamento dovrebbe pertanto indicare criteri chiari, puntuali e trasparenti, che consentano alle autorità nazionali di limitare al minimo il margine di errore<sup>28</sup>. In ogni caso – come precisato molto di recente dalla Corte di Giustizia – poiché l'esenzione dall'obbligo di notifica costituisce un'eccezione al sistema generale, le condizioni poste dal regolamento devono essere soggette ad interpretazione restrittiva. Tuttavia, come dimostrano diversi casi portati all'attenzione della Corte di Giustizia, anche disposizioni particolarmente chiare possono ingenerare taluni dubbi circa l'ambito della competenza a livello nazionale.

---

<sup>27</sup> Cfr. G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 109 ss. Per un approfondito esame dell'applicazione delle condizioni stabilite nella sentenza *Altmark*, cfr. A. RENZULLI, *Services of General Interest: The Post-Altmark Scenario*, in *Eur. Publ. Law*, 2008, p. 399 ss., specie p. 414 ss. Su tali questioni si rinvia in dottrina a D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 893 ss., specie p. 911 ss.; ID., *Gli aiuti di Stato, l'art. 106 par. 2 TFUE e la compensazione di obbligo di servizio pubblico*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., p. 527 ss. BIONDI A., *Justifying State aid: the financing of services of general economic interest*, in T. TRIDIMAS-P. NEBBIA (eds.), *European Union Law for the Twenty-first Century*, Vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 2004.

<sup>28</sup> Corte Giust. 5 marzo 2019, causa C-349/17, *Eesti Pagar AS* (sulla quale v. *infra* più diffusamente nel testo e in nota), ove la Corte precisa che «se certo la Commissione è autorizzata ad adottare regolamenti di esenzione per categoria di aiuto, al fine di garantire una vigilanza efficace sulle regole di concorrenza in materia di aiuti di Stato e di semplificare la gestione amministrativa, senza indebolire il proprio potere di controllo in tale settore, regolamenti del genere hanno altresì come obiettivo di incrementare la trasparenza e la certezza del diritto. Il rispetto delle condizioni previste da questi regolamenti, comprese dunque quelle dettate dal regolamento n. 800/2008, permette di assicurare che i suddetti obiettivi vengano pienamente rispettati» (punto 60).

Nel recente caso *Eesti Pagar AS*<sup>29</sup>, ad esempio, il giudice *a quo* aveva posto un quesito sulla corretta interpretazione da dare all'art. 8 del regolamento 800/2008. Tale norma richiede che, ai fini dell'esenzione della misura, l'autorità nazionale verifichi se il beneficiario abbia effettivamente avviato i lavori per investimento/progetto in un momento *successivo* alla domanda di aiuti. Il regolamento prevede, infatti, che l'aiuto sia «necessario e costituisca un incentivo a sviluppare nuove attività o nuovi progetti» in maniera tale da «escludere dall'ambito di applicazione del medesimo regolamento gli aiuti a favore di attività che il beneficiario già intraprenderebbe alle normali condizioni di mercato»<sup>30</sup>.

Poiché nel caso di specie, la conclusione del contratto di compravendita delle attrezzature strumentali all'attività era avvenuta prima della concessione della misura dell'aiuto da parte delle autorità nazionali, il giudice remittente si domandava se le autorità potessero comunque dimostrare in altri modi la produzione dell'effetto di incentivazione della misura di aiuto rispetto al progetto da avviare<sup>31</sup>. Secondo la Corte «l'antiorità della domanda di aiuto rispetto all'avvio dell'esecuzione del progetto di investimento costituisce un criterio semplice, pertinente e adeguato che consente alla Commissione di presumere l'effetto di incentivazione dell'aiuto progettato». Inoltre «nessun elemento del regolamento n. 800/2008 tende a indicare che la Commissione, con l'adozione di tale regolamento, abbia avuto l'intenzione di trasferire alle autorità nazionali il compito di verificare l'esistenza o meno di un reale effetto di incentivazione». Questo perché, prosegue la Corte, il par. 6 dell'art. 8 del regolamento subordina espressamente l'esenzione della misura dall'obbligo di notifica al rispetto delle condizioni enunciate nei par. 2 e 3 del medesimo articolo. Pertanto «il ruolo delle suddette autorità si limita a verificare se la domanda di aiuto sia stata presentata prima dell'avvio dei lavori relativi al progetto o all'attività in questione e, per questa ragione, se l'aiuto debba o no essere considerato come avente un effetto di incentivazione». La verifica da parte delle autorità nazionali dell'esistenza o meno di un effetto di incentivazione non potrebbe, dunque, essere considerata come un «criterio chiaro e semplice» perché imporrebbe di effettuare, caso per caso, valutazioni economiche complesse<sup>32</sup>.

Quanto espresso dalla Corte non significa ovviamente che lo Stato – in altre circostanze – non abbia mai la facoltà di dimostrare che una misura produca un effetto di incentivazione rispetto ad una data attività sulla base di criteri diversi da quello dell'antiorità della domanda di aiuto. Lo può, infatti, fare nel normale contesto della procedura di controllo (indagine preliminare ed indagine formale)

---

<sup>29</sup> Corte Giust. 5 marzo 2019, *Eesti Pagar AS*, cit.

<sup>30</sup> Punto 63.

<sup>31</sup> Le domande poste dal giudice del rinvio erano le seguenti: «Se l'articolo 8, paragrafo 2, del [regolamento n. 800/2008] debba essere interpretato nel senso che [...] i lavori "relativi al progetto o all'attività" devono intendersi avviati quando l'attività da finanziare consiste ad esempio nell'acquisto di un impianto ed è stato stipulato il contratto di compravendita relativo a tale impianto. Se le autorità degli Stati membri siano legittimate a valutare l'esistenza di una violazione del criterio stabilito nella disposizione sopra citata sulla base dei costi di un recesso dal contratto, il quale sia contrario al requisito dell'effetto di incentivazione». Nel caso di risposta affermativa «in presenza di costi di quale entità (in percentuale), derivanti dal recesso dal contratto, si possa ritenere che essi siano marginali sotto il profilo del soddisfacimento del requisito dell'effetto di incentivazione».

<sup>32</sup> Il compito delle autorità, sulla base del suddetto regolamento, non è dunque quello di «verificare l'esistenza o meno di un reale effetto di incentivazione dell'aiuto in questione» bensì è dunque solo quello «di appurare se le domande di aiuti che vengono ad essi presentate soddisfino o no le condizioni previste dall'articolo 8 del citato regolamento e permettano di affermare che gli aiuti si considerano come aventi un carattere incentivante» (punto 64).

e, in tale sede la Commissione non potrebbe invece ancorare la sua valutazione solo all'accertamento di un determinato requisito<sup>33</sup>. L'applicazione di un regolamento comprime invece – anche per sua stessa natura – sia lo spazio di discrezionalità di cui godrebbe altrimenti la Commissione se avviasse la procedura di controllo, sia il margine di manovra che lo Stato avrebbe nel poter argomentare la sua posizione in contraddittorio con la Commissione.

Difatti la Corte, sempre nel caso di cui sopra, precisa che la conclusione raggiunta in altra sentenza<sup>34</sup> – e cioè che il carattere necessario di un aiuto per un progetto di investimento a finalità regionale poteva essere dimostrato sulla base di criteri diversi da quello dell'antioriorità della domanda di aiuto rispetto all'avvio dell'esecuzione del progetto – «non è trasponibile alla valutazione cui un'autorità nazionale deve procedere ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 800/2008»<sup>35</sup>.

In sostanza, proprio per il fatto che la Commissione, ai fini dell'applicazione dell'art. 107 TFUE, gode «di un ampio potere discrezionale, il cui esercizio implica *complesse valutazioni di ordine economico e sociale*»<sup>36</sup>, l'autorità nazionale, nel momento in cui intende beneficiare di un regolamento di esenzione per l'erogazione di misure di aiuto, di fatto rinuncia alla possibilità di dimostrare, per altre vie, la produzione, da parte della misura in questione, di effetti positivi per il mercato (tra cui appunto l'effetto di incentivazione) e dunque di inserirsi, in contraddittorio, con la Commissione in più complesse valutazioni, accettando pertanto che solamente il rispetto di taluni criteri, particolarmente chiari e semplici (e non di altri più complessi) possa giustificare l'esenzione dell'obbligo di notifica della misura.

## 6. **Segue: il rapporto tra valutazione di compatibilità e poteri delle autorità nazionali riguardo alle Comunicazioni e i vincoli per la Commissione**

Il rapporto tra il giudizio di compatibilità svolto dalla Commissione e le valutazioni effettuate dalle autorità nazionali è ancora meno netto nel caso delle *Comunicazioni, Linee guida e Orientamenti*. La finalità di tali atti – divenuti nel tempo sempre più articolati e dettagliati – è duplice: i) assolvere ad una generale esigenza di trasparenza degli atti e di prevedibilità della valutazione di compatibilità della Commissione in caso di aiuti sottoposti ad obbligo di notifica; ii) guidare le autorità nazionali e indurle a predisporre misure di aiuto che rispondano già a tali criteri (e che dunque avranno maggiori probabilità di essere autorizzate).

Come noto atti del genere, a differenza dei regolamenti, non sono vincolan-

---

<sup>33</sup> V. ad esempio quanto specificato nei *Principi comuni* a proposito dell'effetto di incentivazione (par. 4.2). Al punto 45 si precisa che «affinché la Commissione possa misurare l'effetto di incentivazione preteso, è in genere necessario che lo Stato membro produca la documentazione interna del beneficiario che dimostri che l'attività interessata non sarebbe stata intrapresa in assenza di aiuti». Il documento prosegue poi elencando i documenti che possono essere utile a tali fini (piano aziendale, preventivo dei costi, calcolo della redditività, analisi finanziaria del progetto; ecc.).

<sup>34</sup> Corte Giust., 13 giugno 2013, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, E, *HGA e a. c. Commissione*.

<sup>35</sup> Punto 79.

<sup>36</sup> Corte Giust., 11 settembre 2008, *Germania e a. c. Kronofrance*, cit., punto 59, e 8 marzo 2016, *Grecia c. Commissione*, cit., punto 68.

ti per gli Stati membri. Tale concetto esige tuttavia una precisazione anche alla luce della nota sentenza che la Corte di Giustizia ha reso nel caso *Kotnik*<sup>37</sup> sollevato dalla Corte costituzionale slovena. Il caso era complesso e riguardava, come noto, una comunicazione in materia bancaria. Tra le varie questioni portate all'attenzione della Corte la prima riguardava gli effetti e la portata di tale comunicazione. Nella fattispecie la Commissione aveva stabilito che, ai fini di una sua valutazione positiva, l'aiuto dovesse limitarsi allo stretto necessario e che tale condizione si riteneva soddisfatta nel caso in cui lo Stato avesse imposto «alle banche in difficoltà, prima della concessione di qualsivoglia aiuto di Stato, di convertire in capitale i titoli subordinati o svalutarli» o «di impiegare integralmente tali titoli per assorbire le perdite (punto 44 della Comunicazione)». Ebbene, la Corte osserva che «la circostanza che una misura di aiuto di Stato rispetti i criteri enunciati al punto 44 della comunicazione sul settore bancario costituisce, in linea di principio, una condizione sufficiente perché la Commissione ne dichiari la compatibilità con il mercato interno»<sup>38</sup>. Lo Stato che osservi tale condizione può dunque vantare un legittimo affidamento sul successivo valutazione di compatibilità da parte della Commissione. Nel caso in cui invece lo Stato non riesca, «non si potrà [ovviamente] ritenere che l'aiuto di Stato di cui trattasi sia stato limitato al minimo necessario, come richiede il punto 15 della comunicazione sul settore bancario»<sup>39</sup>. Ne consegue che «lo Stato membro, come le banche beneficiarie degli aiuti di Stato di cui trattasi, si assumono il rischio di vedersi opporre una decisione della Commissione che dichiara l'incompatibilità di tali aiuti con il mercato interno»<sup>40</sup>. Tuttavia la circostanza che una misura di aiuto di Stato rispetti i criteri enunciati al punto 44 della Comunicazione non è «strettamente necessaria»<sup>41</sup> ai fini di un esito positivo della valutazione. Tali criteri infatti non dispensano «la Commissione dall'obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invochi»<sup>42</sup>.

La premessa, scontata, da cui parte la Corte è che una comunicazione (benché dettagliata e con la quale siano esplicitate le condizioni e criteri in base ai quali un aiuto possa essere ritenuto compatibile) non ha l'effetto di stabilire *ex ante* la compatibilità di un aiuto (e dunque di rendere la misura esentabile) e non ha la stessa portata normativa di un regolamento<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Corte Giust., 19 luglio 2016, causa C-526/14, *Tadej Kotnik e a.*

<sup>38</sup> Punti 99-100.

<sup>39</sup> Punto 100.

<sup>40</sup> Punto 99.

<sup>41</sup> Punto 99.

<sup>42</sup> Al punto 98 della sentenza si legge quanto segue: «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».

<sup>43</sup> La Corte precisa infatti che «Si deve infine rilevare che, adottando la comunicazione sul settore bancario, la Commissione non ha sconfinato nelle competenze affidate al Consiglio dell'Unione europea dagli articoli 108 e 109 TFUE. Infatti, dal momento che tale comunicazione stabilisce unicamente norme di comportamento che limitano la Commissione nell'esercizio del potere discrezionale conferitole dall'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE, essa non incide sul potere riconosciuto al Consiglio, all'articolo 108, paragrafo 2, terzo comma, TFUE, di dichiarare un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno, su richiesta di uno Stato membro, in presenza di circostanze eccezionali, e non costituisce un regolamento ai sensi dell'articolo 109

A differenza, infatti, da quanto accade nell'ambito di un regolamento, l'osservanza dei criteri indicati dalla Commissione non costituisce pertanto *una condicio sine qua non* ai fini della valutazione positiva. Tale osservanza si limita solo a garantire allo Stato membro (ingenerando dunque un legittimo affidamento) che la misura sarà considerata compatibile, ma in caso contrario non preclude allo Stato membro di invocare criteri alternativi ed ulteriori e non esime la Commissione dall'esaminarli.

Quello che dunque è certo è che la Comunicazione costituisce un vincolo per la stessa Commissione piuttosto che per gli Stati membri. La giurisprudenza è costante sul punto e anche nel caso *Kotnik*, la Corte ha voluto ricordare che «adottando norme di comportamento ed annunciando, con la loro pubblicazione, che esse verranno da quel momento in avanti applicate ai casi a cui esse si riferiscono, la Commissione *si autolimita* nell'esercizio di detto potere discrezionale»<sup>44</sup>.

## 7. I rapporti tra la valutazione di compatibilità e il giudizio in sede nazionale

Più complesso è il rapporto tra la competenza esclusiva della Commissione e i poteri dei giudici nazionali. Senza alcuna pretesa di esaustività, è opportuno tuttavia sottolinearne gli elementi principali, non senza evidenziare, a titolo esemplificativo, alcune delle questioni che denotano la difficoltà di separare nettamente i confini tra la competenza dell'una e degli altri.

Secondo una giurisprudenza consolidata, «l'attuazione del sistema di controllo degli aiuti di Stato [...] incombe, da un lato, alla Commissione e, dall'altro, ai giudici nazionali» con «ruoli *distinti ma complementari*»<sup>45</sup>. Se la Commissione ha la competenza in via esclusiva a valutare la compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato, i giudici nazionali invece «provvedono alla salvaguardia dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di previa notifica degli aiuti di Stato alla Commissione»<sup>46</sup>. L'art. 107 TFUE non gode, infat-

---

TFUE, il quale, ai sensi dell'articolo 288, secondo comma, TFUE, esplica effetti vincolanti *erga omnes*».

<sup>44</sup> Corte Giust., 19 luglio 2016, *Tadej Kotnik e a.*, cit., punti 40-41 e 98; v. anche Corte Giust., 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, punto 211.

<sup>45</sup> Corte Giust., 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express International (SFEI) e a.*, punto 41; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *van Calster e a.*, punto 47; 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine*, punto 37.

<sup>46</sup> Corte Giust., 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Lorenz*; 11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express International (SFEI) e a.*, cit.; 21 ottobre 2003, *van Calster e a.*, cit.; 5 ottobre 2006, *Transalpine*, cit.; 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex Capital IV*. Sul ruolo del giudice nazionale e sul *private enforcement* in materia di aiuti di Stato, cfr. recentemente P. PIVA, *Giudice nazionale e aiuti alle imprese tra public e private enforcement*, Cacucci, Bari, 2018; V. KREUSCHITZ-N.BERMEJO, *The Role of National Courts in the Enforcement of the European State Aid Rules*, in V. TOMLJENOVIC, N. BODIROGA-VUKOBRAT, V.B. MALNAR, I KUNDA, (eds.), *EU Competition and State Aid Rules*, Springer 2018, p.221 ss.; in precedenza, *ex multis*, A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi procedurali*, Padova, 2013; C. SCHEPISI, *Il private enforcement dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale* e F. BESTAGNO, *Il risarcimento dei danni per la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, entrambi in L.F.PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., p. 599 ss. e 649 ss.; P.F. NEMITZ (a cura di), *The Effective application of State Aid Procedures*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007.

ti, di efficacia diretta, sicché «i singoli non possono [...] in forza del solo art. 92, contestare la compatibilità di un aiuto con il diritto comunitario avanti ai giudici nazionali, né chiedere a questi ultimi di pronunciarsi, in via principale o incidentale, su un'eventuale incompatibilità»<sup>47</sup>.

Tuttavia, se il giudice è nella posizione migliore per trarre tutte le conseguenze giuridiche, dal punto di vista interno, connesse all'illegittimità della misura di aiuto, e dunque per offrire una tutela giurisdizionale alle parti private, il suo ruolo è d'altra parte confinato entro margini abbastanza precisi.

Innanzitutto, il giudice deve rimediare *concretamente* agli effetti della situazione illegittima<sup>48</sup>. Attraverso gli strumenti a sua disposizione nell'ordinamento nazionale, egli ha l'*obbligo* di raggiungere il risultato voluto dal diritto dell'Unione europea e cioè il ripristino dello *status quo ante*<sup>49</sup>. In secondo luogo, il giudice nazionale, nell'ambito della propria discrezionalità, dovrà, in ogni caso, tenere conto dei principi vigenti a livello di Unione europea<sup>50</sup>. Infine, il giudice nazionale è vincolato dalle decisioni adottate dalla Commissione, intervenute prima o nelle more del giudizio<sup>51</sup>.

Le competenze del giudice e della Commissione sono svolte (o dovrebbero svolgersi) in sostanziale autonomia l'una dall'altra<sup>52</sup>. In pendenza di un procedimento dinanzi alla Commissione il giudice non è, infatti, neppure tenuto alla sospensione del giudizio nazionale<sup>53</sup>. E ciò proprio in quanto il diverso oggetto (valutazione della compatibilità di un aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE o violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE), oltre che evidentemente la diversa natura (l'una amministrativa e l'altra giurisdizionale) del procedimento avviato dalla Commissione rispetto a quello che si svolge dinanzi al giudice, giustifica – ed anzi impone – che il giudice prosegua autonomamente il suo giudizio al fine di assicurare una tutela immediata al ricorrente, eventualmente disponendo misure cautelari<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

<sup>48</sup> Corte Giust., 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*; 18 dicembre 2008, causa C-384/17 *Wienstrom*, punto 28.

<sup>49</sup> Tra le tante, v. Corte Giust., 8 dicembre 2011, causa C-199/06, *Residex Capital IV*.

<sup>50</sup> La valutazione, ad esempio, di circostanze eccezionali che possano ostare al recupero dell'aiuto tra le quali, *in primis*, il legittimo affidamento delle imprese.

<sup>51</sup> Il giudice nazionale è infatti vincolato non solo dalla decisione finale della Commissione, ma anche da quella di avvio della procedura di indagine formale Corte Giust., 21 novembre 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa*. Cfr. C. SCHEPISI, *Gli effetti delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato sui poteri del giudice nazionale*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 393. Inoltre – secondo quanto espresso nel noto caso *Lucchini* – qualora egli adotti una sentenza in spregio ad una precedente decisione della Commissione che abbia ordinato il recupero di un aiuto illegale ed incompatibile (e che sia divenuta definitiva), il principio del primato imporrebbe la disapplicazione della regola nazionale sulla *res iudicata* (Corte Giust., 18 luglio 2007, causa C-392/04, *Lucchini*). Cfr., *ex multis*, G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità di giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 595. Sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di giudicato, cfr. G. GRECO, *Il rapporto particolare tra gli aiuti di Stato e il giudicato*, in *www.Eurojus.it.*, 4 settembre 2018.; C. SCHEPISI, *L'autonomia del giudice nazionale e il principio del giudicato nella materia degli aiuti di Stato: un tentativo di approccio coerente e sistematico*, in *Dir. Un. eur.* 2018, p. 745 ss.

<sup>52</sup> Corte Giust., 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike*; 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération national du commerce extérieur des produits alimentaires*.

<sup>53</sup> Corte Giust., 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

<sup>54</sup> Corte Giust., 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

Il rischio di una parziale sovrapposizione dei giudizi certamente esiste, ma è – quanto meno all'apparenza – molto più limitata di quanto possa invece sussistere nel caso di contemporanea applicazione, da parte dell'istituzione e dei giudici interni, degli artt. 101 e 102 TFUE, dove effettivamente risulta più marcata un'eventuale interferenza delle rispettive valutazioni. Nel caso degli aiuti di Stato, e sempre che il giudice si attenga correttamente ai soli profili atinenti all'art. 108, par. 3, TFUE (e cioè il suo potere non sconfini nella valutazione di compatibilità<sup>55</sup>), possibili e fisiologici conflitti potrebbero (*rectius*: dovrebbero) unicamente prodursi in merito alla definizione di una misura di aiuto di Stato e alla sua qualificazione come aiuto nuovo od esistente.

A livello pratico, tuttavia, anche il giudice nazionale più accorto potrebbe in taluni casi rilevare delle difficoltà nella corretta delimitazione delle rispettive sfere di azione.

Il giudice ad esempio non potrebbe limitare o ampliare la portata applicativa di una decisione della Commissione con la quale quest'ultima dichiara compatibile un aiuto di Stato. Precisazioni in tal senso le troviamo nella sentenza *PGE*<sup>56</sup>, adottata su rinvio pregiudiziale di un giudice polacco relativamente ad una questione riguardante le misure di sostegno nel settore dell'energia elettrica. Nella fattispecie la Commissione – conformemente ad una sua Comunicazione relativa al metodo per l'analisi degli aiuti di Stato connessi a taluni costi non recuperabili (metodo CNR) aveva ritenuto, con la decisione 2009/287, che taluni aiuti fossero compatibili. Tuttavia, il contesto di fatto preso inizialmente in considerazione dalla Commissione aveva subito nel frattempo delle modifiche. La PGE, ed una seconda società (l'«ELB»), che inizialmente non appartenevano al medesimo gruppo di imprese nel periodo durante il quale la PGE aveva assunto gli impegni il cui rimborso aveva fatto sorgere i costi non recuperabili, risultavano invece far parte del medesimo gruppo alla data di adozione della decisione 2009/287. Il giudice pertanto si interrogava sul suo potere di tenere conto dell'effettiva appartenenza dei beneficiari del programma di aiuti di stato in questione, a un gruppo di imprese che includeva altri produttori, e dunque si chiedeva se fosse comunque competente a verificare se le disposizioni nazionali riconosciute come aiuti di Stato autorizzati fossero conformi con i principi enunciati nel [metodo CNR], nonostante fosse già intervenuta la decisione della Commissione.

Anche in tal caso la Corte di Giustizia ha fermamente escluso il potere del giudice di sostituire la propria valutazione a quella effettuata dalla Commissione, nella specie nella sua decisione 2009/287<sup>57</sup>, perché «riconoscere a un giudice nazionale la possibilità di effettuare una tale valutazione porterebbe appunto quest'ultimo a superare i limiti della propria competenza volti a garantire il rispetto del diritto dell'Unione relativo agli aiuti di Stato»<sup>58</sup>. Se è pur vero che il mutamento delle circostanze di fatto potrebbero indurre al giudice a interrogarsi sulla pertinenza della decisione della Commissione al riguardo (punto 38), «non si può porre rimedio a una tale problematica attribuendo ai giudici

---

<sup>55</sup> Come accaduto nel noto caso *Traghetti del Mediterraneo*, Corte Giust., 13 giugno 2006, causa C-173/03; 10 giugno 2010, causa C-140/09, *Fallimento Traghetti Mediterraneo*; si veda anche la recentissima Corte Giust., 23 gennaio 2019, causa C-387/17, *Fallimento Traghetti Mediterraneo* su rinvio della Corte di Cassazione nell'ambito dell'azione risarcitoria promossa contro lo Stato (Cass. civ., sez. III, ord. 22 giugno 2017, n. 15539).

<sup>56</sup> Corte Giust., 15 settembre 2016, causa C-574/14, *PGE*.

<sup>57</sup> Punto 36.

<sup>58</sup> Punto 37.

nazionali competenze esclusive della Commissione, dovendosi, invece, cercare una soluzione nella delimitazione dei [loro] ruoli complementari, ma distinti»<sup>59</sup>.

Secondo la Corte, l'unico rimedio di cui pertanto dispone il giudice nazionale è, nella specie, la richiesta di chiarimenti alla Commissione «che ha qualificato una determinata misura come aiuto di Stato», o un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, TFUE, per «deferire una questione pregiudiziale alla Corte vertente sull'interpretazione dell'articolo 107 TFUE»<sup>60</sup>.

Tale ultimo inciso solleva tuttavia qualche perplessità. Il rinvio pregiudiziale – che correttamente la Corte di Giustizia esorta ad utilizzare per l'interpretazione dell'art. 107 TFUE (non sarebbe infatti esperibile per dubbi sulla compatibilità della misura stante la competenza esclusiva della Commissione) – non sarebbe d'aiuto ad un giudice nazionale che invece nutre dei dubbi sul corretto inserimento di un'impresa nell'ambito di un progetto valutato compatibile dalla Commissione. Ed allora, delle due dunque l'una: o si trattava di interpretare l'art. 107 TFUE (e la decisione della Commissione) e quindi anche giudice ne avrebbe avuto piena e diretta facoltà, o la questione atteneva invece ad una (nuova) valutazione della compatibilità della misura, ed allora né il giudice ma neppure la Corte di Giustizia sarebbero stati competenti. Di fatto il giudice nazionale sembrava aver chiesto chiarimenti in merito alla corretta interpretazione della decisione della Commissione. Tuttavia poiché si trattava di determinare di fatto la portata applicativa della decisione, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente fornito al giudice taluni elementi che la Commissione aveva mancato di valutare nel (diverso) esame della compatibilità della misura<sup>61</sup>.

I rapporti tra il giudice nazionale e la Commissione in presenza di una decisione di compatibilità sono poi ancor più complessi nel caso in cui tale decisione intervenga dopo la constatazione – da parte del primo – dell'illegalità di un aiuto di Stato. Anche riguardo a tale aspetto è possibile rilevare alcune contraddizioni. Pur riguardando – la compatibilità e l'illegalità – profili differenti, alcune interferenze tra l'una e l'altra sono inevitabili.

Uno dei principi consolidati è quello secondo cui «la decisione [...] che dichiara un aiuto di Stato compatibile con il mercato comune non ha la conseguenza di regolarizzare a posteriori gli atti di esecuzione di tale aiuto, [...] invalidi a causa dell'inosservanza del divieto di cui all'art. 88, n. 3, ultima frase»<sup>62</sup>. Ne consegue che il giudice nazionale non potrà esimersi dal trarre le conseguenze connesse all'illegittimità di una misura neppure qualora nelle more del suo giudizio sia intervenuta una decisione di compatibilità,

Tale principio è stato tuttavia ridimensionato a partire dal caso *CELF*. Qua-

<sup>59</sup> Punto 39.

<sup>60</sup> V. in tal senso, segnatamente, sentenze dell'11 luglio 1996, *SFEI e a.*, cit., punti 50 e 51, nonché 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, cit., punto 44.

<sup>61</sup> Al punto 56 della sentenza la Corte fornisce la risposta al secondo quesito posto dal giudice nazionale, subordinato alla risposta negativa (e cioè all'assenza del potere del giudice nazionale di valutare egli stesso la portata applicativa della decisione): «Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla seconda questione nel senso che l'articolo 4, paragrafi 1 e 2, della decisione 2009/287, letto alla luce del metodo CNR, deve essere interpretato nel senso che esso richiede, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, che, nel determinare l'adeguamento annuale della compensazione dei costi non recuperabili da versare a un produttore appartenente a un gruppo di imprese, si tenga conto di tale appartenenza e, pertanto, del risultato finanziario di tale gruppo alla data in cui tale adeguamento è effettuato».

<sup>62</sup> Corte Giust., 5 ottobre 2006, *Transalpine*, cit., punti 53-54.

lora la Commissione abbia adottato una decisione di compatibilità su un aiuto illegale prima della definizione del giudizio in sede nazionale, la Corte ha, infatti, chiarito che «[il diritto comunitario] non gli impone [ndr. al giudice] un obbligo di recupero integrale dell'aiuto illegittimo [...] e che l'obiettivo [che vengano attuati solo aiuti compatibili] non sarà stato contraddetto dal versamento prematuro dell'aiuto». [...] Infatti «il giudice nazionale è [...] tenuto ad ordinare al beneficiario dell'aiuto il pagamento degli interessi per il periodo d'illegalità».

La sentenza segna un chiaro passaggio tra un approccio formale ad uno sostanziale: l'obbligo di notifica di cui all'art. 108, par. 3, TFUE non mira ad evitare l'introduzione di aiuti non autorizzati, bensì di aiuti incompatibili. Se in termini di effetti sul mercato, la sentenza *CELF* adotta dunque una soluzione che potrebbe essere, per certi versi, definita equa e ragionevole<sup>63</sup>, la pronuncia costituisce un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale del principio ulteriormente chiarito nella sentenza *Transalpine*<sup>64</sup>. Pur continuando, la Corte, a negare che una decisione di compatibilità possa sanare l'illegalità della misura, è tuttavia chiaro che il compromesso raggiunto in *CELF* è suscettibile di produrre *de facto* analoghi effetti<sup>65</sup>.

Il fatto che la Commissione abbia adottato una decisione di compatibilità dell'aiuto produce inoltre notevoli conseguenze dal punto di vista del ruolo del giudice interno, del suo margine di apprezzamento e dei suoi rapporti con la Commissione. In presenza di tale decisione, la Corte precisa, infatti, che il giudice, all'occorrenza, può «nell'ambito del suo diritto nazionale, [...] inoltre ordinare il recupero dell'aiuto illegittimo, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione a quest'ultimo in un momento successivo»<sup>66</sup>.

La lettura di tale inciso induce, innanzitutto, a chiedersi se il diritto dell'Unione addirittura *vieti* al giudice di disporre il recupero sulla sola base dell'art. 108.3. Nonostante la poca chiarezza di taluni passaggi, ci sembra tuttavia che il giudice sia comunque abilitato, qualora volesse, a disporre il recupero sulla base del diritto dell'Unione<sup>67</sup>. Una conclusione contraria (cioè il giudice nem-

---

<sup>63</sup> Cfr. V. sul punto anche F. SPITALERI, *Recenti sviluppi in materia di private enforcement delle norme sugli aiuti di Stato: i casi CELF e Wienstrom*, in *Dir. Un. eur.* 2010, p. 463. Precedentemente alla sentenza *CELF*, v. anche G. STROZZI, *Aiuti di Stato*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, p. 312 ss.

<sup>64</sup> Corte Giust., 5 ottobre 2006, *Transalpine*, cit. Anche in tale caso, l'illegittimità di un aiuto era stata fatta valere dopo che era stata emessa la decisione della Commissione che dichiarava l'aiuto compatibile con il mercato comune e la Corte aveva ribadito che la compatibilità non sana l'illegalità (punti 53-54), a prescindere dal fatto «che una domanda sia proposta prima o dopo l'adozione della decisione che dichiara l'aiuto compatibile con il mercato comune, in quanto tale domanda riguarda la situazione illegittima che deriva dalla mancata notifica» (punto 55). La pronuncia *CELF* introduce invece un'evidente scissione circa le conseguenze dell'illegalità della misura di aiuto a seconda che sia o meno intervenuta una decisione di compatibilità dell'aiuto e conseguentemente anche del momento in cui è stata proposta dinanzi al giudice nazionale la domanda di restituzione. Eppure, come sottolineato in dottrina, la violazione sottostante è la medesima. Per osservazioni critiche cfr. B. CHEYNEL-A. GIRAUD, *New Paradigm for Recovery of Unlawful Aid in the EU – National Judges and the 'Exception of Compatibility'*, in *World Competition*, 2008, p. 557 ss.

<sup>65</sup> V. per ulteriori spunti, S. AMADEO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., il quale si sofferma sul confronto della sentenza *CELF* e la sentenza *Wienstrom*, p. 222.

<sup>66</sup> Corte Giust., 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 53.

<sup>67</sup> Secondo B. CHEYNEL-A. GIRAUD, *New Paradigm for Recovery of Unlawful Aid in the EU*, cit. La Corte non impone al giudice di non recuperare bensì *tollera* che il giudice non disponga tale recupero.

meno può) introdurrebbe una vera e propria rottura con il principio fondamentale secondo cui il giudice, in presenza di un aiuto illegale, deve, in linea di principio, ordinare il recupero.

Qualche perplessità – sempre in termini di rapporto tra compatibilità e illegalità – suscita inoltre il fatto che lo Stato avrebbe diritto «di dare nuovamente esecuzione a quest'ultimo in un momento successivo». Se da un punto di vista strettamente logico l'affermazione non sorprende, ci si chiede, infatti, su quale base giuridica lo Stato possa nuovamente erogare la misura. L'aiuto (compatibile) è pur sempre un aiuto illegale e la misura che lo ha istituito è dunque affetto da un vizio *ab origine* che la rende illegittima *ex tunc*. Inoltre, eventuali atti amministrativi adottati per eseguire la misura di aiuto potrebbero essere stati annullati anche dallo stesso giudice. Dalla lettura della sentenza non sembrerebbe che lo Stato abbia il dovere di notificare nuovamente la misura di aiuto (anche perché la Commissione si è già espressa sulla sua compatibilità). È innegabile, tuttavia, che concedere allo Stato di ri-erogare l'aiuto sulla base della preesistente normativa equivarrebbe, ancora una volta, ad ammettere che la compatibilità, successivamente accertata, della misura abbia, *de facto*, regolarizzato retroattivamente la misura altrimenti illegittima e, dunque, inutilizzabile.

## 8. La discrezionalità tecnica della Commissione e i parametri “esterni” per la valutazione di compatibilità: il rispetto delle altre norme del Trattato

Quanto espresso nei precedenti paragrafi introduce la seconda questione, connessa alla precedente: l'individuazione dei limiti all'esercizio discrezionale della competenza da parte della Commissione. Tali limiti corrispondono *in primis* ai criteri che la stessa Commissione esplicita nei suoi atti a contenuto non vincolante e che, per tale ragione, è tenuta a rispettare nella sua valutazione di compatibilità. A ciò occorre evidentemente aggiungere – trattandosi di una discrezionalità tecnica – il rispetto di un obbligo generale di diligenza<sup>68</sup> e dei principi di proporzionalità e del legittimo affidamento (con conseguenze in termini di corretta motivazione della decisione)<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> V. ad esempio Trib., 13 settembre 2013, causa T-133/10, *Animal Trading Company (ATC)* e a. ove si legge: «il rispetto del dovere della Commissione di raccogliere diligentemente gli elementi materiali indispensabili all'esercizio del suo ampio potere discrezionale nonché il suo controllo da parte del giudice dell'Unione sono tanto più importanti in quanto l'esercizio del suddetto potere discrezionale è soggetto soltanto a un controllo giurisdizionale limitato al merito, esclusivamente finalizzato alla ricerca di un errore manifesto. Così, l'obbligo per l'istituzione competente di esaminare con cura e imparzialità tutti gli elementi pertinenti della fattispecie costituisce una premessa indispensabile affinché il giudice dell'Unione possa verificare se sussistessero gli elementi di fatto e di diritto da cui dipende l'esercizio di questo ampio potere discrezionale».

<sup>69</sup> La Corte tiene infatti a precisare che «Nel caso in cui un'istituzione dell'Unione disponga di un ampio potere discrezionale, è tuttavia di fondamentale importanza la verifica del rispetto, nei procedimenti amministrativi, delle garanzie conferite dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Tra queste garanzie rientrano, in particolare, l'obbligo dell'istituzione competente di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie e quello di motivare la decisione in modo sufficiente» (Corte Giust., 6 novembre 2008, causa C-405/07 P, *Paesi Bassi c. Commissione*, punto 56; 21 novembre 1991, causa C-269/90, *Technische Universität München*, punto 14).

Ci sono tuttavia ulteriori limiti – meno evidenti – di cui tenere conto. L'art. 107 TFUE non costituisce infatti l'unica norma in riferimento alla quale la Commissione svolge il suo giudizio. Nel caso, ad esempio dei finanziamenti di servizi di interesse economico generale, l'analisi è condotta nell'ambito dell'art. 106 TFUE (e del pacchetto di normativa derivata) e non dell'art. 107 TFUE. Ma anche nel più circoscritto ambito di tale ultima norma non è escluso che la Commissione non sia vincolata al rispetto di ulteriori disposizioni del TFUE. Nell'ipotesi di aiuti concessi mediante misure fiscali, è infatti possibile che la misura che istituisce il tributo, e contestualmente ne dispone l'esonero, sia da considerare come una misura *unitaria* dal punto di vista della disciplina sugli aiuti di Stato<sup>70</sup>. La Commissione, al termine di una indagine formale, potrebbe quindi adottare una decisione negativa su un aiuto illegale, rilevando che taluni elementi costitutivi della misura di aiuto, e strettamente collegati al suo oggetto e funzionamento, si pongono in contrasto con altre norme del Trattato – quali ad esempio gli artt. 30, 110, 49 e 56 TFUE, nonché da ultimo, l'art. 63 TFUE<sup>71</sup> – e dunque incidono direttamente sulla compatibilità dell'aiuto. Secondo una giurisprudenza costante, «la procedura prevista dall'art. 93 [art. 108 TFUE] non deve mai pervenire ad un risultato contrario a norme specifiche del trattato stesso. Pertanto un aiuto di Stato che, in considerazione di determinate sue modalità contrasti con altre disposizioni del trattato non può essere dichiarato dalla Commissione compatibile con il mercato comune»<sup>72</sup>.

Tra il prelievo fiscale e il finanziamento o l'agevolazione concessa a terzi deve però sussistere una correlazione particolarmente stretta<sup>73</sup>. Non è ad esempio sufficiente che il vantaggio fiscale sia genericamente compensato con un aumento del tributo qualora il gettito del tributo sia utilizzato per diversi fini, e non solo per l'aiuto, e il tributo non gravi specificamente sul settore a cui l'aiuto è indirizzato<sup>74</sup>. Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge che la suddetta condizione è soddisfatta allorché la legislazione nazionale i) preveda espressamente ed inequivocabilmente che il prelievo a carico di taluni soggetti sia direttamente utilizzato per finanziare/agevolare il beneficiario dell'aiuto e ii) determini esattamente l'ammontare o la quota parte

---

<sup>70</sup> Con la conseguenza che, in caso di illegalità dell'aiuto sarà illegittima, dal punto di vista dell'ordinamento interno, anche la riscossione del tributo in quanto modalità di finanziamento dell'aiuto stesso.

<sup>71</sup> Si veda molto recentemente Corte Giust., 2 maggio 2019, causa C-598/17, *A-Fonds*.

<sup>72</sup> Corte Giust., 22 marzo 1977, causa 74/76, *Iannelli e Volpi*. Nella già citata sentenza *Van Calster e a.*, la Corte aveva statuito che «le modalità di finanziamento di un aiuto possono rendere incompatibile con il mercato comune il regime di aiuto complessivamente considerato che esse mirano a finanziare». V. anche Corte Giust., 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks*, cit.; 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania c. Commissione*; 15 giugno 1993, causa C-225/91, *Matra SA c. Commissione*; 21 maggio 1980, causa 73/79, *Commissione c. Italia*.

<sup>73</sup> Corte Giust., 21 ottobre 2003, *Van Calster*, cit.; 16 dicembre 1992, *Lornoy*, cit.; 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks*, cit.; 27 novembre 2003, causa C-34/01 e C-38/01, *Enirisorse*. L'esistenza di un nesso particolarmente stretto il prelievo e la misura di aiuto prescinde totalmente dal fatto che i soggetti gravati dall'onere fiscale e quelli agevolati si pongano in rapporto di diretta concorrenza; cfr. sul punto M. KEKELEKIS-I.E. RUSU, *Régie Networks v. Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*, cit., specie pp. 573-574.

<sup>74</sup> Corte Giust., 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest Westelijk*, punto 29. In linea generale si è osservato che l'esistenza di un vincolo di destinazione tra prelievo e aiuto è un'ipotesi che si verifica più comunemente nell'ambito dei tributi parafiscali che nell'ambito delle imposte. Cfr., tra gli altri, L. CERASO, *Aiuti di Stato, sulla possibilità di un singolo di chiedere la restituzione di una tassa se questa costituisce parte integrante di una misura di aiuto erogato in violazione dell'art. 88, n. 3, ultima frase, TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 981 ss.

del prelievo da destinarsi al finanziamento o all'agevolazione del soggetto beneficiario<sup>75</sup>. A tale categoria è da aggiungere quella riguardante i tributi asimmetrici<sup>76</sup>.

All'esito della procedura di indagine la non conformità della misura di aiuto con altri principi del Trattato può costituire la ragione principale (o anche l'unica) per cui l'aiuto non sia dichiarato compatibile con il mercato<sup>77</sup>. Viceversa, il contrasto con altre norme del Trattato può offrire alla Commissione un elemento ulteriore per valutare la misura di aiuto come non compatibile con il mercato<sup>78</sup>.

La contestuale contrarietà di una disposizione nazionale sia alle norme sugli aiuti di Stato che ad altre norme del Trattato produce, per inciso, ovvie conseguenze anche sulla tipologia di procedura – di infrazione ai sensi degli artt. 258-260 TFUE o di indagine formale che, secondo l'art. 108 TFUE e il Regolamento n. 1589/2015<sup>79</sup>, la Commissione deve seguire per l'accertamento delle suddette violazioni. La Corte di Giustizia, sin dai tempi più risalenti, ha sostanzialmente sempre difeso la discrezionalità della Commissione di avviare solo la procedura di indagine formale oppure entrambe. Da un lato, infatti, la procedura ex art. 108 TFUE non deve mai pervenire ad un risultato contrario a norme specifiche del Trattato<sup>80</sup>. La Commissione non è quindi impedita, nell'ambito della procedura sugli aiuti, di valutare la conformità della misura nazionale con altre norme del Trattato, al fine di derivarne la compatibilità o l'incompatibilità dell'aiuto, e ciò specie nei casi in cui non è possibile valutare separatamente i vari elementi costitutivi dell'aiuto stesso. Dall'altro, ove la Commissione ne ravvisi l'opportunità, nulla vieta di avviare ambedue le procedure<sup>81</sup>. Quello che invece è precluso alla Commissione è l'attivazione della sola procedura di infrazione. Quest'ultima, infatti, non sarebbe idonea a rispondere

---

<sup>75</sup> Corte Giust., 13 gennaio 2005, *Streekgewest Westelijk*, cit.; 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries*; 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks*, cit.

<sup>76</sup> Corte Giust., 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoire Boiron*. Nella fattispecie, la Corte osservava che il contributo, a differenza dei casi portati precedentemente alla sua attenzione, tutti riguardanti un'esenzione a favore di taluni operatori di un tributo avente portata generale, si presentava come *ab origine* imposto ad una sola delle due categorie di operatori in situazione di concorrenza e che il mancato assoggettamento al contributo dell'altra categoria costituiva un obiettivo voluto se non addirittura l'obiettivo principale della normativa nazionale. La particolarità del caso consisteva dunque nel fatto che il contributo e la presunta misura di aiuto costituivano i due elementi indissociabili di una stessa misura fiscale. Nello specifico la Corte ha ritenuto che «la misura che si asserisce costituire un aiuto è il contributo stesso sulle vendite dirette e non una qualunque esenzione separabile da questo». In tali casi la Corte ha, infatti, precisato che il nesso tra la tassa e l'aiuto appare ancora più stretto rispetto a quelli in cui il tributo sia finalizzato a finanziare l'aiuto.

<sup>77</sup> Corte Giust., 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks*, cit.

<sup>78</sup> In tali casi pertanto l'incompatibilità dell'aiuto deriverebbe già dalla mancata rispondenza della misura alle condizioni di esenzione poste dall'art. 107. La violazione di altre norme del Trattato si limiterebbe qui a rafforzare la valutazione negativa già espressa dalla Commissione a chiusura della procedura di indagine formale. Un chiaro esempio è fornito dalla sentenza *Germania c. Commissione* (Corte Giust., 19 settembre 2000, causa C-156/98) nella quale la Corte ha ritenuto valida la decisione della Commissione che correttamente aveva dichiarato l'aiuto non compatibile perché (anche ed ulteriormente) in contrasto con le norme sulla libertà di stabilimento.

<sup>79</sup> Regolamento (UE) n. 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015 recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GU n. L 248 del 24 settembre 2015, p. 9 ss.

<sup>80</sup> Corte Giust., 19 settembre 2000, *Germania c. Commissione*, cit.; 15 giugno 1993, *Matra SA c. Commissione*, cit.

<sup>81</sup> Corte Giust., 21 maggio 1980, *Commissione c. Italia*, cit.

alla duplice finalità di valutazione della compatibilità di un aiuto con il mercato e di accertamento della violazione di altre norme del Trattato<sup>82</sup>.

Il fatto che la Commissione esamini la compatibilità di un aiuto anche alla luce di norme provviste di effetto diretto, ha ovviamente la conseguenza di sottrarre un ulteriore ambito di competenza al giudice nazionale<sup>83</sup>. L'accertamento *in primis* della contrarietà della misura istitutiva del tributo ad altre norme del Trattato, aprirebbe inoltre direttamente (e più agevolmente) ai privati la possibilità di agire per il rimborso dei tributi versati<sup>84</sup>. Tuttavia, il rispetto di altri parametri risponde anche e pienamente ad un'esigenza di coerenza – rimarcata più volte anche dalla Corte di Giustizia – dell'intero assetto normativo dei Trattati. Dall'altra, più che estendere ulteriormente le competenze della Commissione introduce un puntuale parametro giuridico nella valutazione della Commissione e dunque un ulteriore limite alla sua discrezionalità. È tuttavia innegabile che mediante tale approccio la Corte abbia di fatto introdotto una sorta di gerarchia tra talune norme del Trattato e l'art. 107 TFUE<sup>85</sup>.

## 9. I limiti alla discrezionalità della Commissione. Il controllo giurisdizionale sulle decisioni contenenti una valutazione sulla compatibilità degli aiuti

Nonostante il fatto che la Commissione goda di un ampio potere discrezionale<sup>86</sup>, le sue valutazioni sono dunque ed evidentemente suscettibili di controllo giurisdizionale. Al di là di quanto si è già detto – e di ciò che sarà ulteriormente precisato – la prima banale ragione è che il giudizio della Commissione sfocia in decisioni vincolanti (rivolte agli Stati), come tali soggette al sindacato giurisdizionale della Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 263 TFUE.

Con quale intensità può tuttavia svolgersi il controllo sulla legittimità delle valutazioni adottate dalla Commissione? La Corte di Giustizia non può certamente entrare nel merito delle questioni esaminate (né tanto meno sostituire con un suo giudizio la valutazione della Commissione). Formalmente, proprio in virtù dell'ampiezza della discrezionalità di tale potere, «il controllo giurisdizionale applicato all'esercizio di tale potere discrezionale si limita alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione nonché al controllo dell'esattezza materiale dei fatti presi in considerazione e dell'assenza di errori di diritto, di errori manifesti nella valutazione dei fatti o di sviamento di potere»<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Sul punto, tra gli altri, cfr. L. RAIMONDI, *Osservazioni in merito ai rapporti tra procedimento di controllo degli aiuti di Stato e procedure di infrazione*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, p. 349 ss.

<sup>83</sup> Corte Giust., 2 maggio 2019, *A-Fonds*, cit.

<sup>84</sup> La violazione di tali norme incide, infatti, direttamente ed automaticamente sulla legittimità del tributo con conseguente esonero del contribuente di dimostrare, ai fini della domanda di rimborso, che la riscossione del tributo è anche e strettamente vincolata alla misura di aiuto dichiarata incompatibile, prova alquanto più difficoltosa.

<sup>85</sup> Cfr. in tal senso anche G. BIAGIONI, *Il rapporto tra l'art. 107 TFUE e le altre norme del Trattato* in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., p. 536 ss.

<sup>86</sup> Corte Giust., 24 febbraio 1987, causa 310/85, *Deufil c. Commissione*, punto 18.

<sup>87</sup> Corte Giust., 26 settembre 2002, causa C-351/98, *Spagna c. Commissione*, punto 74; 13 febbraio 2003, causa C-409/00, *Spagna c. Commissione*, punto 93, e 29 aprile 2004, causa C-91/01, *Italia c. Commissione*, punto 43.

Il sindacato della Corte di Giustizia non è tuttavia limitato come può sembrare, per una serie di ragioni.

Innanzitutto, la Commissione è tenuta ad un rigoroso rispetto delle regole di procedura (ad esempio del contraddittorio), regole che nel corso del tempo si sono via via sempre più affinate e che non riguardano solo la posizione dello Stato membro ma anche delle parti private. È vero, da un lato, che, a differenza ad esempio del settore *antitrust*, le garanzie procedurali sono molto meno stringenti (le difficoltà dell'esercizio del diritto di accesso ne costituiscono un esempio) e questo è dovuto proprio al fatto che la procedura di controllo non è svolta nei confronti di soggetti privati ma dello Stato. Tuttavia, dall'altro lato, il rafforzamento del sistema di tutela dei diritti a livello dell'Unione e in particolare i principi del giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU e 47 della Carta europea dei diritti inducono e obbligano la Commissione ad innalzare il livello di tali garanzie, pena, in caso di lesione, l'annullamento della decisione. Secondo i giudici dell'Unione, dalla competenza esclusiva della Commissione deriva, ad esempio, il diritto di presentare ulteriori osservazioni quando quest'ultima intenda archiviare una denuncia per carenza di informazioni utili all'indagine<sup>88</sup>.

In secondo luogo, l'indicazione di criteri e parametri sempre più dettagliati espone certamente la Commissione a un più penetrante controllo di legittimità. Come già in precedenza evidenziato, la Corte ha avuto più volte occasione di statuire che «adottando norme di comportamento ed annunciando, con la loro pubblicazione, che esse verranno da quel momento in avanti applicate ai casi a cui esse si riferiscono, la Commissione si autolimita nell'esercizio di detto potere discrezionale e non può discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento»<sup>89</sup>. Va da sé che l'osservanza dei principi generali di diritto si impone ancor più nel caso di adozione di decisioni di recupero di aiuti illegali ed incompatibili.

Va inoltre aggiunto che anche gli atti (a portata generale) con i quali la Commissione adotta norme di comportamento o stabilisce criteri e parametri per l'esenzione di talune categorie di aiuto sono soggetti al vaglio di legittimità. I regolamenti in quanto atti vincolanti, le comunicazioni nei limiti in cui – a dispetto del *nomen iuris* – impongano obblighi agli Stati membri o contengano criteri talmente dettagliati da impedire allo Stato la possibilità di dimostrare – in sede di controllo dinanzi alla Commissione – gli elementi utili ai fini di una valutazione positiva.

In terzo luogo si è innanzi precisato che la Commissione potrebbe essere tenuta a valutare la compatibilità degli aiuti di Stato anche sulla base di altre norme del Trattato, quali quelle sulle libertà di circolazione, generalmente provviste, tra l'altro di efficacia diretta. Va ricordato che ad essere oggetto di valutazione sono generalmente i tributi che vengono imposti/riscossi per finanziare una misura di aiuto (anche sotto forma di esenzione fiscale) a terzi soggetti. Qualora il nesso tra i tributi e la misura di aiuto sia inscindibile e i primi si pongano direttamente in contrasto con la libera circolazione delle merci, servizi, stabilimento, o con l'art. 110 TFUE, anche la misura di aiuto ad essi collegata non sarà considerata compatibile con il mercato. In tali casi dunque,

---

<sup>88</sup> Corte Giust., 17 luglio 2008, causa C-521/06 P, *Athinaiki Techniki c. Commissione*.

<sup>89</sup> Corte Giust., 11 settembre 2008, *Kronofrance*, cit. Cfr. per alcuni spunti, G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale contro le decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., p. 685 ss.

anche se la competenza a valutare un eventuale contrasto è sottratta al giudice nazionale<sup>90</sup>, l'eventuale errata applicazione di tali norme da parte della Commissione può certamente essere oggetto di sindacato da parte della Corte (sia tramite un rinvio pregiudiziale di interpretazione, qualora la causa pendente dinanzi al giudice nazionale, sia mediante un giudizio di annullamento all'esito della decisione della Commissione).

Riscontrato che i profili di illegittimità che possono essere invocati sono di diversa tipologia, va anche evidenziato – per altri versi – un crescente riconoscimento nel tempo, da parte della Corte di Giustizia, della legittimazione ad agire delle imprese private avverso le decisioni della Commissione. Ad esempio, dal lato dei beneficiari delle misure di aiuto, la Corte ritiene, infatti, da tempo che nel caso di impugnazione di decisioni negative su regimi di aiuti (atti dunque a portata generale) dichiarati incompatibili, le imprese possono ritenersi individualmente interessate (secondo quanto richiesto dall'art. 263 TFUE) qualora dimostrino di essere dei *beneficiari effettivi* in quanto destinatarie di un atto interno di recupero dell'aiuto<sup>91</sup>.

Inoltre, anche riguardo ai concorrenti, la legittimazione si è estesa sino a comprendere l'impugnazione dell'archiviazione della denuncia<sup>92</sup>.

Particolare rilievo assume infine il recente riconoscimento dell'impugnabilità delle decisioni su regimi di aiuti in quanto "atti regolamentari che non comportano misure di esecuzione interne" ai sensi del quarto comma dell'art. 263 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona. L'apertura in questa direzione già poteva evincersi dalla giurisprudenza precedente ma ha avuto la sua affermazione nel recente caso *Montessori*<sup>93</sup>.

Se, da un lato, lo strumento del ricorso di annullamento è in grado di offrire

---

<sup>90</sup> Da ultimo, Corte Giust., 2 maggio 2019, *A-Fonds*, cit.

<sup>91</sup> Riguardo alla verifica della legittimazione ad agire, da parte di un privato, per l'annullamento di una decisione su regimi generali di aiuto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha avuto una certa evoluzione. In linea generale «un'impresa non può, in linea di principio, essere legittimata a proporre un ricorso di annullamento avverso una decisione della Commissione che vieta un regime di aiuti se tale decisione si presenta, nei confronti di detta impresa, come un provvedimento di portata generale che si applica a situazioni determinate obiettivamente ed è fonte di effetti giuridici nei confronti di una categoria di persone considerate in modo generale e astratto» (Corte Giust., 29 aprile 2004, *Italia/Commissione*, causa C-298/00 P, punto 37, e Trib., 11 giugno 2009, *Acegas c. Commissione*, causa T-309/02, punto 47). Un interesse individuale è invece riconosciuto laddove il ricorrente dimostri di essere un *beneficiario effettivo* dell'aiuto e di essere quindi soggetto all'ordine di recupero. Nella sentenza *Comitato "Venezia vuole vivere" e a. c. Commissione* (Corte Giust., 9 giugno 2011, cause riunite C-71/09, C-73/09, C-76/09 P) la Corte ha, in particolare concluso per l'esistenza di un interesse individuale dei ricorrenti, rilevando che «già l'ordine di recupero riguarda individualmente tutti i beneficiari del regime di cui trattasi, in quanto costoro sono esposti, fin dall'adozione della decisione controversa, al rischio che le agevolazioni che hanno ottenuto siano recuperate, e vedono così lesa la loro posizione giuridica. Tali beneficiari *fanno quindi parte di una cerchia ristretta* [...] senza che sia necessario esaminare condizioni ulteriori [...] Inoltre, l'eventualità che, successivamente, le agevolazioni dichiarate illegittime non siano recuperate presso i beneficiari non esclude che questi siano considerati individualmente interessati». Il medesimo approccio viene seguito anche dalla successiva sentenza *ACEA* (Corte Giust., 21 dicembre 2011, causa C-309/19 P). Per maggiori dettagli ci si permette di rinviare a C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 49 ss.

<sup>92</sup> Corte Giust., 17 luglio 2008, *Athinaiki Techniki c. Commissione*, cit. V. anche Corte Giust., 18 novembre 2010, causa C-322/09 P, *NDSHT c. Commissione*.

<sup>93</sup> Corte Giust., 6 novembre 2018, cause riunite C-622/16 P e C-624/16 P, *Commissione c. Scuola Elementare Maria Montessori e a. c.* Cfr. in dottrina, G. CAGGIANO, *La legittimazione ad agire per annullamento di un atto regolamentare da parte di soggetti che dimostrino un interesse individuale: il caso Montessori/Ferracci in materia di aiuti di Stato e le esenzioni fiscali ICI/IMU agli enti ecclesiastici*, in *Eurojus*, 2018.

spazi sempre maggiori, in termini sia di motivi di legittimità che di ricevibilità, va osservato che esso non è neppure l'unico rimedio offerto alle parti private per sindacare comportamenti eventualmente illegittimi della Commissione. Il ricorso in carenza costituisce infatti lo strumento appropriato in caso di inerzia della stessa. Va infatti rimarcato che è proprio in forza della sua competenza esclusiva sulla valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato, che la Commissione ha un vero e proprio obbligo di agire<sup>94</sup>. Tale competenza deve, infatti, indurre l'istituzione, nell'interesse di una sana amministrazione delle norme fondamentali del Trattato relative agli aiuti di Stato, a procedere ad un esame diligente ed imparziale di una denuncia in cui venga dedotta l'esistenza di un aiuto incompatibile con il mercato. Conseguentemente, la Commissione non può protrarre *sine die* il controllo su una misura di aiuto senza adottare una delle decisioni previste dal regolamento 1589/2015<sup>95</sup>, specie quella di avviare l'indagine formale. Né potrebbe decidere, in presenza di un aiuto illegale, di avviare invece una procedura di infrazione (non soggetta ad alcun obbligo di agire).

L'accesso a tale rimedio anche da parte dei privati è, nella materia degli aiuti di Stato, tuttavia frutto di una giurisprudenza recente. Secondo la lettera dell'art. 265 TFUE, il privato può infatti proporre ricorso contro l'inerzia di un'istituzione per contestare a quest'ultima di aver omesso di emanare un atto *nei suoi confronti*. A differenza dell'art. 263 TFUE, l'art. 265 non prevede che la legittimazione ad agire in cui l'atto, pur non essendo diretto ad un privato, lo possa riguardare "direttamente" ed "individualmente" e per lungo tempo, la Corte, adottando un approccio restrittivo, ancorato al dato letterale della disposizione, ha considerato ricevibili solo i ricorsi proposti da soggetti privati che lamentavano la mancata adozione di un atto del quale potenzialmente sarebbero stati i formali destinatari<sup>96</sup>, con esclusione pertanto delle decisioni in materia di aiuti di Stato, che come tali sono rivolte unicamente agli Stati.

A partire dal caso *T. Port*, la Corte ha invece esteso, anche all'art. 265 TFUE, le medesime condizioni di ricevibilità previste, più estensivamente, nell'ambito del ricorso in annullamento di cui all'art. 263 TFUE, e ulteriormente precisate dalla giurisprudenza comunitaria<sup>97</sup>. Con la conseguenza – per un privato – di poter promuovere ricorso avverso la mancata adozione di atti a

---

<sup>94</sup> Trib., 15 settembre 1998, causa T-95/96, *Gestevisión Telecinco SA c. Commissione*; 3 giugno 1999, causa T-354/05, *Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*; 22 ottobre 1997, cause riunite T-213/95 e T-18/96, *SCK e FNK c. Commissione*, punto 55.

<sup>95</sup> Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015 recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GU L 248 del 24 settembre 2015, che ha sostituito il regolamento (CE) 1999/659 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in G.U. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1. Nella sentenza *Gestevisión Telecinco SA c. Commissione* (Tribunale, 15 settembre 1998, cit.), il Tribunale aveva precisato che «così come la Commissione non può rinviare *sine die* una presa di posizione in ordine a una domanda di esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato [...] così essa non può nemmeno prolungare indefinitamente l'esame preliminare di misure statali denunciate come contrarie all'art. 92, n. 1, del Trattato CE, una volta che abbia accettato, come nella specie, di avviare tale esame» (punto 73).

<sup>96</sup> Per una ricostruzione dei limiti del dato letterale dell'allora art. 175 TCE e per una ricostruzione della legittimazione ad agire del privato sulla base degli stessi principi che regolano il diritto della concorrenza, cfr. in dottrina, C. NORDBERG, *Judicial Remedies for private parties under the State Aid Procedure*, in *Legal Issues of Economic integration*, 1997, p. 56 ss.

<sup>97</sup> Corte Giust., 26 novembre 2006, causa C-68/05, *T. Port*; 16 febbraio 1993, causa C-107/91, *ENU c. Commissione*.

portata generale o le decisioni rivolte agli Stati o ad altri soggetti privati, qualora dimostri di essere *direttamente ed individualmente* riguardato dall'atto in questione. Nella materia degli aiuti Stato l'apertura della Corte si è dunque e di fatto tradotta nell'introduzione *ex novo* di tale via di ricorso<sup>98</sup>, consentendo alle imprese che avessero denunciato alla Commissione la concessione di aiuti illegali ed incompatibili, di censurare, ad esempio, il mancato avvio dell'indagine preliminare o, sempre nel caso di aiuti illegali, la mancata adozione di una decisione a conclusione della stessa, o comunque l'eccessiva durata dell'indagine<sup>99</sup>, o la mancata adozione di una decisione al termine dell'indagine formale<sup>100</sup>.

La Corte, attraverso una lettura *coerente* delle due norme e della giurisprudenza in materia di legittimazione ad agire, ha evidentemente contribuito alla *completezza* del sistema giurisdizionale dal punto di vista dell'azionabilità dinanzi ai giudici dell'Unione europea, dei rimedi da parte dei privati. Gli artt. 263 e 265 TFUE sono, infatti – come precisato dalla stessa Corte – espressione dello stesso rimedio giuridico<sup>101</sup>, e questo rende le due azioni – annullamento e carenza – speculari e logicamente alternative.

Un'ultima questione – più particolare – è se la modifica introdotta dal Trattato di Lisbona nel comma 4 dell'art. 263 TFUE possa avere in futuro una qualche incidenza anche sul ricorso in carenza. Ci si chiede, in altri termini, se possa un ricorrente, che non soddisfi l'interesse individuale di cui alla formula *Plaumann*, attivare un ricorso in carenza avverso la mancata adozione di una decisione avente portata generale che non debba prevedere misure interne di esecuzione. La questione potrebbe principalmente interessare, da un lato, i concorrenti che abbiano fatto denuncia in merito ad un aiuto illegale, dall'altro, i beneficiari potenziali di un regime di aiuti regolarmente notificato. In ambedue i casi tali soggetti non avrebbero un atto da impugnare in sede nazionale e dunque al giudice sarebbe precluso sollevare un rinvio pregiudiziale di validità. Se gli artt. 263 e 265 TFUE sono – come precisato dalla Corte di Giustizia – espressione dello stesso rimedio giuridico<sup>102</sup>, e se il corollario di tale affermazione è stata l'estensione anche al ricorso in carenza delle medesime condizioni di ricevibilità, espressamente indicate nell'ambito del ricorso in annullamento di cui all'art. 263<sup>103</sup>, si ritiene che a tale quesito possa darsi una risposta positiva.

Occorre infine ricordare che, al di là dei ricorsi in annullamento e in carenza, il Trattato offre anche un'ulteriore rimedio: il ricorso per responsabilità ex-

---

<sup>98</sup> Trib., 15 settembre 1998, *Gestevisión Telecinco SA c. Commissione*, cit.; 3 giugno 1999, *Télévision française 1 SA (TF1)*, cit.

<sup>99</sup> Trib., 10 maggio 2006, T-395/04, *Air One SpA c. Commissione*; 15 settembre 1998, *Gestevisión Telecinco SA c. Commissione*, cit.

<sup>100</sup> Art. 7, par. 6, del regolamento 659/99, anche se il termine per concludere l'indagine formale, fissato in 18 mesi, non è vincolante per la Commissione, la quale, infatti, per quanto possibile, si adopera per adottare una decisione entro 18 mesi dall'avvio della procedura.

<sup>101</sup> Corte Giust., 18 novembre 1970, causa 15/70, *Chevalley c. Commissione*, punto 6; 26 novembre 2006, *T. Port*, cit. Perché il sistema dei rimedi possa definirsi *completo*, è infatti necessario, ma anche sufficiente che un soggetto privato possa sindacare l'operato delle istituzioni, o attraverso l'impugnazione di un atto che si assume pregiudizievole nei propri confronti, o mediante un ricorso avverso la mancata adozione di un atto che avrebbe, al contrario, fatto venir meno, effetti pregiudizievoli già prodottisi nella sfera giuridica del soggetto ricorrente.

<sup>102</sup> Corte Giust., 18 novembre 1970, *Chevalley c. Commissione*, cit., punto 6; 26 novembre 2006, *T. Port* cit.

<sup>103</sup> Corte Giust., 16 febbraio 1993, *ENU c. Commissione*, cit.; 26 novembre 2006, *T. Port*, cit.

tracontrattuale volta ad ottenere il risarcimento dei danni causati dalle istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni. I presupposti dell'azione sono definiti dai principi generali: illiceità del comportamento dell'istituzione, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità fra il comportamento fatto valere e il danno lamentato<sup>104</sup>. Tale rimedio tuttavia, essendo sottoposto a condizioni rigorose, ha in linea generale scarse possibilità di successo, ancor meno nella materia degli aiuti di Stato. Difatti – per quanto riguarda la condizione relativa all'illiceità del comportamento – la semplice trasgressione di una norma può essere considerata sufficiente solo qualora l'istituzione disponga di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente<sup>105</sup>. In caso contrario, la giurisprudenza esige che i) «si dimostri l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica» e che ii) la norma giuridica abbia «l'obiettivo di conferire diritti ai soggetti dell'ordinamento»<sup>106</sup>. Il criterio decisivo che consente di ritenere soddisfatta la condizione di una violazione sufficientemente qualificata è quello della violazione grave e manifesta, commessa dall'istituzione, dei limiti posti al suo potere discrezionale<sup>107</sup>. Generalmente dunque si tratta della violazione grave del dovere di diligenza, del buon andamento dell'amministrazione, del principio di proporzionalità.

Come è pertanto possibile immaginare, all'illegittimità di una decisione contenente una valutazione di compatibilità/incompatibilità di un aiuto difficilmente potrebbe conseguire il riconoscimento del risarcimento del danno subito da un'impresa. L'unico caso in cui in materia di aiuti di Stato la Corte ha accolto un ricorso è con la sentenza *Idromacchine*<sup>108</sup>. Nella specie si trattava tuttavia della violazione di norme procedurali (il segreto istruttorio) mentre non erano state messe in discussione le modalità di svolgimento della valutazione da parte della Commissione.

Delineati, con questo un breve *excursus* i rimedi di cui possono avvalersi le imprese in via diretta dinanzi alla Corte di Giustizia, non va ovviamente, e da ultimo dimenticato, a titolo di completezza, il ruolo che svolge il rinvio pregiu-

---

<sup>104</sup> Corte Giust., 29 settembre 1982, causa 26/81, *Oleifici Mediterranei c. CEE*, punto 16, e Trib., 14 dicembre 2005, causa T-383/00, *Beamglow c. Parlamento e a.*, punto 95. Si vedano anche le sentenze della Corte di Giustizia, 9 novembre 2006, causa C-243/05 P, *Agraz e a c. Commissione*, punto 26, e del Tribunale, 2 marzo 2010, causa T-16/04, *Arcelor c. Parlamento e Consiglio*, punto 139.

<sup>105</sup> Corte Giust., 10 dicembre 2002, causa C-312/00 P, *Commissione c. Camar e Tico*, punto 54, e Trib., 12 luglio 2001, cause riunite T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 e T-225/99, *Comafrika e Dole Fresh Fruit Europe c. Commissione*, punto 134; nonché Corte Giust., 4 luglio 2000, causa C-352/98 P *Bergaderm e Goupil c. Commissione*, punti da 42 a 44.

<sup>106</sup> Corte Giust., 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm e a. c. Commissione*, punto 42.

<sup>107</sup> Trib., 16 settembre 2013, *Animal Trading Company (ATC)*, cit., ove si legge: «A tale riguardo si deve ricordare che il presupposto di una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione è diretto, indipendentemente dalla natura dell'atto illecito in questione, ad evitare che il rischio di dover risarcire i danni addotti dalle imprese interessate ostacoli la capacità dell'istituzione interessata di esercitare pienamente le sue funzioni nell'interesse generale, tanto nell'ambito della sua attività normativa o implicante scelte di politica economica quanto nell'ambito della propria competenza amministrativa, senza per questo lasciare a carico dei singoli l'onere delle conseguenze di violazioni flagranti e inescusabili» (punto 66).

<sup>108</sup> Trib., 8 novembre 2010, causa T-88/09, *Idromacchine* Per alcuni spunti sul risarcimento del danno per l'illegittimità della decisione nel caso *Tercas* (Trib. 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16), cfr. D. GALLO, *Risarcimento del danno e aiuti di Stato*, in *Eurojus*, 2/2019, F. FERRARO, *Il Tribunale dell'Unione europea riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche*, in *Post AISDUE*, I (2019).

diziale sia di interpretazione che di validità. Il primo è particolarmente utile ai fini della corretta interpretazione dell'art. 107, par. 1, TFUE e per definire i poteri del giudice nazionale. Il secondo costituisce uno strumento alternativo al giudizio di annullamento, al quale il giudice nazionale può ricorrere ogni qualvolta egli nutra dei dubbi sulla validità della decisione, ed esperibile ovviamente nei limiti previsti dalla sentenza *TWD*<sup>109</sup>. Pertanto, quand'anche il privato non rientrasse nella cerchia dei soggetti legittimati a proporre una delle azioni previste dal Trattato, egli potrebbe indirettamente avvalersi, nell'ambito di un giudizio nazionale, del meccanismo del rinvio pregiudiziale, come del resto dimostrano anche alcuni dei casi di cui si è discusso in precedenza.

## 10. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto illustrato nei precedenti paragrafi, la materia degli aiuti di Stato si conferma complessa e di non immediata sistematizzazione. La delimitazione tra la competenza (esclusiva) della Commissione e quella esercitata, con ruoli diversi, dalle autorità e dai giudici nazionali non sempre appare netta nella pratica e il rischio è chiaramente quello di una (anche non voluta) interferenza.

La discrezionalità di cui gode la Commissione nell'esercizio della sua competenza in tale settore può inoltre ingenerare il timore che l'ampiezza di tale potere debordi in un'ingerenza nelle politiche interne degli Stati membri e in ogni caso induca la Commissione a valutazioni non sempre di natura tecnica ed oggettiva.

Si è tuttavia avuto modo di illustrare che per quanto tale competenza sia ampia, il sistema giurisdizionale dell'Unione europea – che la Corte di Giustizia ha sempre indicato come completo e coerente – consente un controllo efficace, non solo in punto di legittimità (attraverso il ricorso in annullamento) ma anche con un sindacato sulla carenza e sulla responsabilità extracontrattuale.

A livello di diritto primario rimane in ogni caso salda la concezione tradizionale, di impronta *internazionalistica*, secondo cui la materia degli aiuti di Stato si caratterizza per un rapporto sostanzialmente riservato e bilaterale tra la Commissione e lo Stato membro, in forza del quale lo Stato è l'unico soggetto inadempiente e responsabile di fronte alle istituzioni dell'Unione europea. Aderendo a tale impostazione è evidente che anche il ruolo dei privati sia fortemente penalizzato.

Il metodo utilizzato dalla Corte per spiegare e risolvere le tensioni tra diritto dell'Unione europea e ordinamento interno (in particolare per quanto riguarda l'autonomia procedurale interna) porta, tuttavia, a risultati assai differenti nella materia degli aiuti di Stato rispetto ad altri settori che pure potrebbero essere affini, come ad esempio agli aiuti direttamente concessi dall'Unione europea.

Occorre infatti tornare a rimarcare che nella materia degli aiuti di Stato, l'obiettivo del controllo della Commissione è precisamente quello di evitare l'alterazione delle condizioni concorrenziali del mercato attraverso la concessione di un aiuto illegale ed incompatibile. Nel caso, invece, dell'indebito paga-

---

<sup>109</sup> E cioè sempre che la parte che era certamente legittimata ad impugnare la decisione abbia presentato ricorso nel termine di due mesi oppure si tratti di decisioni aventi portata generale (Corte Giust., 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD*).

mento di un aiuto comunitario, la restituzione è richiesta semplicemente perché l'impresa non ha rispettato le precondizioni per ottenere tale misura. Ciò non provoca, al contrario degli aiuti statali, alcuna distorsione della concorrenza: l'obiettivo dell'Unione europea non è, in tal caso, quello di evitare le distorsioni concorrenziali, ma, al contrario, quello di interferire nelle condizioni di mercato intervenendo in alcuni settori economici, come l'agricoltura, allo scopo di riequilibrare taluni meccanismi.

Ne deriva che se, da un lato, la concessione di aiuti "comunitari" non dovuti non ha l'effetto di mettere a rischio una libertà fondamentale del mercato qual è la concorrenza, dall'altro, un aiuto di Stato illegale ed incompatibile, oltre a mettere in causa il ruolo della Commissione, minaccia invece il funzionamento e la supremazia dell'ordinamento dell'Unione europea nel suo insieme<sup>110</sup>. La competenza esclusiva in mano alla Commissione – e che fa degli aiuti di Stato un *modello di amministrazione diretta*<sup>111</sup> – comporta che allo spazio di discrezionalità concesso all'amministrazione nazionale nel settore degli aiuti "comunitari" si sostituisca invece l'obbligo, in termini di stretta *compliance*, della stessa amministrazione di dare puntuale e immediata esecuzione alla relativa disciplina. Pertanto, mentre relativamente agli aiuti "comunitari", la tensione tra effettività del diritto dell'Unione europea e autonomia procedurale interna viene risolta operando un ragionevole bilanciamento dei diversi valori presenti (nazionali ed europei), nel campo degli aiuti di Stato la tensione tra ordinamenti è direttamente affrontata in chiave di *primato* (come nel caso *Lucchini*) con conseguente disapplicazione della norma procedurale che si ponga in contrasto con un rapido ed effettivo recupero dell'aiuto<sup>112</sup>.

Ma vi è un'ulteriore, anche se strettamente collegata, ragione sottostante che spiega l'impossibilità di operare un corretto bilanciamento della norma nazionale con l'effettività del diritto dell'Unione europea. Tale bilanciamento non può essere effettuato perché questa operazione «presuppone evidentemente che gli interessi dell'amministrazione siano in conflitto con quelli del singolo»<sup>113</sup>. Quando viene accertata l'illegittimità di una decisione di concessione di un aiuto, l'interesse dell'autorità dovrebbe di regola di regola essere quello di recuperare in tempi brevi gli importi versati (mentre l'interesse del singolo sta nel trattenere il vantaggio acquisito). Nel caso in cui l'autorità statale infranga consapevolmente il diritto dell'Unione europea nel concedere l'aiuto, questa presunzione perde ogni validità. Infatti, gli interessi dell'autorità e del singolo vengono a coincidere.

In sostanza sebbene l'amministrazione nazionale si opponga al singolo pretendendo da quest'ultimo il rispetto del diritto dell'Unione, essa non si pone nei confronti di questi inequivocabilmente come garante della corretta applicazione del diritto dell'Unione, bensì come un soggetto che, trovandosi al pari del beneficiario in una situazione di soggezione nei confronti dell'ordinamento dell'Unione, è tenuto a sacrificare, in forza della disciplina sugli aiuti di Stato, anche il proprio interesse pubblico nella specie coincidente con quello privato.

---

<sup>110</sup> Cfr. anche P. NEBBIA, *Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 427 ss.

<sup>111</sup> G. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 773 ss., specie pp. 774 e 818.

<sup>112</sup> E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 447 ss.

<sup>113</sup> Conclusioni dell'Avv. Gen. JACOBS del 12 novembre 1996, causa C-24/95, *Alcan Deutschland*.

Ne deriva che, non avendo l'amministrazione un interesse difforme rispetto a quello del privato che si oppone all'applicazione del diritto dell'Unione europea, il carattere imperativo delle norme sugli aiuti di Stato, e il controllo esercitato dalla Commissione, non possano lasciare spazio all'operatività di regole procedurali interne, nella misura in cui tali regole conducano la stessa amministrazione a comportarsi in maniera da porsi in conflitto con l'effettività del diritto dell'Unione europea<sup>114</sup>. Il che si traduce conseguentemente in una compressione anche del potere del giudice nazionale

La ricostruzione in questi termini, nella materia degli aiuti di Stato, del rapporto tra Unione europea e ordinamento interno, non potrebbe evolvere nel senso di un decentramento della competenza della Commissione a favore delle autorità nazionali, a meno di una revisione dei Trattati. Gli artt. 107 e 108 TFUE, stante il loro contenuto, non consentono infatti, a differenza delle norme *antitrust*, di agire per via legislativa.

Per altro lato, ci si chiede se, alla luce dell'evoluzione del settore – e in considerazione del fatto che interessi che prima erano solo statali (solidarietà sociale, cultura sanità ambiente, ecc.) ora sono pienamente riconosciuti come obiettivi dell'Unione europea – i tempi non siano maturi per introdurre talune modifiche nell'attuale assetto di controllo.

Non è escluso che ciò possa avvenire. Un intervento non potrebbe tuttavia essere disgiunto da una revisione generale anche di altre politiche che sono strettamente collegate alla materia degli aiuti di Stato, in *primis* la materia fiscale<sup>115</sup>. Sino a che gli Stati manterranno un ampio margine di discrezionalità nel definire le loro politiche fiscali – con conseguenti disparità di trattamento delle imprese tra uno Stato e l'altro – è abbastanza evidente che essi saranno indotti ad utilizzare anche la leva degli aiuti di Stato per tutelare le imprese presenti nel proprio territorio (siano esse nazionali o straniere), aumentarne la competitività o evitare la delocalizzazione di sedi ed impianti. Ed è dunque evidente che il controllo sulla compatibilità di un aiuto con il mercato rimanga al momento accentrato nelle mani della Commissione.

---

<sup>114</sup> Come ad esempio, lasciare scadere il termine di decadenza per chiedere indietro il *quantum* concesso a titolo di aiuto o non paventare al privato il rischio che la misura, essendo illegittima, possa essere recuperata.

<sup>115</sup> *Ex multis*, G. TESAURO-M. INGROSSO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Jovene, Napoli, 2009; nonché M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2018; L. SALVINI (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Cedam, Padova, 2007.



# COMMENTI

## Credito adeguato e consumatore “immeritevole” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

di Gian Luca Greco

**CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, SEZ. I, 6 GIUGNO 2019, N. 467 – CAUSA C-58/18 – MICHEL SCHYNS CONTRO BELFIUS BANQUE – CAUSA C-58/18**

«L'articolo 5, paragrafo 6, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale impone ai creditori o agli intermediari del credito l'obbligo di ricercare, nell'ambito dei contratti di credito che essi offrono abitualmente, il tipo e l'importo del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore alla data della conclusione del contratto e dello scopo del credito.

L'articolo 5, paragrafo 6, e l'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale impone al creditore di astenersi dal concludere il contratto di credito qualora non possa ragionevolmente ritenere, al termine della verifica del merito creditizio del consumatore, che quest'ultimo sarà in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto di cui trattasi».

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. I fatti di causa e il procedimento di fronte alla Corte di Giustizia. – 3. La posizione della Corte di Giustizia sul “credito adeguato”. – 4. Verifica del merito creditizio del consumatore e “prestito responsabile”: un rapporto dai contorni incerti. – 5. Sull'obbligo di astensione del finanziatore nei confronti del consumatore “immeritevole”. – 6. La gestione del rischio di credito, tra sana e prudente gestione e tutela dal sovraindebitamento. – 7. Valutazione di merito creditizio e piattaforme di *marketplace lending*: alcuni spunti a mo' di conclusione.

### 1. Introduzione

La sentenza in commento verte sull'interpretazione della direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori (di seguito anche “CCD”).

La CCD persegue l'obiettivo di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori e di porre le condizioni per un autentico mercato interno del credito al consumo. La CCD ha sostituito la direttiva 87/102/CEE, che conteneva solo disposizioni di base a tutela dei consumatori e si fondava espressamente su un livello minimo di armonizzazione. Negli anni successivi quasi

tutti gli Stati membri sono andati, in diversa misura, al di là delle norme poste dalla prima direttiva, ostacolando in tal modo l'istituzione di un mercato unico<sup>1</sup>.

Per facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo si poneva quindi la necessità di prevedere un quadro comunitario armonizzato in talune materie, al fine di assicurare un sufficiente livello di tutela dei consumatori, rafforzandone la fiducia<sup>2</sup>.

La CCD ha proceduto quindi alla piena armonizzazione di cinque moduli essenziali, vale a dire: le informazioni precontrattuali e contrattuali, il tasso annuale effettivo globale (TAEG), il diritto di recesso e il diritto di rimborso anticipato<sup>3</sup>. In tal modo il legislatore europeo ritiene di aver contribuito in modo sostanziale all'istituzione di un mercato unico del credito al consumo, evitando ai creditori di adattare i loro prodotti alle diverse legislazioni nazionali degli Stati membri<sup>4</sup> e, d'altro canto, garantendo a tutti i consumatori di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi<sup>5</sup>.

La CCD non procede però all'armonizzazione massima con riferimento a tutti gli aspetti relativi al credito ai consumatori. Il legislatore europeo dichiara, ad esempio, che gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni nazionali sulla responsabilità solidale del venditore o prestatore di servizi e del creditore o sull'annullamento del contratto di vendita di merci o di prestazione di servizi se il consumatore esercita il diritto di recesso dal contratto di credito<sup>6</sup>.

Le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice nazionale oggetto della sentenza in commento si inquadrano proprio in materie (diverse peraltro da quelle appena ricordate) per le quali il legislatore europeo ha concesso margini di manovra agli Stati membri ovvero che risulterebbero addirittura estranee rispetto all'ambito di applicazione della CCD.

La Corte si sofferma quindi sugli obiettivi generali della direttiva al fine di valutare la compatibilità con questi ultimi della legislazione nazionale da applicarsi nel procedimento principale: in tal modo la Corte prende posizione su temi particolarmente significativi della disciplina del credito ai consumatori, quali la consulenza sul prodotto più adatto per il cliente, la verifica di merito creditizio del consumatore e, infine, l'astensione dal concludere un contratto di credito con un consumatore "immeritevole".

---

<sup>1</sup> Commissione Europea, *Parere*, COM(2008) 117 definitivo, 2002/0222 (COD), 25 febbraio 2008.

<sup>2</sup> Cfr. considerando 7 e 8, CCD.

<sup>3</sup> Commissione Europea, *Parere*, cit.

<sup>4</sup> Come precisano il considerando 9 e, soprattutto, l'art. 22, par. 1, della CCD, «nella misura in cui la [presente] direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite». Sul tema cfr. Corte Giust. UE, 12 luglio 2012, n. 443, causa C-602/10, *SC Volksbank România*, punto 38.

<sup>5</sup> Cfr. considerando 8 e 9, CCD. In questo senso v. anche Corte Giust. UE, 21 aprile 2016, n. 683, causa C-377/14, *Radlinger e Radlingerová*, punto 6.

<sup>6</sup> Cfr. considerando 9, CCD.

## 2. I fatti di causa e il procedimento di fronte alla Corte di Giustizia

Al fine di finanziare l'acquisto di pannelli fotovoltaici e l'installazione di questi ultimi ad opera della Home Vision, nel maggio 2012 il sig. Schyns ha sottoscritto presso la Dexia Banque Belgique, cui è subentrata la Belfius, un prestito decennale di importo pari a circa 40.000 euro, rimborsabile a rate mensili di 427,72 euro. Il suddetto importo è stato erogato a favore del sig. Schyns, il quale, a sua volta, l'ha versato alla Home Vision. Il contratto concluso tra il sig. Schyns e la Home Vision prevedeva che quest'ultima si impegnasse a installare i pannelli fotovoltaici, di valore pari all'importo erogato con il prestito, retrocedendo al sig. Schyns l'intero importo mediante il versamento di rate mensili di EUR 622,41 euro. In cambio, per dieci anni il sig. Schyns avrebbe dovuto cedere alla Home Vision i certificati verdi inerenti alla produzione di elettricità risultante dall'utilizzo di detti pannelli.

Poco più di un anno dopo, nel dicembre 2013, la Home Vision è stata dichiarata fallita, senza aver mai installato i pannelli fotovoltaici di cui trattasi.

Il sig. Schyns ha pagato le rate mensili del prestito per 4 anni, fino al 21 dicembre 2016, data in cui ha adito la Justice de paix du canton de Visé (Ufficio del giudice di pace del cantone di Visé, Belgio) chiedendo, in via principale, la risoluzione del contratto di prestito per causa imputabile alla Belfius e l'esonero da qualsiasi obbligo di rimborso. In subordine, egli ha chiesto la modifica di tale contratto al fine di ridurre il suo debito totale a 20.000 euro, da rimborsare con rate mensili di 150 euro.

Il sig. Schyns contesta in particolare alla Belfius di avergli prestato un importo troppo elevato rispetto ai suoi redditi, violando gli artt. 10 e ss. della legge belga sul credito al consumo. A tal riguardo, il sig. Schyns ricorda che, alla data della conclusione del contratto di prestito contestato, i suoi redditi mensili non superavano 1.900 euro mensili; sottolinea altresì che egli doveva rimborsare, oltre al credito suddetto, due mutui ipotecari per un importo mensile complessivo di 421,67 euro.

La banca si oppone alle domande del sig. Schyns, sostenendo che le disposizioni nazionali invocate da quest'ultimo non sono compatibili con l'art. 5, par. 6, della CCD, secondo la quale l'onere di valutare l'opportunità del credito graverebbe sul consumatore, non imponendo al creditore un obbligo generale di ricercare il credito più adatto.

Il giudice del rinvio ritiene che le disposizioni nazionali applicabili, in particolare l'art. 15 della legge sul credito al consumo, impongono al creditore di valutare l'opportunità del credito, costringendolo ad astenersi dal concludere il contratto qualora ritenga che il consumatore non sia in grado di rimborsare il prestito.

Nel caso di specie, tenuto conto dell'entità dei suoi redditi e dei mutui ipotecari già assunti, il giudice del rinvio ritiene che la capacità di rimborso del sig. Schyns generasse dubbi alla data di conclusione del contratto.

Ciò premesso, la Justice de paix du canton de Visé ha deciso di sospendere il procedimento e formulare domanda di pronuncia pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia circa l'interpretazione dell'art. 5, par. 6, della CCD.

In particolare, si chiede in primo luogo alla Corte se tale norma osti all'art. 15, comma 1, legge del 12 giugno 1991 sul credito al consumo (di seguito anche "legge belga sul credito al consumo"), laddove dispone che il creditore e l'intermediario del credito sono tenuti a ricercare, nell'ambito dei contratti di credito che essi offrono abitualmente o per i quali essi intervengono abitual-

mente, il tipo e l'importo del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore al momento della conclusione del contratto e dello scopo del credito, in quanto viene imposto al creditore o all'intermediario del credito un obbligo generale di ricercare il credito più adatto al consumatore, che non è previsto dal testo della CCD.

In secondo luogo, si chiede se l'art. 5, par. 6, della CCD osti all'art. 15, comma 2, della legge belga sul credito al consumo, nella parte in cui dispone che il creditore può concludere contratti di credito soltanto se, tenuto conto delle informazioni di cui dispone o dovrebbe disporre, in particolare sulla base della consultazione della Centrale dei crediti ai privati e sulla base delle informazioni sulla situazione finanziaria del consumatore, sulle possibilità di rimborso del credito e sugli impegni finanziari in corso, egli deve ragionevolmente ritenere che il consumatore sia in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto, in quanto da esso consegue che il creditore deve valutare, al posto del consumatore, l'opportunità di concludere eventualmente il contratto di credito.

In caso di risposta negativa, il giudice belga chiede infine se la CCD debba essere interpretata nel senso che essa impone sempre al creditore e all'intermediario del credito di valutare al posto del consumatore l'opportunità di concludere eventualmente il contratto di credito.

Conformemente alle conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte di Giustizia ha stabilito che non contrasta con la CCD una normativa nazionale (quale quella belga vigente all'epoca dei fatti) che impone al finanziatore l'obbligo di ricercare il contratto di credito più adatto al consumatore nonché di astenersi dal concludere il contratto qualora, all'esito della verifica di merito creditizio, non sia ragionevole ritenere che il consumatore sia in grado di rispettare gli obblighi rivenienti dal contratto di credito.

### 3. La posizione della Corte di Giustizia sul “credito adeguato”

Il procedimento principale, rispetto al quale sono sottoposte alla Corte le due questioni pregiudiziali sopra ricordate, verte su di una controversia regolata dal diritto belga.

In particolare, l'art. 15, comma 1, della legge belga sul credito al consumo prevedeva che: «Il creditore e l'intermediario del credito sono tenuti a ricercare, nell'ambito dei contratti di credito che essi offrono abitualmente o per i quali essi intervengono abitualmente, il tipo e l'importo del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore al momento della conclusione del contratto e dello scopo del credito»<sup>7</sup>.

Il Giudice del procedimento principale chiede in primo luogo alla Corte se tale norma sia (fosse) compatibile con la CCD, laddove (art. 5, par. 6) quest'ultima dispone che «Gli Stati membri provvedono affinché i creditori e, se del caso, gli intermediari del credito forniscano al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente

---

<sup>7</sup> La legge belga sul credito al consumo è stata abrogata a decorrere dal 1° aprile 2015, per lasciare posto al Codice di diritto economico. Il testo dell'art. 15, comma 1, di detta legge è stato ripreso all'articolo VII.75 del Codice.

illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite conformemente al paragrafo 1, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento. Gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata di tale assistenza e stabilire chi la fornisce, tenendo conto del contesto particolare nel quale il contratto di credito è offerto, del destinatario e del tipo di credito offerto».

La formulazione dell'art. 5, par. 6, della CCD si muove in una logica diametralmente opposta rispetto all'art. 15, comma 1, della legge belga sul credito al consumo. Mentre quest'ultima norma obbliga il creditore e l'intermediario del credito a individuare il prodotto di finanziamento più adatto al consumatore, prestando a suo favore, in ultima analisi, una consulenza personalizzata basata sulla sua situazione finanziaria e sullo scopo specifico del credito<sup>8</sup>, secondo la CCD spetta al consumatore decidere quale sia il prodotto a lui più adatto, avvalendosi all'uopo dell'assistenza del creditore e dell'intermediario del credito. In sintesi, la CCD non prevede a carico dei professionisti un obbligo di consulenza bensì un mero obbligo di fornire chiarimenti, lasciando al consumatore la responsabilità della scelta, oltre che la decisione finale sulla conclusione del contratto<sup>9</sup>.

Tale conclusione è coerente con il disposto dell'art. 5, par. 1, della CCD.

Nella fase precontrattuale<sup>10</sup>, infatti, il creditore o l'intermediario del credito, basandosi sulle preferenze espresse e sulle informazioni fornite dal consumatore, devono a questi fornire, per mezzo del documento standard denominato "Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori" (di seguito anche "IEBCC"), «le informazioni necessarie per raffrontare le varie offerte al fine di prendere una decisione con cognizione di causa in merito alla conclusione di un contratto di credito». Tanto il par. 6 quanto il par. 1 dell'art. 5 confermano dunque che spetta al consumatore scegliere il prodotto di credito, sia pur nel contesto di un ampio supporto informativo dei professionisti nella fase precontrattuale.

Non può trascurarsi, inoltre, che l'obbligo di fornire chiarimenti al consumatore giunge al termine di un percorso legislativo della direttiva che vedeva, nella prima fase, la proposta di inserimento di un obbligo a carico dei professionisti di ricercare il prodotto più adatto al consumatore, alla luce della situazione finanziaria, della finalità del credito e della ponderazione tra vantaggi e svantaggi del prodotto proposto<sup>11</sup>.

Tale proposta venne radicalmente rivista nel 2005, quando, accogliendo una richiesta del settore bancario e di alcuni Stati membri, la Commissione volle modificare il concetto di obbligo di consulenza, riducendolo all'attuale obbligo di fornire spiegazioni, funzionale all'assunzione di una decisione consapevole sulla conclusione del contratto di credito da parte del consumatore. Nel contempo, agli Stati membri veniva lasciato un più ampio margine di ma-

---

<sup>8</sup> Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, causa C-58/18, punto 35.

<sup>9</sup> Sul punto cfr. anche la Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di credito ai consumatori, che modifica la direttiva 93/13/CE, COM (2005) 483 def., punto 5.4 della relazione della Commissione, p. 6.

<sup>10</sup> «(...) in tempo utile prima che [il consumatore] sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, (...)».

<sup>11</sup> Cfr. art. 6, par. 3, della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori, COM (2002) 443 def..

novra, consentendo loro di adattare la normativa di attuazione alla situazione del loro mercato<sup>12</sup>.

Nella versione definitiva della CCD, dunque, l'obbligo di fornire consulenza sul prodotto lascia il posto all'obbligo di fornire chiarimenti sul prodotto. La differenza non pare di poco momento, in quanto potrebbe lasciar credere che l'offerta di credito da parte dei professionisti sia svincolata da qualsiasi valutazione di merito su esigenze, preferenze e situazione finanziaria del consumatore.

Con la decisione in commento la Corte di Giustizia, in proposito, afferma che la CCD «non impone agli Stati membri di prevedere un obbligo generale per i creditori di proporre ai consumatori il credito più adatto»<sup>13</sup>. D'altro canto, la Corte riconosce che, per quanto la CCD si muova in un'ottica di armonizzazione completa e imperativa in una serie di settori fondamentali<sup>14</sup>, in relazione ai doveri di assistenza al consumatore il legislatore europeo ha concesso agli Stati membri la facoltà di adattarne modalità e portata, nonché di individuare il soggetto tenuto all'obbligo.

Posto che gli Stati membri devono utilizzare tale margine di manovra in modo conforme alle disposizioni della CCD<sup>15</sup>, la Corte precisa che l'identificazione del prodotto più adatto da parte del creditore o dell'intermediario del credito tende a completare l'informazione del consumatore per consentirgli di prendere la decisione finale di concludere il contratto con piena cognizione di causa, non mettendo in discussione il principio secondo il quale il consumatore è responsabile della scelta tra i contratti che gli sono presentati dal creditore nella fase precontrattuale<sup>16</sup>.

Di conseguenza, la Corte conclude che «una normativa nazionale che impone ai creditori o agli intermediari del credito di ricercare e di presentare al consumatore il credito più adatto alle sue esigenze non eccede il margine di manovra accordato agli Stati membri dalla direttiva 2008/48 nel rispetto delle disposizioni armonizzate di quest'ultima»<sup>17</sup>.

Ciò detto, resta però aperta la fondamentale questione circa la presenza o meno di limiti all'attività di offerta da parte del creditore o dell'intermediario del credito.

In altre parole, occorre chiedersi se la disciplina introdotta dalla CCD consenta che al consumatore possa essere offerto qualsiasi prodotto di finanziamento, anche non adatto, purché sussista un'informativa adeguata prima di concludere il contratto, oppure preveda che l'offerta debba essere comunque tarata sulle esigenze e sulla situazione finanziaria del consumatore, pur senza arrivare ad identificare il prodotto più adatto.

Alla luce dell'art. 5, par. 6 e dei considerando 24 e 27 della CCD, la Corte di Giustizia<sup>18</sup> ha chiarito, in altra occasione, che le informazioni precontrattuali previste all'art. 5, par. 1 (fornite con l'IEBCC) non esauriscono gli obblighi in-

---

<sup>12</sup> Cfr. ancora la Proposta modificata di direttiva, cit., COM (2005) 483 def., punto 5.4 della relazione della Commissione, pag. 6.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 26.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 28.

<sup>15</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 32.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 34.

<sup>17</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 35.

<sup>18</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 18 dicembre 2014, n. 2464, causa C-449/13, *CA Consumer Finance*, punto 41.

formativi del creditore, che deve comunque fornire ulteriore assistenza al consumatore sui prodotti che offre, in modo tale che il consumatore sia informato in modo completo prima di concludere il contratto di credito.

Per individuare l'ambito effettivo di tutela del consumatore garantito dalla CCD e, nel contempo, porre le basi per affrontare la seconda questione pregiudiziale posta alla Corte nell'ambito del procedimento in commento (che, lo ricordiamo, attiene all'obbligo di astensione del creditore), occorre però tracciare i contorni dell'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore da parte del creditore previsto dall'art. 8, par. 1, della CCD<sup>19</sup>.

#### 4. Verifica del merito creditizio del consumatore e “prestito responsabile”: un rapporto dai contorni incerti

L'art. 8, par. 1, della CCD dispone che «gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente. Gli Stati membri la cui normativa prevede già una valutazione del merito creditizio del consumatore consultando una banca dati pertinente possono mantenere tale obbligo»<sup>20</sup>.

La valutazione di merito creditizio misura la capacità di rimborso del debitore e può essere intesa come apprezzamento del grado di rischio connesso all'operazione di prestito, nella duplice accezione di rischio economico derivante dall'insolvenza del debitore, che comporti una perdita definitiva sul capitale prestato, e di rischio finanziario (di liquidità), collegato al mancato rimborso alla scadenza convenuta, pur con ragionevoli aspettative sul rientro in un momento successivo<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Sul punto ricordiamo che, sebbene il giudice del rinvio belga menzioni unicamente l'art. 5, par. 6, della CCD, le altre questioni pregiudiziali sollevate si riferiscono, essenzialmente, alla verifica del merito creditizio del consumatore da parte del creditore, prevista all'art. 8, par. 1, di tale direttiva. La Corte ha dunque provveduto ad integrare tale disposizione tra gli strumenti del diritto dell'Unione di cui il giudice del rinvio chiede alla Corte di fornirgli un'interpretazione. Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 38, in adesione alle *Conclusioni dell'Avvocato Generale*, causa C-58/18, punto 66. In questo senso già Corte Giust. UE, 10 settembre 2014, n. 2189, causa C-34/13, *Kušíonová*, punto 45.

<sup>20</sup> Il secondo paragrafo della norma suddetta contempla l'obbligo del creditore di aggiornare le informazioni finanziarie sul consumatore e rivalutarne il merito creditizio in caso di aumento significativo dell'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto.

<sup>21</sup> Il tema del merito creditizio è trattato tradizionalmente dai tecnici bancari. Si rinvia, per tutti, a G. FORESTIERI-B. ROSSIGNOLI, *I prestiti*, in P. MOTTURA (a cura di), *La gestione della banca*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 217 ss. Circa il merito creditizio del consumatore, nella dottrina giuridica si è parlato (A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 183 ss.) di oggettiva e attuale capacità di rimborso, misurata sul reddito, sul patrimonio aggredibile e sugli esiti circa il rispetto degli impegni debitori pregressi. Nello stesso senso sostanzialmente L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contratto e Impresa*, n. 2, 2012, p. 493. Sul merito creditizio v. anche E. CATERINI, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento «finalizzato»*, in V. RIZZO-E. CATERINI-L. DI NELL-L. MEZZASOMA (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Esi, Napoli, 2010, p. 49 ss.; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, *ivi*, p. 65 ss.; S. LAROCCA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, *ivi*, p. 233 ss.; M. MAZZEO, *La verifica del merito creditizio*,

Alcuni autori hanno sottolineato che nell'ipotesi di concessione di credito ad un consumatore la valutazione di merito creditizio è ontologicamente diversa rispetto a quella effettuata nei confronti di un'impresa, essendo pacifica la destinazione del capitale (il consumo) e, quindi, non rilevando la valutazione di meritevolezza dell'impiego che invece è dovuta laddove si dia credito ad un imprenditore (che dovrebbe essere anche capace di investire correttamente e fruttuosamente il denaro prestatogli)<sup>22</sup>.

In realtà, per quanto in una logica semplificata, anche nel caso del consumatore la banca deve valutare le fonti di reddito e le voci di spesa, attuali e prospettive, al fine di determinare la probabilità di rimborso integrale e tempestiva del capitale mutuato e degli interessi. Ciò per dire che, nella prospettiva del finanziatore, non pare possano ravvedersi differenze ontologiche nella valutazione sulla base della natura del soggetto scrutinato, se non in termini di complessità tecnica e di quantità e qualità delle informazioni necessarie allo scopo<sup>23</sup>.

Occorre invece soffermarsi sulle modalità di valutazione del merito creditizio, chiedendosi se il finanziatore debba focalizzarsi sulla mera probabilità di recupero del credito ovvero, anche e prima di tutto, sulla capacità del consumatore di rimborsare il finanziamento.

La differenza non è di poco conto, in quanto la determinazione del valore di recupero tiene conto, tra l'altro, del valore di pronto realizzo delle garanzie<sup>24</sup>, nonché delle eventuali coperture assicurative a garanzia del rimborso del credito<sup>25</sup>.

La CCD propende inequivocabilmente per la seconda opzione, in linea con quanto in generale auspicato dalla dottrina<sup>26</sup> e dalle autorità di vigilan-

---

in *Obbl. e contr.*, 2010, 860; S. PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d.lg. 13.8.2010, n. 141)*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 133.

<sup>22</sup> A. SIMONATO, *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *Riv. dir. bancario*, giugno 2010.

<sup>23</sup> La relativa semplicità di valutazione del consumatore ha spinto da tempo gli intermediari finanziari ad utilizzare sistemi di *credit scoring*, non solo in termini di ausilio della decisione di affidamento ma anche come processi esaustivi, le cui risultanze determinano in via autonoma la concessione del credito. Per una recente analisi del fenomeno, anche alla luce degli sviluppi tecnologici nei mercati finanziari, si veda F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio dei consumatori*, EDUCatt, Milano, 2018, p. 93 ss.

<sup>24</sup> In questo senso cfr. anche le disposizioni di vigilanza sul rischio di credito e di controparte dettate da Banca d'Italia (Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato A).

<sup>25</sup> Come avverte la dottrina aziendalistica (sul punto cfr. S. CENNI-R. CORIGLIANO, *I prestiti e la funzione allocativa della banca*, in M. ONADO (a cura di), *La banca come impresa*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 393 ss.), la valutazione dei fidi non è altro che l'analisi del rischio economico e del rischio finanziario inerente al credito, effettuata con criteri statici o dinamici a seconda delle informazioni di base considerate o disponibili e a seconda che si privilegi il contenuto patrimoniale piuttosto che reddituale dell'affidato. «Terminata l'istruttoria, l'eventuale concessione del prestito può essere vincolata alla presentazione di garanzie, reali o personali. *La presenza di queste ultime non modifica le condizioni di rischio dell'operazione, ma può contribuire a rendere più facile il recupero del capitale e a superare i limiti connessi alla situazione di imperfetta informazione gravante sulla banca (corsivo nostro)*».

<sup>26</sup> Per lunga tradizione, le prassi di valutazione dei fidi bancari si discostano sensibilmente dal principio di efficienza allocativa, sopravvalutando le garanzie reali e personali fornite dall'imprenditore o da terzi, che in verità rilevano solo al momento del recupero coattivo del credito. Vengono dunque trascurati diversi presupposti informativi (ad esempio, con riferimento al settore ed al mercato ove opera l'impresa), che invece sarebbero indispensabili in una logica di distribuzione del credito in base alla capacità di reddito. Sul punto cfr. ancora G. FORESTIERI-B. ROSSIGNOLI, *I prestiti*, cit., p. 240 ss. In senso conforme al testo A. SIMONATO, *La valutazione*,

za<sup>27</sup>, disponendo che sia valutato il merito creditizio «del consumatore». Il legislatore europeo del 2008 precisa altresì che tale obbligo va oltre le disposizioni relative al rischio di credito a cui sono soggette le banche e gli intermediari finanziari, in quanto «i creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori»<sup>28</sup>.

Va rilevato altresì che la direttiva 2014/17/UE sul credito immobiliare ai consumatori è molto più precisa sul punto, disponendo che la valutazione di merito creditizio sia approfondita e tenga adeguatamente conto dei fattori pertinenti ai fini della verifica delle prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito, non potendo basarsi prevalentemente sul valore attuale o prospettico del bene immobile residenziale<sup>29</sup>. Tali fattori pertinenti sono rappresentati dalle informazioni sul reddito e sulle spese del consumatore, nonché da altre informazioni sulla situazione economica e finanziaria necessarie, sufficienti e proporzionate<sup>30</sup>.

Per quanto i principi della MCD non possano applicarsi *de plano* nella valutazione di merito relativa alla concessione di credito al consumo, non può negarsi che anche le «informazioni adeguate» sul consumatore che il creditore è tenuto ad assumere ai sensi dell'art. 8, par. 1, della CCD dovrebbero essere funzionali alla verifica delle prospettive di adempimento e, dunque, inerenti alla situazione finanziaria (reddituale e di spesa) del consumatore.

Tale conclusione consente di rispondere sinteticamente al quesito posto al termine del paragrafo precedente: l'offerta di prodotti di credito di parte del creditore o intermediario del credito non deve obbligatoriamente essere ristretta al prodotto più adatto, ma deve comunque tener conto delle informazioni assunte dai professionisti sulle esigenze e sulla situazione finanziaria del consumatore<sup>31</sup>. L'intermediario non è tenuto ad offrire il prodotto più adatto ma dovrà assicurare, prevenendo pratiche di *misselling*, che il cliente non sia indi-

---

cit.; M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 4, 2011, p. 764 ss.

<sup>27</sup> Le disposizioni di Banca d'Italia (Circolare n. 285, cit.), ad esempio, prevedono che «nella fase istruttoria, le banche acquisiscono tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito di credito del prenditore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; essa deve inoltre permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prenditore, anche alla luce del complesso delle relazioni intrattenute». Come è evidente, nessun rilievo è dato alle garanzie, che sono prese in considerazione solo per la determinazione del valore di recupero dei crediti deteriorati.

<sup>28</sup> Cfr. considerando 26, CCD.

<sup>29</sup> Cfr. art. 18, direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010 (di seguito anche "MCD").

<sup>30</sup> Cfr. art. 20, MCD. Sul punto cfr. anche EBA, *Orientamenti sulla valutazione del merito creditizio*, EBA/GL/2015/11 del 19 agosto 2015, ove, in linea generale, si precisa (Orientamento 1) che «il creditore dovrebbe svolgere indagini ragionevoli e adottare misure ragionevoli per verificare la capacità di reddito attuale e pregressa del consumatore ed eventuali andamenti irregolari nel corso del tempo», tenendo anche conto dell'impatto sui redditi riveniente dallo svolgimento di un'attività autonoma del consumatore o dal carattere stagionale o saltuario dell'occupazione.

<sup>31</sup> Non manca la dottrina (L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, p. 402) che, diversamente, richiamando il modello di adeguatezza adottato per la prestazione dei servizi di investimento, sostiene che il principio del prestito responsabile sembrerebbe delineare un obbligo di fornire al consumatore un prodotto che gli sia adeguati. Critica sul punto L. MODICA, *Concessione «abusiva»*, cit., p. 496 ss. Per una visione generale cfr. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012.

rizzato verso prodotti evidentemente inadeguati rispetto alle sue esigenze finanziarie<sup>32</sup>.

Appurato che il finanziatore deve valutare il merito creditizio del consumatore, ci si è chiesti poi se tale valutazione sia funzionale alla sola tutela delle ragioni del creditore o se la finalità debba individuarsi nella prevenzione del sovraindebitamento del consumatore.

Il dibattito sulla tematica del “prestito responsabile” al consumatore è decisamente vivace, e divide la dottrina tra coloro che tendono a vedervi, con lettura massimalista, la nascita di un nuovo rapporto all’insegna della funzione sociale del credito e coloro che, al contrario, sono propensi a ridurre tale obbligo ad una declinazione del precetto di sana e prudente gestione del finanziatore, negando una specifica funzione protettiva delle ragioni del consumatore<sup>33</sup>.

Dal punto di vista legislativo la genesi della norma depone per la seconda opzione piuttosto che per la prima.

Nella Proposta di direttiva del 2002 la Commissione prevede che, quando il creditore conclude un contratto di credito o ne aumenta l’importo, si deve presumere che questi abbia stimato preventivamente, con ogni mezzo a sua disposizione, che il consumatore sia in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto<sup>34</sup>.

La norma proposta è intitolata “prestito responsabile” e, secondo la Commissione, mira a stabilire un principio già esistente negli ordinamenti di alcuni Stati membri (quali i Paesi Bassi e il Belgio)<sup>35</sup>, secondo il quale nell’esercizio del credito il finanziatore deve esercitare prudenza o agire da “buon creditore”. Tale principio non è posto nell’interesse del solo consumatore ma anche in quello di tutti i creditori, che vedono diminuita la solvibilità dei loro clienti quando sono erogati contratti di credito dai loro concorrenti in circostanze che mettono a grave rischio la solvibilità del consumatore<sup>36</sup>. Per tale motivo si prevede

---

<sup>32</sup> Sul punto cfr. anche BANCA D’ITALIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, 29 luglio 2009 e successive modifiche e integrazioni, sez. XI, par. 2. Le disposizioni ora ricordate prevedono altresì che gli intermediari adottino procedure organizzative «che evitino modalità di commercializzazione oggettivamente idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti manifestamente non adatti», preferibilmente mediante «l’introduzione di strumenti, anche informatici, che consentano di verificare la coerenza tra il profilo del cliente e i prodotti allo stesso offerti».

<sup>33</sup> Cfr. L. MODICA, *Concessione «abusiva»*, cit., p. 492. La letteratura sull’art. 8 della CCD e sull’art. 124-bis del d.lgs. n. 385/1993 (di seguito anche “TUB”), con il quale è stata recepita nel nostro Paese la disposizione europea, è ormai sterminata. Si veda, per tutti, G. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d’indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2009, p. 509 ss.; G. CARRIERO, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e diritto privato*, n. 2, 2011, p. 504 ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea*, cit.; M. DE POLI, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo*, in *Dir. banc.*, n. 1, 2009, p. 33 ss.; G. FALCONE, “*Prestito responsabile*” e *valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, n. 1, 2017, p. 147 ss.; A. MIRONE, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Giur. comm.*, n. 5, 2010, p. 557 ss.; G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Giur. comm.*, n. 1, 2013, p. 38 ss.

<sup>34</sup> Cfr. art. 9, Proposta di direttiva, cit., COM(2002) 443 def., presentata dalla Commissione l’11 settembre 2002.

<sup>35</sup> Sulle soluzioni adottate da vari ordinamenti nazionali europei si rinvia, per tutti, a U. REIFNER, *Verso i Principi del credito responsabile in Europa*, in A. SARCINA (a cura di), *Il sovraindebitamento civile e del consumatore*, in *Dialogi Europae*, n. 3, 2014, p. 9 ss.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 12.

che i finanziatori siano anche tenuti a consultare le banche dati centralizzate sui rischi di credito e a prestare consulenza sul tipo di contratto di credito più adatto<sup>37</sup>.

Nelle successive Proposte di direttiva del 2004 e del 2005 la disciplina sul “prestito responsabile”, espressamente finalizzata al contenimento del sovra-indebitamento dei consumatori, viene progressivamente ridimensionata<sup>38</sup>, riducendosi ai già citati art. 5, par. 6 e art. 8, nonché al considerando 26, ove tra l'altro si afferma che «gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio», dato che «in un mercato creditizio in espansione (...) è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutare il merito creditizio».

Come ha efficacemente avvertito l'Avvocato generale nelle conclusioni presentate in occasione della sentenza in commento, «il modello di riferimento cui si ispira la direttiva 2008/48 è quello di un consumatore adulto e ben informato che, sulla base delle informazioni ricevute, se del caso, integrate da chiarimenti adeguati, è in grado di decidere a favore di o contro un vincolo contrattuale»<sup>39</sup>.

L'art. 5, par. 6, della CCD prevede infatti, come ampiamente abbiamo già ricordato, che il creditore sia tenuto a prestare ulteriore assistenza al consumatore per rendere più agevole e consapevole la scelta di quest'ultimo circa l'eventuale conclusione del contratto di credito. L'art. 8, par. 1, della CCD, poi, non indica alcun comportamento che il creditore dovrebbe osservare allorché nel corso della verifica di merito creditizio sorgano (o avrebbero dovuto sorgere) dubbi ragionevoli circa la capacità futura del consumatore di adempiere regolarmente agli obblighi derivanti dal contratto proposto<sup>40</sup>.

## 5. Sull'obbligo di astensione del finanziatore nei confronti del consumatore “immeritevole”

Nell'affrontare la seconda questione pregiudiziale posta, circa l'eventuale contrasto tra la CCD e la norma belga secondo la quale il finanziatore può concludere un contratto di credito solo nel caso in cui possa ragionevolmente ritenere che il consumatore sia in grado di rispettare gli obblighi del contratto, la Corte di Giustizia conferma che la CCD «non contiene alcuna disposizione relativa al comportamento che il creditore deve adottare in caso di dubbi sul merito creditizio del consumatore»<sup>41</sup>. Per tale ragione la determinazione degli obblighi che possono essere imposti al creditore in seguito all'esame del merito creditizio rimane nella competenza degli Stati membri<sup>42</sup>.

Da una parte, dunque, non può che condividersi l'opinione di chi sostiene

<sup>37</sup> Cfr. artt. 8 e 6, Proposta di direttiva, cit., COM(2002) 443 def..

<sup>38</sup> Cfr. Proposte della Commissione COM(2004)747 definitivo e COM(2005) 483 definitivo.

<sup>39</sup> Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, causa C-58/18, punto 72.

<sup>40</sup> Così anche Conclusioni dell'Avvocato Generale, causa C-58/18, punto 68.

<sup>41</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 42.

<sup>42</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 43.

che sia rimasta senza seguito l'iniziale opzione europea di introdurre formalmente nella disciplina del credito ai consumatori il principio del prestito responsabile<sup>43</sup>, ossia «un formale e penetrante complesso di doveri di protezione a carico del finanziatore, con il superamento dei tradizionali principi fondamentali della materia in questione: da un lato l'autoresponsabilità del consumatore; dall'altro la marginalità degli obblighi di informazione e l'assenza di doveri di consulenza e assistenza»<sup>44</sup>.

Se questo è lo stato dell'arte della normativa europea, la Corte di Giustizia ha già però avuto modo di affermare, facendo leva sul considerando 26, che l'obbligo di verifica di merito creditizio del consumatore «mira a responsabilizzare i creditori e ad evitare la concessione di prestiti a consumatori non solvibili»<sup>45</sup>, in considerazione del fatto che sia l'art. 5 che l'art. 8 della CCD «sono volti a tutelare e a garantire a tutti i consumatori dell'Unione un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi»<sup>46</sup>.

La Corte ha poi aggiunto che, conformemente al considerando 44 della CCD, «ai fini della trasparenza e della stabilità del mercato e in attesa di una maggiore armonizzazione, gli Stati membri dovrebbero assicurarsi che vengano misure appropriate di regolamentazione o controllo nei confronti dei creditori»<sup>47</sup>.

Vi è dunque da chiedersi se l'obbligo di valutare la capacità di rimborso del debitore a cui sono soggetti gli intermediari finanziari nell'ottica della gestione sana e prudente (quindi sul piano della vigilanza) possa rappresentare un meccanismo al contempo idoneo a tutelare i consumatori dai rischi di sovraindebitamento e di insolvenza, come indicato anche dalla sentenza della Corte di Giustizia in commento<sup>48</sup>.

Sul punto è particolarmente interessante l'opinione dell'Avvocato generale, secondo il quale occorrerebbe impegnarsi per garantire coerenza tra le norme in materia di tutela dei consumatori e quelle poste in materia di vigilanza con riferimento all'adeguata gestione del rischio di credito da parte dei finanziatori. Ciò sarebbe possibile, secondo l'Avvocato generale, proprio promuovendo la concessione responsabile del credito, alla stregua di quanto avviene con l'art. 18, comma 5, lett. a), della MCD<sup>49</sup>.

Alla questione la Corte di Giustizia può dare evidentemente una risposta nei soli limiti della questione pregiudiziale posta.

Nel valutare se un obbligo di astensione dal concludere il contratto di credito con il consumatore immeritevole contrasti con la CCD, la Corte osserva dapprima che il legislatore europeo ha già dato prova di voler responsabilizzare i creditori, prevedendo una norma analoga nella disciplina in materia di prestiti immobiliari ai consumatori<sup>50</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento*, cit., p. 44.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>45</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 18 dicembre 2014, n. 2464, causa C-449/13, *CA Consumer Finance*, punti 35 e 43.

<sup>46</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 18 dicembre 2014, n. 2464, causa C-449/13, *CA Consumer Finance*, punto 44.

<sup>47</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 44.

<sup>48</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punto 41 e, in precedenza, Corte Giust. UE, 18 dicembre 2014, n. 2464, causa C-449/13, *CA Consumer Finance*, punto 43.

<sup>49</sup> Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, causa C-58/18, punti 77 e 78.

<sup>50</sup> Ai sensi dell'art. 18, par. 5, lett. a), della MCD gli Stati membri assicurano che «il creditore

Ciò detto, la Corte conclude che un obbligo siffatto non è idoneo a pregiudicare l'obiettivo dell'art. 8, par. 1, della CCD né a mettere in discussione la responsabilità di principio del consumatore di vigilare sui propri interessi<sup>51</sup>.

Le motivazioni della Corte mettono in luce le difficoltà di conciliare un dato normativo basato sull'autoresponsabilità del consumatore con le tendenze legislative in atto in materia di prestito responsabile.

La chiave di volta del sistema, almeno per il credito ai consumatori, pare essere rappresentata proprio dalle norme di vigilanza previste per la valutazione del merito creditizio della clientela.

## 6. La gestione del rischio di credito, tra sana e prudente gestione e tutela dal sovraindebitamento

Il dibattito sui contenuti dell'art. 8 della CCD dimostra la delicatezza della questione.

Secondo una prima opinione, l'art. 8 della CCD deve essere attuato principalmente, se non esclusivamente, sul piano della vigilanza, senza particolare rilievo sul piano intersoggettivo<sup>52</sup>. Altri hanno messo in luce la portata della norma in questione nella dimensione pubblicistica della tutela del mercato del credito, con lo scopo di perseguire una corretta allocazione delle risorse ai soli creditori meritevoli in quanto capaci di restituire quanto loro prestato<sup>53</sup>. Vi è chi infine ha osservato che l'art. 124-*bis* TUB (attuativo dell'art. 8 della CCD in Italia) è norma "anfibiologica", in cui si intrecciano pubblico e privato, tutela civilistica e misura di vigilanza<sup>54</sup>.

Il regolatore italiano, in realtà, pare decisamente convinto che l'esigenza di tutela da pratiche creditizie irresponsabili sia assorbita nel principio di sana e prudente gestione degli intermediari, fissato dall'art. 5 TUB.

L'art. 6 del decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze n. 117 del 3 febbraio 2011 specifica che, «al fine di evitare comportamenti non prudenti e assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito», gli intermediari assolvono all'obbligo di verificare il merito creditizio del consumatore ex art. 124-*bis* applicando le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio previste ai fini della sana e prudente gestione del soggetti vigilati dagli artt. 53, 67, 108, 109 e 114-*quaterdecies* TUB e dalle relative disposizioni di attuazione.

---

eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito».

<sup>51</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, n. 467, causa C-58/18, *Schyns*, punti 47 e 48.

<sup>52</sup> Cfr. A. MIRONE, *L'evoluzione*, cit., p. 593. L'Autore precisa (p. 592) che l'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore rileva nell'ambito delle procedure interne dell'intermediario, afferenti ai requisiti organizzativi, regolati dalla sez. XI del Provvedimento di Banca d'Italia in materia di trasparenza bancaria del 29 luglio 2009 e successive modifiche e integrazioni.

<sup>53</sup> Cfr. M. GORGONI, *Spigolature*, cit., p. 69.

<sup>54</sup> Cfr. G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento*, cit., p. 62. Sull'art. 124-*bis* TUB si vedano anche, tra gli altri, R. COSTI-F. VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Cedam, Padova, 2019, p. 813 ss.; R. DE CHIARA, *Commento sub art. 124-bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Cedam, Padova, 2018, p. 2160 ss.

Il provvedimento di Banca d'Italia del 9 febbraio 2011, con il quale è stato integrato il Provvedimento in materia di trasparenza bancaria del 29 luglio 2009 per recepire le previsioni della CCD, conferma che le banche assolvono all'obbligo previsto dall'art. 124-*bis* TUB applicando le istruzioni di vigilanza relative alla gestione del rischio di credito<sup>55</sup>.

Come in precedenza osservato, la circostanza che il merito creditizio del consumatore debba essere valutato secondo la disciplina dettata per la gestione ed il controllo del rischio di credito non esclude affatto che l'attenzione del finanziatore debba essere posta sulla capacità del debitore di rimborsare il credito conformemente al contratto: a tale fine assume infatti importanza determinante la situazione patrimoniale e, soprattutto, reddituale del consumatore, mentre nessun rilievo è assegnato alle garanzie, personali o reali, anche di terzi e ad eventuali assicurazioni sul credito, significative per la sola determinazione del valore di recupero del credito in caso di deterioramento della posizione.

In altre parole, laddove il finanziatore rispetti scrupolosamente le regole di sana e prudente nell'erogazione del credito non dovrebbe esserci spazio per un affidamento irresponsabile di un consumatore: l'eccessivo indebitamento in rapporto alle fonti di reddito sarebbe infatti rilevato dalle procedure interne e dovrebbe indurre l'intermediario a rifiutare il credito, essendo eccessivamente alta la probabilità che quest'ultimo non venga regolarmente rimborsato.

Non vi è dubbio, però, che un credito rischioso, quale quello sopra ipotizzato, sarebbe in via astratta anche più redditizio, dovendo la banca remunerare adeguatamente il rischio assunto con un maggiore tasso di interesse. Per tale motivo, laddove il finanziatore rilevasse la presenza di eventuali garanzie o assicurazioni a tutela del recupero integrale del credito in caso di insolvenza del debitore, potrebbe avere convenienza a non ritenere ostativa una situazione precaria del consumatore in termini di capacità di rimborso, concedendo comunque il credito.

Occorre a questo punto ricordare che il principio di gestione sana e prudente della banca costringe gli intermediari ad adottare, tra l'altro, *policies* e procedure interne che, anche nella gestione del credito, consentano la massima esplicitazione del diritto di iniziativa economica compatibilmente con un'assunzione di rischio consapevole e una condotta operativa improntata a criteri di correttezza<sup>56</sup>.

Trattandosi di clausola generale<sup>57</sup>, la declinazione di tale principio è assegnata alla Banca d'Italia, quale autorità di vigilanza, che ai sensi dell'art. 5 TUB deve tenere in considerazione altre finalità concorrenti, quali la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario, l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia e, nella materia specifica del credito al consumo, anche la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela, come prevede l'art. 127, comma 1, TUB.

Se è vero dunque che la presenza di garanzie o assicurazioni sul credito può consentire alla banca che abbia finanziato un consumatore "immeritevole"

---

<sup>55</sup> Si tratta, in particolare, delle Istruzioni di Vigilanza per le banche, circ. n. 229 del 21 aprile 1999, tit. IV, cap. 11, sez. II, par. 2.1. Le predette Istruzioni sono state sostituite dalle disposizioni di cui alla circ. n. 263 del 2006, a sua volta sostituite dalla circ. n. 285 del 17 dicembre 2013, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato A.

<sup>56</sup> Sul punto si consenta il rinvio a G.L. GRECO, *Commento sub art. 5*, in F. BELLINI-M. PORZIO-M. RISPOLI-V. SANTORO, *Commentario al testo unico bancario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 52.

<sup>57</sup> Così anche TAR Lazio, 9 agosto 2005, n. 6157, in *Giur. it.*, 2005, X, p. 2421.

di recuperare integralmente il proprio credito, preservando la solidità patrimoniale dell'intermediario e, grazie ad un premio al rischio maggiore, incrementandone anche la redditività, è però difficile sostenere che tale comportamento possa considerarsi rispettoso del principio di correttezza nel rapporto con il cliente consumatore.

Vi è allora da chiedersi quali siano le conseguenze sull'intermediario "irresponsabile".

La Corte di Giustizia in passato ha ritenuto in contrasto con l'art. 23 della CCD – secondo il quale le sanzioni in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive – una norma nazionale (francese) che prevedeva l'applicazione degli interessi legali, anziché convenzionali, al finanziamento concesso in dispregio dell'obbligo precontrattuale del finanziatore di valutare la solvibilità del debitore consultando una banca dati pertinente: per la Corte, infatti, tale sanzione non risulterebbe effettivamente dissuasiva<sup>58</sup>.

Occorre ricordare, al proposito, che secondo la CCD gli Stati membri dovrebbero evitare che i creditori concedano prestiti in modo irresponsabile o emettano crediti senza preliminarmente valutare il merito creditizio, effettuando la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e determinando i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse<sup>59</sup>.

Venendo al problema del credito concesso senza una corretta verifica del merito creditizio, vi è chi ritiene che l'art. 124-*bis* TUB (riproduttivo dell'art. 8 della CCD) fonderebbe un vero e proprio diritto soggettivo del consumatore alla valutazione, speculare all'obbligo del finanziatore. Di conseguenza, eventuali violazioni legittimerebbe il consumatore a far valere nei confronti del finanziatore un diritto al risarcimento del relativo danno<sup>60</sup>. La dottrina, pur con alcune incertezze<sup>61</sup>, tende invece ad escludere la possibilità di invocare la responsabilità del finanziatore per concessione abusiva del credito, in ragione del rilievo dell'autoresponsabilità del consumatore danneggiato<sup>62</sup>.

Le incertezze sui profili rimediali non mettono però in discussione il fatto che l'intermediario sia esposto alle pesanti sanzioni amministrative pecuniarie previste dal TUB per la violazione delle norme in materia di organizzazione e controlli<sup>63</sup>: tali sanzioni non conseguono direttamente alla violazione del disposto dell'art. 124-*bis* TUB (che, a ben vedere, è sprovvisto di sanzione specifica), bensì alla violazione degli artt. 53, 67, 108, 109 e 114-*quaterdecies*, applicabili a seconda della natura del soggetto finanziatore.

---

<sup>58</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 27 marzo 2014, n. 190, causa C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA*, punto 53. La sentenza è stata commentata dal T. DELLA MASSARA, *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali prevista nell'ordinamento francese*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, n. 3, 2014.

<sup>59</sup> Cfr. considerando 26, CCD.

<sup>60</sup> Cfr. G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento*, cit., p. 63.

<sup>61</sup> Cfr. L. MODICA, *Concessione «abusiva»*, cit., p. 509 ss.

<sup>62</sup> Cfr. M. GORGONI, *Spigolature*, cit., p. 70; A. MIRONE, *L'evoluzione*, cit., p. 592; F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 3, 2009, p. 382 ss. In questo senso, con riferimento al finanziamento alle imprese, cfr. A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. Comm.*, n. 3, 2011, p. 309, a cui si contrappone B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 3, 2001, p. 295 ss.

<sup>63</sup> Cfr. artt. 144 ss. TUB.

## 7. Valutazione di merito creditizio e piattaforme di *marketplace lending*: alcuni spunti a mo' di conclusione

In conclusione, non possiamo mancare di accennare ad una questione dai contorni ancora più sfumati, che sta assumendo significativa rilevanza proprio negli anni più recenti in conseguenza dell'entrata nel mercato finanziario di operatori non tradizionali, quali le piattaforme di *marketplace lending*<sup>64</sup>.

Laddove tali piattaforme operino come veri e propri intermediari finanziari, erogando direttamente credito ai consumatori, non si ravvisano problemi nell'inclusione nella categoria dei "creditori" definita dalla CCD, ossia delle persone fisiche o giuridiche che concedono o s'impegnano a concedere un credito nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale<sup>65</sup>. Di conseguenza, i prestiti accordati da tali piattaforme a consumatori saranno sottoposti alla disciplina della CCD e, dunque, all'obbligo di verifica di merito creditizio che, vista la natura di intermediari vigilati, dovrà anche conformarsi alle regole poste dall'autorità di vigilanza competente.

Il problema nasce allorché – e molto spesso nella prassi ciò accade – tali piattaforme si limitano a svolgere attività funzionali al soddisfacimento dei bisogni finanziari in una logica di mercato<sup>66</sup>, non finanziando direttamente i soggetti in *deficit* ma mettendoli in contatto con possibili prestatori, perlopiù non professionali. Tali attività spaziano dalla fornitura di servizi di abbinamento tra proposte di finanziamento e di indebitamento a servizi di *scoring*, ossia di valutazione del merito creditizio dei potenziali debitori<sup>67</sup>.

Le piattaforme operano sulla base di algoritmi che, in primo luogo, elaborano le informazioni fornite dal prenditore di fondi al fine di valutarne il merito di credito. Nel modello diretto (ossia quando il prestatore sceglie sulla piattaforma i prestiti da concedere) questi può utilizzare tale giudizio (o *scoring*) per le proprie decisioni di finanziamento. Nel caso del modello diffuso, ossia laddove la piattaforma utilizza sistemi automatici di diversificazione sulla base della classe di rischio/rendimento scelta dall'offerente il credito, lo *scoring* ha un ruolo ancor più pregnante, costituendo il presupposto per l'abbinamento automatico tra offerte e richieste di credito, che nei sistemi più evoluti è realizzato con un'attenta diversificazione del rischio tra più prenditori.

Tali piattaforme non concedono o s'impegnano a concedere direttamente credito ai consumatori che lo richiedono, per cui non rientrano a pieno titolo nella categoria "creditori" prevista dalla CCD. Tale circostanza impedisce l'applicazione della relativa disciplina, che non necessariamente potrebbe peraltro gravare sui prestatori partecipanti alla piattaforma, sovente privati non operanti a titolo professionale. Inoltre, in quanto non autorizzate alla concessione di finanziamenti, tali piattaforme non sarebbero soggette alle regole di vigilanza in materia di gestione del rischio di credito.

---

<sup>64</sup> Sul tema si consenta il rinvio a G.L. GRECO, *L'impatto del FinTech credit nella regolazione dei mercati finanziari*, in S. DOMINELLI-G.L. GRECO (a cura di), *I mercati dei servizi fra regolazione e governance*, in corso di pubblicazione.

<sup>65</sup> Cfr. art. 3, CCD.

<sup>66</sup> Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Conclusioni*, in A. SCIARRONE ALIBRANDI-G. BORELLO-R. FERRETTI-F. LENOCI-E. MACCHIAVELLO-F. MATTASSOGLIO-F. PANISI, *Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, Consob, *Quaderni FinTech*, n. 5, luglio 2019, p. 246.

<sup>67</sup> In argomento cfr. in particolare F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio dei consumatori*, EDUCatt Università Cattolica, Milano, 2018, p. 93 ss.

L'assenza di controlli esterni sul processo di valutazione del merito di credito non consente di assicurare che sia dato adeguato rilievo alla qualità del richiedente il finanziamento, con particolare riferimento ai profili patrimoniali e reddituali. Ciò getta ombre sulla corretta valutazione del rischio di credito, restando a tal fine irrilevante il fatto che tale valutazione sia effettuata nell'interesse di terzi (i *crowd-investor*) e non della piattaforma stessa.

L'applicazione di sistemi automatizzati (algoritmici) di *credit scoring* può impattare, tra l'altro, sui profili privatistici dei rapporti tra prestatori e debitori, incidendo sulla capacità di credito dei soggetti finanziati e sul premio al rischio richiesto per la conclusione dei contratti, nonché sul livello di indebitamento del consumatore. A livello sistemico potrebbe anche essere minata l'efficienza e la stabilità del mercato finanziario, nella misura in cui i volumi transatti dalle piattaforme operanti con applicazioni automatizzate di *credit scoring* crescano di dimensione. In tale prospettiva deve porsi anche un problema di concorrenza con gli operatori tradizionali, costretti a sostenere i costi di *compliance* ed i vincoli operativi posti dalle autorità di vigilanza e a rischio di spiazzamento, quanto meno nel medio-lungo termine, da certi settori del mercato del credito (primo fra tutti, appunto, il credito ai consumatori).



# COMMENTI

## Ancora sul riparto di competenze tra Autorità Antitrust e Autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette

di *Beatrice Rabai*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 11 NOVEMBRE 2019, N. 7699. – PRES. S. SANTORO; EST. B. LAGEDER

*«Alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia, la regola generale è che, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza è dell'AGCM. La competenza delle altre autorità di settore è residuale e ricorre soltanto quando la disciplina di settore regoli «aspetti specifici» delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili.*

*L'espressione «aspetti specifici» della pratica commerciale scorretta impone un confronto non tra interi settori o tra fattispecie concrete, ma tra singole norme generali e di settore, con applicazione di queste ultime soltanto qualora esse contengano profili di disciplina incompatibili e antinomici con quelle generali di disciplina delle pratiche commerciali scorrette.*

*L'applicazione del criterio autonomo dell'incompatibilità esclude in modo chiaro che l'Autorità di settore possa intervenire. Se, pertanto, venisse irrogata una seconda sanzione, essa sarebbe illegittima, sia sotto il profilo procedimentale sia sotto quello sostanziale».*

**SOMMARIO:** 1. Le questioni sottese al caso in esame. – 2. La vicenda. – 3. Tutela del consumatore e mercati regolati: il nodo del riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti. – 4. La decisione del Consiglio di Stato. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Le questioni sottese al caso in esame

L'annoso problema del riparto di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità di settore, in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati, non sembra aver trovato ancora un approdo definitivo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sul tema, tra i più recenti, v. A. VERDESCA, *Pratiche commerciali scorrette e tutela dei consumatori: tra conformazione del contratto e poteri delle "Authorities"*, in *Corr. giur.*, 2019, 7, pp. 943-950; M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2018, 4, pp. 926-960; M. CAPPALÀ, *Quando l'erosione dei limiti costituzionali avviene dall'interno: il caso dell'art. 27, comma 1-bis del codice del consumo e della sua (presunta) natura interpretativa*, in *Rivista AIC*, 2018, 2, pp. 1-34; Id., *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 3-4, pp. 879-920; V. MOSCA, *Il riparto di competenza sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 4, pp. 519-

La recente pronuncia del Consiglio di Stato che qui si commenta, resa all'esito del rinvio pregiudiziale sulla medesima fattispecie alla Corte di Giustizia, stabilisce che il rapporto tra normativa generale in materie di pratiche commerciali scorrette e disciplina settoriale a tutela dell'utente deve essere definito non tanto alla luce del principio di specialità (come già prospettato in altre occasioni dal giudice amministrativo) bensì ricorrendo al criterio autonomo di incompatibilità, il quale impone di operare un confronto tra singole norme generali e di settore, con applicazione di queste ultime solamente laddove le medesime contengano profili di disciplina «*incompatibili e antinomici*» con le norme di cui al codice del consumo.

Spetta, dunque, all'Autorità *Antitrust* la competenza generale a sanzionare pratiche commerciali scorrette poste in essere da operatori economici, residuando la competenza dell'Autorità di settore nei casi in cui la disciplina di settore regoli «*aspetti specifici*» di dette pratiche, idonei a rendere le due discipline tra loro inconciliabili.

Il punto di arrivo su questo profilo era stato individuato, da ultimo, dalla decisione dell'Adunanza plenaria del 2016, che aveva risolto il conflitto di competenze alla luce del principio di «*assorbimento o consunzione*»<sup>2</sup>.

Appena qualche mese più tardi, tuttavia, sono intervenute sia la Commissione europea sia la Corte di Giustizia a riaccendere il dibattito sulla questione<sup>3</sup>.

La soluzione delineata dal Consiglio di Stato, pur chiudendo concretamente l'intricata vicenda oggetto di contenzioso (sulla quale si sono pronunciati, rispettivamente, TAR, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Corte di Giustizia ed, infine, nuovamente Consiglio di Stato), dimostra ancora una volta la difficoltà del giudice amministrativo a fornire coordinate ermeneutiche veramente risolutive di uno snodo problematico che affatica da oltre un decennio il nostro ordinamento, ponendo interrogativi sulla stessa disciplina europea, strutturalmente predisposta a dare vita ad ipotesi di conflitto tra Autorità differenti.

## 2. La vicenda

A seguito di istruttoria avviata ai sensi dell'art. 27, comma 3, d.lgs. n. 206/2005, l'autorità AGCM irrogava ad una società telefonica la sanzione pecuniaria di euro 250.000, per aver quest'ultima posto in essere una pratica

---

527; G.M. BARSÌ, *Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, 2017, 1, pp. 151-169; M.S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 6, pp. 793-804; B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in questa *Rivista*, 2016, 1, pp. 89-114; F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in *Giustamm.it*, 2015, 2, p. 1 ss.; L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e settoriale*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 10, pp. 953-958; M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materie di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2009, 2, pp. 688-705; M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 2009, pp. 880-892.

<sup>2</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4.

<sup>3</sup> Rispettivamente, con il documento rubricato «*Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*», in *SWD* (2016) 163, e la pronuncia Corte Giust., II, 13 settembre 2018, cause riunite 54/17 e 55/17.

commerciale scorretta (nella specie «*aggressiva*»), ai sensi degli artt. 20, 24, 25 e 26, lett. *f*), del Codice del Consumo<sup>4</sup>.

La condotta contestata consisteva nell'aver l'operatore economico attivato servizi di navigazione internet e di segreteria telefonica sulle carte *Subscriber Identity Module* (modulo d'identità dell'abbonato, d'ora in poi SIM) commercializzate nei punti vendita, senza aver previamente, ed adeguatamente, informato il consumatore dell'esistenza della preimpostazione di tali servizi, così esponendolo ad eventuali addebiti inconsapevoli connessi alla navigazione internet e al servizio di segreteria telefonica.

Avverso detto provvedimento sanzionatorio la società proponeva ricorso avanti al TAR Lazio, eccependo il difetto assoluto di competenza dell'Autorità *Antitrust*.

I giudici di prime cure, in adesione ai chiarimenti resi dall'Adunanza Plenaria del 2012<sup>5</sup>, accoglievano il ricorso, risolvendo il conflitto di competenza a favore dell'Agcom e decretando la conseguente esclusione dell'applicazione delle norme generali del Codice del Consumo alla condotta in esame, sull'assunto per cui è l'Agcom l'autorità preposta alla cura e alla salvaguardia dell'interesse pubblico primario della tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche<sup>6</sup>.

A seguito del ricorso in appello formulato dall'Autorità *Antitrust*, il Consiglio di Stato, in ragione della incertezza sulla interpretazione della normativa applicabile, suscettibile di portare a soluzioni differenti per la presenza nei due plessi normativi di riferimento (quello del codice del consumo e quello del codice delle comunicazioni elettroniche) di norme di divieto e di sanzioni di pratiche commerciali scorrette riferibili ai medesimi soggetti (in veste di operatori economici e di consumatori finali), sospendeva il giudizio, rimettendo la questione interpretativa all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a.<sup>7</sup>.

Con sentenza del 9 febbraio 2016, n. 3, l'Adunanza Plenaria riconosceva la competenza dell'Autorità garante della concorrenza, facendo ricorso al criterio di specialità per progressione di condotte lesive.

La questione veniva rinviata al Consiglio di Stato, il quale, tuttavia, riteneva necessario sollevare alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale di compatibilità del diritto «*vivente*» nazionale (quale risultante dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria succitata) con l'ordinamento europeo<sup>8</sup>.

Alla luce dei chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato ha riformato la decisione di primo grado, sulla base delle argomentazioni di cui si darà conto nel prosieguo<sup>9</sup>.

Prima di esaminare nel dettaglio la pronuncia oggetto del presente commento, ed al fine di meglio comprenderne la portata, è indispensabile ripercorrere brevemente le tappe che hanno segnato il percorso, piuttosto accidentato, relativo al rapporto tra normativa generale in materie di pratiche commerciali scorrette e discipline settoriali a tutela del consumatore, nonché ai conflitti di competenze profilabili tra i diversi soggetti preposti alla tutela del c.d. soggetto debole<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Provvedimento AGCM 6 marzo 2012, n. 23357– PS700 Vodafone-Attivazione SIM presso punti vendita.

<sup>5</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen, 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 14, 15, 16.

<sup>6</sup> TAR Lazio, Roma, I, 18 febbraio 2013, n. 1742.

<sup>7</sup> Cons. Stato, VI, ordinanza 16 giugno 2015, n. 4352.

<sup>8</sup> Cons. Stato, VI, ordinanza 17 gennaio 2017, n. 168.

<sup>9</sup> Corte Giust., II, 13 settembre 2018, cit.

<sup>10</sup> Per un approfondimento circa le diverse posizioni assunte in giurisprudenza e in dottrina

### 3. Tutela del consumatore e mercati regolati: il nodo del riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti

A seguito del recepimento sul piano interno della direttiva 2005/29/CE, diretta ad uniformare le legislazioni nazionali degli Stati membri poste a protezione dei consumatori, con precipuo riferimento alle pratiche «*sleali*» esercitate dalle imprese, il legislatore italiano ha dotato il nostro ordinamento di strumenti di *public enforcement* a tutela del consumatore, affiancandoli alle forme di protezione, di natura privatistica, già esistenti<sup>11</sup>.

L'art. 27 del codice del consumo individua (disciplinandone poteri, procedimento e sanzioni) quale autorità preposta ad applicare la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette l'AGCM, la cui competenza – in ragione del carattere di trasversalità che la caratterizza – si radica ogni qual volta si configuri un comportamento costituente pratica commerciale scorretta, a prescindere dall'ambito e dal settore (che può, ed anzi, solitamente è, governato da una normativa specifica e settoriale) in cui detto comportamento si verifica.

La coesistenza di una normativa generale (di cui al codice del consumo) a tutela del consumatore e di discipline settoriali, di derivazione europea, poste in essere da Autorità di regolazione a tutela (anche) dell'utente, ha imposto la necessità di individuare criteri interpretativi idonei a prevenire il rischio di sovrapposizione di competenze tra Autorità trasversale ed Autorità settoriali, nonché a scongiurare il possibile configurarsi di violazioni del divieto di *bis in idem*.

Nel tentativo di elaborare una soluzione, la giurisprudenza amministrativa ha cercato in più occasioni di fornire un'interpretazione dell'art. 19, comma 3, del codice di consumo, il quale sancisce che «*in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*»<sup>12</sup>.

Le soluzioni delineate dai giudici si sono spinte ora a favore di un principio di specialità per settori (idoneo a radicare la competenza dell'Autorità di settore in presenza di una regolazione piena ed in grado di tutelare efficacemente il contraente c.d. debole)<sup>13</sup>, ora a riconoscere un rapporto di «*complementarietà*» tra disciplina settoriale e disciplina generale (ai sensi del quale, la disciplina contenuta nel codice del consumo si aggiunge agli ordinari strumenti di tutela contrattuale attivabile dai singoli e alle discipline settoriali previste a protezione del consumatore)<sup>14</sup>, ora ancora ad elaborare un principio di specialità

---

sulla tematica relativa ai conflitti di competenza tra Autorità amministrative indipendenti, sia permesso di rinviare a B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, cit., ed alla bibliografia ivi contenuta.

<sup>11</sup>Quali nullità/annullabilità del contratto; inefficacia della clausola; azione inibitoria; risarcimento del danno. Sul punto, v. C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, in *I Contratti*, 2019, 5, pp. 493-500; A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, ivi, 2018, 6, pp. 689-701.

<sup>12</sup>Detto articolo recepisce il criterio di coordinamento fissato dal legislatore europeo nell'art. 3, comma 4, della direttiva 2005/29/CE, ai sensi del quale «in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici».

<sup>13</sup>Cfr. Cons. Stato, I, parere 3 dicembre 2008, n. 3999.

<sup>14</sup>Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 27 gennaio 2010, n. 19892; Id., 18 gennaio 2010, n. 306; Id., 21 gennaio 2010, n. 647; Id., 19 maggio 2010, n. 12364; Id., 19 maggio 2010, n. 12277.

«per norme» (ricavato interpretando estensivamente il termine «*contrasto*» contenuto nell'articolo succitato, in termini non tanto di vera e propria antinomia, quanto di mera diversità di discipline, in applicazione del quale prevale la regolazione settoriale, con disapplicazione della normativa generale di cui al codice del consumo, ogni volta che tra di esse sussista «*una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole*») <sup>15</sup>.

La inidoneità dei succitati criteri ad impedire il configurarsi di conflitti permanenti tra Autorità c.d. trasversale e Autorità settoriali ha spinto il legislatore ad intervenire in materia, introducendo l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, d.l. n. 95/2012, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135, con il quale è stata esclusa la competenza dell'Autorità *Antitrust* in presenza di una regolamentazione specifica <sup>16</sup>.

L'intervento del legislatore, tuttavia, oltre a non aver contribuito a scongiurare il verificarsi di vuoti di tutela, ha dato avvio ad una procedura di infrazione da parte della Commissione europea (con lettera di messa in mora del 18 ottobre 2013, archiviata solo il 10 ottobre scorso), per attuazione parziale della direttiva, sull'argomento per cui la disapplicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette è autorizzata dall'art. 3, comma 4, della direttiva 29/2005/CE, soltanto in presenza di una normativa settoriale di fonte europea che intervenga a disciplinare «*aspetti specifici*» di quelle pratiche, con modalità idonee a generare un «*contrasto*» con la medesima direttiva, da intendersi come situazione di «*opposizione*» o «*incompatibilità tra norme*» <sup>17</sup>.

Al fine di superare la procedura di infrazione, in occasione del recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori il legislatore ha introdotto nel codice del consumo il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 27, funzionale ad attribuire l'*enforcement* in via esclusiva all'Autorità *Antitrust* in relazione a tutte le condotte idonee a configurare pratiche commerciali scorrette, incluse quelle che integrano la violazione anche di una norma di settore.

La competenza delle Autorità di settore resta dunque ferma nelle ipotesi in cui il comportamento contrario alle norme di settore non costituisca pratica commerciale scorretta, ovvero nel caso in cui, se pur relativa alla medesima fattispecie, riguardi una condotta materiale che non rientra nella pratica commerciale scorretta individuata dall'*Antitrust*.

La novella legislativa non è stata tuttavia in grado di chiarire se sia possibile sanzionare anche quei comportamenti che, pur rispettosi della normativa di settore, non osservino quel generale canone di diligenza professionale o di buona fede previsto nel codice del consumo.

I dubbi interpretativi hanno continuato a permanere, tanto da richiedere un nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria che, con le sentenze del 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4, ha risolto il tema del concorso apparente di norme alla luce del principio di «*assorbimento-consunzione*» <sup>18</sup>, segnando una riesplorazione

<sup>15</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen, 11 maggio 2012, cit.

<sup>16</sup> Nonostante la novella legislativa, ha continuato a persistere un orientamento giurisprudenziale adesivo alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria (cfr. TAR Lazio, Roma, I, 30 luglio 2014, n. 307; Id., 9 aprile 2014, n. 3857; Id., 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464).

<sup>17</sup> Procedura di infrazione 2013/2169, rubricata «Violazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori».

<sup>18</sup> A differenza del principio di specialità, detto principio non poggia su un rapporto logico di norme ma di valore, in virtù del quale l'apprezzamento negativo del fatto concreto appare già ricompreso nella norma che prevede il reato più grave, elaborato il diverso criterio di specialità per progressione di condotte lesive.

dell'area di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette (e dunque della competenza di AGCM) a discapito della regolazione (e delle Autorità settoriali) a vocazione settoriale.

Detta soluzione, superando in parte il criterio della «*specialità tra norme*», e disconoscendo il principio di «*specialità tra settori*» porta, in particolare, a privilegiare l'applicazione esclusiva della disposizione regolante l'illecito di maggiore gravità (nella specie, la pratica aggressiva vietata dal codice del consumo), disapplicando la normativa settoriale che vieta l'illecito meno grave.

È significativo che, appena qualche mese più tardi dalla pronuncia da ultimo richiamata, la Commissione europea abbia adottato il documento contenente «*orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE*» relativa alle pratiche commerciali sleali, funzionale a chiarire, *inter alia*, il tema del rapporto tra le disposizioni della direttiva stessa e le altre discipline europee.

Più nello specifico, la Commissione si è espressa sul significato da riconoscere al criterio di coordinamento di cui al combinato disposto del *considerando* n. 10, nonché dell'art. 3, par. 4, della medesima direttiva (trasposto pressoché letteralmente nell'art. 19, cod. cons.).

In particolare, la Commissione chiarisce che, da una lettura dell'art. 3, par. 4, succitato, emerge che laddove le disposizioni appartenenti ad una legislazione di settore o altra normativa europea si «*sovrappongono*» alla disciplina contenuta nella direttiva, a prevalere debbano essere le disposizioni della *lex specialis*.

A ben vedere, l'interpretazione fornita dalla Commissione pare evocare il principio di «*specialità tra norme*» delineato dall'Adunanza Plenaria del 2012, secondo cui, in presenza di due diverse disposizioni che disciplinano la medesima fattispecie, dovrà applicarsi soltanto quella che possiede tutti gli elementi dell'altra, più un elemento di specialità.

Dal combinato disposto dell'articolo succitato e del considerando n. 10, la Commissione trae tuttavia la regola generale (non vincolante, trattandosi di atto di *soft law*), secondo cui in caso di conflitto o sovrapposizione tra le disposizioni generali in tema di pratiche commerciali sleali e quelle contenute nella normativa settoriale di derivazione europea, prevalgono le disposizioni della specifica legislazione di settore, con riferimento «*all'aspetto specifico*» della pratica commerciale da questa disciplinata.

Detta interpretazione, che enuclea nel termine contrasto sia le ipotesi di contrapposizione che di sovrapposizione tra norme differenti, diverge per la verità da quanto chiarito dalla stessa Commissione in sede di procedura di infrazione, laddove il termine succitato era stato inteso come situazione di «*opposizione*» o «*incompatibilità tra norme*».

Accanto a questo, emerge un'altra incongruenza nel ragionamento della Commissione, la quale pare favorire l'applicazione della disciplina settoriale in caso di "contrasto" ma, al contempo, riconosce una complementarità tra disciplina generale e settoriale, chiarendo come la direttiva possa «*essere generalmente applicata insieme alle norme settoriali dell'UE in maniera complementare: pertanto, i requisiti più specifici stabiliti da altre norme dell'UE di solito si aggiungono ai requisiti generali stabiliti dalla direttiva, di norma per impedire ai professionisti di fornire le informazioni richieste dalla normativa settoriale in modo ingannevole ed aggressivo, salvo il caso in cui questo aspetto sia specificamente disciplinato dalle norme settoriali*»<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Sul punto, v. la sentenza della Corte di Giustizia, II, 16 luglio 2015, 544/13 e 545/13 Ab-

Una lettura del genere non è, tuttavia, del tutto condivisibile, nella misura in cui non è in grado di scongiurare la possibilità di una duplicazione delle sanzioni da parte di Autorità differenti, con evidente rischio di violare il divieto di *bis in idem*<sup>20</sup>.

È in questo quadro di profonda incertezza che si colloca la decisione del Consiglio di Stato di sollevare alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale – in applicazione del principio stabilito dalla stessa Corte nel caso Puligienica<sup>21</sup> – di compatibilità del diritto “*vivente*” nazionale (quale risultante dalla pronuncia dell’Adunanza plenaria del 2016) con l’ordinamento europeo.

Nello specifico, il giudice di appello ha formulato alcuni quesiti volti a stabilire se: 1) ai sensi della direttiva 2005/29/CE, la condotta degli operatori di telefonia possa essere qualificata come «*fornitura non richiesta*» o «*pratica commerciale aggressiva*»; 2) se, ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, le disposizioni di quest’ultima debbano cedere il passo ad altre norme di diritto dell’Unione ed, eventualmente, a disposizioni nazionali emanate in esecuzione di tali norme<sup>22</sup>.

Con sentenza del 13 settembre 2018, la Corte di Giustizia ha chiarito, anzitutto, come la nozione di «*fornitura non richiesta*» contenuta nell’allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29/CE, debba essere interpretata (pur con riserva di verifiche da parte del giudice del rinvio) nel senso di ricomprendere «*condot-*

---

cur, la quale, come rilevato da V. MOSCA, *Il riparto di competenza sulla tutela del consumatore all’esame della Corte di Giustizia*, in *Giornale dir. amm.*, cit., p. 524, «sembra lasciare aperta la possibilità di ... duplice intervento di enforcement, quanto meno in astratto, dal momento che viene indicata la possibilità che una fattispecie soggetta alla normativa speciale sia al contempo suscettibile di ricadere nella sfera applicativa della Dir. 2005/29/CE, sempre che ricorrano le condizioni ai fini dell’applicazione della direttiva medesima».

<sup>20</sup> Tenuto conto di quanto stabilito nelle linee guida richiamate, il 23 dicembre 2016 l’AGCM e l’AGCOM hanno sottoscritto un protocollo d’intesa contenente una clausola di coordinamento dei rispettivi interventi in materia di tutela del consumatore. Pur richiamando quanto sancito nelle linee guida, il protocollo precisa come l’applicazione del codice del consumo non sia esclusa per il solo fatto che una disposizione comunitaria regoli aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette, atteso che la disciplina generale è suscettibile di assumere rilevanza al fine di valutare specifici aspetti della pratica commerciale non coperti dalle disposizioni di settore come, a titolo esemplificativo, condotte aggressive da parte del professionista.

<sup>21</sup> Corte di Giustizia, Grande Camera, 5 aprile 2016, 689/13; Puligienica c/ Airstream s.p.a. Nel caso di specie, la Corte di giustizia dell’Unione europea, sollecitata ad esprimersi, *in primis*, sulla relazione intercorrente tra il ricorso incidentale e ricorso principale nel rito speciale quale quello appalti, per mezzo del rinvio ex art. 267 TFUE azionato dal CGA nel corso del procedimento giurisdizionale introdotto da Puligienica Facility Esco Spa (PFE) contro Airstream Spa (stazione appaltante), nei confronti di Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA) e Zenith Services Group Srl (ZS) e concernente la legittimazione o meno dell’aggiudicazione dell’appalto in favore di quest’ultime, pronuncia sentenza con la quale, *inter alia*, afferma l’indiscutibile facoltà di investire *de plano* la Corte di giustizia, anche ove sia dato riscontrare una precedente decisione la cui paternità è da ricondurre all’Adunanza plenaria.

<sup>22</sup> I quesiti formulati con l’ordinanza del 17 gennaio 2017, n. 167, sono indirizzati a chiarire se la *ratio* della direttiva 2005/29 quale “rete di sicurezza” e il principio di specialità, così come inteso dalla direttiva, ostino ad una normativa interna, di derivazione europea, che escluda la competenza delle Autorità di settore a reprimere la violazione di direttive specifiche nei casi in cui sia astrattamente configurabile una pratica commerciale scorretta nonché, più in generale, se la specialità consenta l’applicazione della normativa generale in materia di pratiche scorrette anche laddove esista una disciplina di settore con prerogative regolatorie e sanzionatorie che preveda ipotesi tipiche di «pratiche aggressive» o «in ogni caso aggressive». Occorre rilevare che, successivamente alla citata ordinanza del Consiglio di Stato, il TAR Lazio, nell’ambito di un gruppo di controversie relative al rapporto tra AGCM e l’allora Aeegsi (ora Arera), ha aderito alle perplessità sollevate dalla Sesta Sezione, formulando a sua volta rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, con le ordinanze del 17 febbraio 2017, nn. 2548, 2547, 2550, 2551.

*te come quelle ... consistenti nella commercializzazione, da parte di un operatore di telecomunicazioni, di carte SIM, sulle quali sono preimpostati e preattivati determinati servizi, quali la navigazione Internet e la segreteria telefonica, senza che il consumatore sia stato previamente ed adeguatamente informato né di tale preimpostazione e preattivazione né dei costi di tali servizi».*

Per quanto concerne il secondo profilo, i giudici hanno chiarito come, ai sensi del combinato disposto del considerando 10 e dell'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/CE (il cui contenuto è stato trasposto, in maniera pressoché identica, nell'art. 19 cod. cons.), la direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette trovi applicazione soltanto qualora non esistano «specifiche norme del diritto dell'Unione che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali» in grado di determinare una situazione di «contrasto» tra le due discipline. «Contrasto» che, alla luce dei chiarimenti formulati del giudice europeo, non vale a ricomprendere le ipotesi di *mera difformità* o «*semplice differenza*» tra disposizioni di matrice europea, ma si riferisce a casi di «*divergenza*» non superabili «*mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle*».

A giudizio della Corte, in conclusione, un contrasto come quello previsto nella norma richiamata, sussisterebbe unicamente laddove disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, imponessero ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29/CE.

#### 4. La decisione del Consiglio di Stato

All'esito dei chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 13 settembre 2018, il Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia di primo grado nei termini che seguono.

L'impianto argomentativo della sentenza si sviluppa attraverso un ragionamento a struttura piramidale discendente, teso ad analizzare tre profili. Il primo, e principale, fa leva sull'analisi della disciplina generale e settoriale in tema di pratiche commerciali scorrette. Il secondo si incentra sulla disamina della fattispecie concreta. Il terzo, infine, attiene al divieto di *bis in idem*.

Con riferimento al primo profilo, il giudice di secondo grado procede preliminarmente alla ricostruzione del quadro normativo complessivo, al fine di verificare, rispettivamente nella normativa generale ed in quella settoriale, l'interesse pubblico perseguito, le condotte individuate, l'apparato sanzionatorio previsto.

In particolare, dopo aver rilevato la diversa *ratio* sottesa alle due discipline esaminate – l'una, posta specificamente a protezione del consumatore in forza dello squilibrio informativo intercorrente tra quest'ultimo nel rapporto con il professionista; l'altra, funzionale a tutelare sia il mercato nella sua interezza, sia le parti deboli che, in quanto tali, si possono trovare in una situazione di asimmetria informativa rispetto agli operatori economici – il giudice sottolinea come entrambe le discipline prevedano in capo al professionista regole di condotta che costituiscono attuazione, in un caso (ed in particolare, nella disciplina generale) del concetto di correttezza professionale e, nell'altro (nello specifico, nella disciplina settoriale), di doveri di informazione declinati dal principio di buona fede oggettiva. Si tratta, tuttavia, di regole di condotta che si basano

su «un livello di precisione non elevato», la cui effettiva tipizzazione viene rimandata ad una fase successiva in capo alle Autorità amministrative indipendenti.

Venendo ad esaminare l'apparato sanzionatorio, occorre considerare come sia il codice del consumo sia il codice delle comunicazioni elettroniche attribuiscono alle autorità di competenza il potere di irrogare sanzioni pecuniarie, aventi valenza «affittiva», e dunque assoggettate ai principi di legalità costituzionale e convenzionale<sup>23</sup>.

Ricostruito il quadro complessivo in materia, ed al fine di individuare l'Autorità amministrativa indipendente competente a sanzionare pratiche commerciali scorrette poste in essere da operatori economici nel settore delle comunicazioni elettroniche, il giudice esamina l'art. 19, comma 3, del codice del consumo, alla luce delle diverse interpretazioni elaborate dalla giurisprudenza (delle quali si è già dato conto in precedenza<sup>24</sup>), soffermandosi, da ultimo, sul criterio elaborato dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

In particolare, aderendo a quanto richiamato dai giudici europei, il Consiglio di Stato ha precisato come, in presenza di un'ipotesi di concorrenza di norme che disciplinino la condotta contestata, la soluzione debba essere individuata non alla luce del principio di specialità, ma del diverso criterio di incompatibilità, ritenuto maggiormente aderente al significato letterale dell'art. 19, comma 3, e coerente con quanto lo stesso legislatore nazionale ha disposto con l'art. 27, comma 1-bis, introdotto dal d.lgs. n. 21/2014.

In questa prospettiva, l'espressione «*aspetti specifici*» della pratica commerciale scorretta, contenuta nell'art. 19, imporrebbe allora, secondo il giudice d'appello, un confronto non tra interi settori o tra fattispecie concrete (come era stato stabilito, rispettivamente, dalle Adunanze Plenarie del 2012 e del 2016), ma tra singole norme generali e di settore, con applicazione di queste ultime soltanto laddove le stesse contengano profili di disciplina «*incompatibili e antinomici con quelle generali di disciplina delle pratiche commerciali scorrette*».

Il Consiglio di Stato predilige, dunque, una tesi opposta a quella sostenuta dall'Adunanza Plenaria del 2016, la quale aveva espressamente chiarito che l'espressione «*contrasto*» dovesse essere intesa in termini di «*diversità di discipline*» e non come «*vera e propria antinomia normativa*».

Alla luce di quanto già chiarito dalla Corte di Giustizia, il giudice ricava la regola generale secondo cui, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza spetta all'autorità AGCM, residuando la competenza delle altre autorità di settore solamente laddove la disciplina di settore regoli «a-

---

<sup>23</sup> Secondo quanto chiarito nella nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherland*, nella quale i giudici europei hanno elaborato tre criteri sostanziali (qualificazione giuridica data all'illecito dal diritto interno, natura dell'illecito, grado di severità della sanzione), idonei a qualificare una sanzione in senso penale. A livello nazionale, i giudici costituzionali, dopo aver sostenuto per molti anni l'autonomia tra illecito e sanzione amministrativa (i quali seguono i principi sanciti agli artt. 23 e 97 Cost.) e sistema sanzionatorio penale (retto dagli artt. 25 e 27 Cost.) hanno recentemente chiarito che il giudice nazionale non deve utilizzare i criteri Engel «*per perseguire l'obiettivo dell'applicazione delle tutele predisposte dal diritto nazionale per i soli precetti e per le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera, secondo i propri principi, espressione della potestà punitiva penale dello Stato [...]*» (Corte Cost., 5 aprile 2017, n. 109). Per un approfondimento sul tema, v. M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi Cedu*, in *www.federalismi.it*, 2017, 4; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>24</sup> Cfr. par. 3, *infra*.

*spetti specifici»* delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili.

A ben vedere, tuttavia, il principio di diritto elaborato dal Consiglio di Stato non pare tenere in debita considerazione quanto stabilito all'art. 27, comma 1-*bis*, cod. cons., che, come noto, nell'assegnare l'*enforcement* in via esclusiva all'Autorità *Antitrust*, ha stabilito il principio per cui, anche nelle ipotesi di prevalenza della disciplina di settore, l'unica Autorità titolata ad intervenire e sanzionare la condotta costituente pratica commerciale scorretta sia l'AGCM, tenuta a qualificare la scorrettezza della pratica alla luce delle disposizioni poste dall'Autorità di settore, secondo le indicazioni fornite da quest'ultima nel parere obbligatorio (non vincolante) reso all'*Antitrust* prima della decisione finale.

Dopo aver elaborato il criterio di «*incompatibilità*» a livello astratto, il Consiglio di Stato passa ad esaminare il secondo profilo problematico, al fine di chiarire se la pratica commerciale scorretta posta in essere nel caso concreto possa considerarsi «*aggressiva*» e se esistano profili di incompatibilità con la disciplina di settore in grado di escludere la competenza dell'AGCM ad intervenire nei confronti della condotta contestata.

Partendo dalle precisazioni fornite dalla Corte di Giustizia in relazione a detto profilo, il giudice rileva come la condotta contestata non possa essere ricondotta ad una mera omissione informativa ma sia inequivocabilmente qualificabile in termini di «*pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva*», come peraltro già specificato, con efficacia di giudicato interno (idoneo a precludere qualsiasi riesame al riguardo), dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 3/2016.

Chiarito tale aspetto, il giudice d'appello rileva come la disciplina relativa alle comunicazioni elettroniche non contenga profili di disciplina in grado di porsi in contrasto con la regolazione della pratica commerciale scorretta, atteso che il d.lgs. n. 259/2003 disciplina gli obblighi di informazione che gli operatori del settore devono fornire all'utente al momento della stipulazione del singolo contratto (ed, in questo senso, l'inosservanza, da parte del professionista, di detto obbligo, varrebbe a confermare l'illiceità del comportamento sanzionato).

È dunque sulla base di tale assunto che il giudice trae conferma per riconoscere l'applicabilità delle norme contenute nel codice del consumo, e dunque, la competenza dell'Autorità *Antitrust*.

Il terzo, ed ultimo, profilo di indagine da parte del giudice d'appello ruota attorno al tema sollevato dalla stessa Autorità *Antitrust* nelle proprie memorie difensive, vale a dire il rischio che una medesima condotta possa essere oggetto di duplice sanzione, in violazione del divieto di *bis in idem*, ovvero possa essere iniziato un nuovo procedimento da un'Autorità indipendente dopo la definizione di un precedente procedimento da parte di un'altra Autorità.

Al riguardo, il giudice d'appello distingue tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale.

In particolare, il *ne bis in idem* sostanziale è idoneo a negare, sul piano dei principi, che il medesimo fatto possa essere addebitato più volte allo stesso soggetto, qualora l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisca, per intero, il contenuto di disvalore da un punto di vista sia oggettivo che soggettivo (in applicazione dei criteri di specialità o di assorbimento o consunzione).

Al contrario, il *ne bis in idem* processuale vieta di iniziare un secondo pro-

cedimento, una volta definito quello precedente per la medesima condotta<sup>25</sup>.

Occorre tuttavia osservare che mentre nel *ne bis in idem* sostanziale, come si diceva, la non operatività della doppia sanzione assicura effettività al divieto di doppia incriminazione, non essendo possibile procedere nuovamente nei confronti di un soggetto che sia già stato sanzionato per il medesimo fatto, il *ne bis in idem* processuale risulta caratterizzato da una particolare complessità in relazione alla individuazione della nozione di «*medesimo fatto*», poiché tale aspetto non esclude che, nell'ambito del medesimo procedimento, colui nei cui confronti si procede possa essere giudicato per molteplici reati in presenza dell'*idem factum* e, per l'effetto, sanzionato con l'irrogazione delle pene (nonostante il regime di favore posto dall'art. 81 c.p.)<sup>26</sup>.

Applicando il criterio elaborato dalla Corte di Giustizia, a giudizio del Consiglio di Stato ne dovrebbe conseguire che, laddove dovesse sussistere incompatibilità, non potrebbe mai venire in rilievo il medesimo fatto e, di conseguenza, si opererebbe al di fuori dal perimetro delle questioni poste dal concorso di norme, senza alcun rischio di violare il divieto di *bis in idem*.

In siffatta ipotesi, il criterio elaborato dall'art. 19 assegnerebbe solo all'Autorità di settore la competenza ad intervenire, escludendo qualsiasi spazio di intervento contestuale o successivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Al giudice sembra non sfuggire un altro nodo problematico, in relazione al fatto che, ogni qual volta si dovessero applicare i criteri penalistici relativi al concorso di norme, potrebbero comunque sorgere dubbi interpretativi in ordine alla sussistenza del c.d. *idem factum*, con il rischio di poter instaurare contemporaneamente, o iniziare successivamente, un nuovo procedimento da parte dell'Autorità di settore, in applicazione di norme diverse.

L'applicazione del criterio autonomo di incompatibilità sarebbe tuttavia in grado, a giudizio del Consiglio di Stato, di escludere in modo chiaro un intervento dell'Autorità di settore; pertanto, qualora venisse irrogata una seconda sanzione, la medesima sarebbe illegittima, sia sotto il profilo procedimentale sia sotto quello sostanziale.

A ben vedere, ipotesi di questo tipo potrebbero, per il vero, essere prevenute ricorrendo ai (già esistenti) protocolli di intesa sottoscritti tra Autorità *Anti-trust* ed Autorità di settore in materia di pratiche commerciali scorrette<sup>27</sup>.

Sullo sfondo, irrisolta rimane la questione relativa alla conciliabilità del criterio di «incompatibilità» tra norme, elaborato dalla Corte di Giustizia e reso proprio dal Consiglio di Stato, con quanto sancito nell'art. 21, comma 1-*bis*, del codice del consumo.

---

<sup>25</sup> Cfr. art. 649 c.p.p.; art. 4 Protocollo Cedu; art. 50 Carta di Nizza. Per un approfondimento sul tema, v. G. RINALDI-F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio penale*, 2017, 1, 1-26.

<sup>26</sup> Al riguardo il giudice riporta due orientamenti: il primo ritiene venire in rilievo il cd. *idem legale*, ai sensi del quale sarebbe sufficiente che si modifichi la sola qualificazione giuridica della condotta perché si possa iniziare un secondo processo in applicazione di una diversa norma; il secondo, considerato prevalente, che fa riferimento al c.d. *idem factum*, per cui il divieto opera se il secondo processo inizia in presenza di un «medesimo fatto» inteso in senso naturalistico, che ricomprenda condotta, nesso di causalità ed evento (Sul punto cfr. Corte Cost., 24 gennaio-2 marzo 2018, n. 43).

<sup>27</sup> Sul punto, v. Protocollo d'intesa AGCM-ART, del 5 novembre 2019; Protocollo d'intesa AGCM-OCF, del 16 luglio 2019; Protocollo d'intesa AGCM-Banca d'Italia e Consob, del 28 novembre 2018, così come integrato dal documento dell'aprile 2019, che ha esteso l'accordo a ANAC e IVASS; Protocollo d'intesa AGCM-AEEGSI, del 23 ottobre 2014; Protocollo d'intesa AGCM-AGCOM, del 23 dicembre 2016.

## 5. Considerazioni conclusive

Con una pronuncia da tempo attesa, il Consiglio di Stato è tornato a riflettere sull'interpretazione da riconoscere all'art. 19, comma 3, del codice del consumo, rinfocolando un dibattito che non accenna a trovare uno sbocco definitivo.

In assenza di un chiaro riferimento normativo in materia, il giudice amministrativo si è visto costretto in diverse occasioni ad intervenire sul tema del riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette, nel tentativo di elaborare criteri ermeneutici idonei a superare le ambiguità sottese alla disciplina, di matrice europea, posta a tutela del c.d. soggetto debole.

Le principali difficoltà riscontrate dagli interpreti paiono, per il vero, direttamente connesse alle peculiarità del sistema europeo, caratterizzato da una certa "lentezza" ad intercettare le esigenze dei cittadini, nonché ad intervenire sulle problematiche esistenti con strumenti idonei ed efficaci.

La differente velocità con cui da sempre si muovono, da un lato, l'ordinamento giuridico (europeo) e, dall'altro, i bisogni della società, hanno dato luogo, nel corso del tempo, ad una moltiplicazione di regole – prodotte in tempi diversi e da soggetti diversi – capaci di determinare situazioni di contrapposizione e contrasto fra discipline differenti.

La stessa Commissione europea, in una comunicazione del 2018, ha auspicato la realizzazione di un «*New Deal*» per i consumatori, in grado di garantire un mercato unico equo per i soggetti che vi operano, attraverso «una migliore applicazione delle norme, strumenti efficaci di ricorso e una migliore conoscenza dei diritti dei consumatori»<sup>28</sup>.

Nel caso delle pratiche commerciali «*sleali*», la situazione è complicata dal fatto che la disciplina, posta a livello europeo a tutela del consumatore, affida al legislatore nazionale il compito di individuare l'autorità competente, stante il principio di indifferenza dell'Unione europea rispetto all'organizzazione interna del singolo Stato membro.

Nell'intento di addivenire alla definizione di un sistema capace di intercettare i comportamenti scorretti posti in essere dagli operatori economici, e funzionale a soddisfare il bisogno di tutela del c.d. soggetto debole – ritenuto preminente dall'ordinamento europeo –, il legislatore italiano ha affidato la competenza in materia a quell'Autorità amministrativa indipendente (l'AGCM) istituzionalmente preposta a tutelare beni non suscettibili di essere "bilanciati" (e potenzialmente "sacrificati") con altri, a differenza delle Autorità di settore, nelle quali le logiche regolatorie implicano necessariamente una continua e costante attività di ponderazione e di bilanciamento tra diversi interessi, con un livello di "tutela" che varia da settore a settore.

Accanto a questo profilo, occorre osservare che il criterio guida – contenuto nell'art. 3, comma 4, della direttiva 2005/29/CE – delineato dal legislatore europeo al fine di superare le situazioni di conflitto tra discipline di settore (o altra normativa europea) e la disciplina della medesima direttiva appare costruito ricorrendo ad una formulazione piuttosto sibillina, come dimostrano le ancor meno cristalline linee guida elaborate dalla Commissione europea nel 2016.

---

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo. Un «New Deal» per i consumatori. Bruxelles, 11 aprile 2018 COM(2018)183 final, p. 4.

Sarebbe, dunque, auspicabile che il legislatore europeo intervenisse una volta per tutte con un'opera chiarificatrice sulle questioni oggetto di dibattito<sup>29</sup>, così da assicurare il pieno esplicarsi del c.d. *effetto utile* e garantire nel contempo la certezza del diritto, lasciando all'interprete il compito esclusivo di ripulire «*dalle scorie*»<sup>30</sup> il sistema costruito dal legislatore (europeo e nazionale), non di sostituirsi ad esso.

---

<sup>29</sup> Approfittando, ad esempio, del recepimento, da parte degli Stati membri, della direttiva 2019/633/UE sulle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare.

<sup>30</sup> G. GAVAZZI, *Delle Antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959, p. 157.