

Fascicolo **2** | 2021

RIVISTA DELLA

Regolazione dei **mercati**

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 2 | 2021

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

Direttori

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

Comitato direttivo

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

Comitato scientifico

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

Comitato di redazione

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

Progetto grafico e impaginazione

mv comunicazione architetti associati

Editoriale

Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali

di Filippo Donati

238

SAGGI

La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in materia di self-cleaning è compatibile con il diritto dell'Unione Europea?

di Daniele Gallo e Lorenzo Cecchetti

244

Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale

di Wladimiro Troise Mangoni

293

La Cassa depositi e prestiti: eredità storica e proiezioni future

di Andrea Averardi

303

Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale

di Ginevra Bruzzone

323

COMMENTI

Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico

di Nadia Spadaro

341

L'intreccio fra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e normativa in tema di protezione dei dati personali: il caso Facebook approda al Consiglio di Stato

di Simone Franca

362

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione. Commento a Cons. Stato n. 8354/2020 in materia di servizio idrico integrato e full cost recovery

di Giorgio Martino

383

Verificazioni e valutazioni tecniche: la "dimensione" processuale del problema

di Simone Rodolfo Masera

406

La governance privata di Facebook e la presa di coscienza del regolatore europeo: qualcosa sta cambiando?

di Simona Pelleriti

428

Gli Statuti di FIFA e UEFA al banco di prova del diritto della concorrenza (a proposito della possibilità di una Superlega)

di Andrea Circolo

445



EDITORIALE

Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali

Towards new rules for digital platforms

di Filippo Donati *

Parole Chiave: Regolazione – Piattaforme digitali – Concorrenza – Intelligenza artificiale

Key Words: Regulation – Digital platforms – Competition – Artificial intelligence

Molti auspicano una incisiva regolazione¹ delle grandi piattaforme *online* – motori di ricerca, social media e siti di *e-commerce* – che ormai esercitano una sempre maggiore influenza sulla vita di larga parte della popolazione mondiale².

È evidente il cambio di approccio rispetto al passato. Fino a poco tempo fa era diffusa l'idea che le imprese digitali dovessero essere lasciate il più possibile libere di sviluppare e offrire sul mercato i propri prodotti e servizi. La direttiva *e-commerce* (direttiva 2000/31/CE), che in linea di principio esclude la responsabilità dei fornitori di servizi internet per i contenuti diffusi in rete dagli utenti, ben riflette l'idea di fondo che ha ispirato i legislatori di tutto il mondo ai tempi in cui Internet si stava affermando. Allora era diffusa la concezione del *word wide web* come spazio libero, refrattario alle regole tradizionali, che richiede una regolazione minima, volta essenzialmente a tutelare e promuovere la libertà d'impresa e la libera circolazione di idee e informazioni.

Il panorama dei mercati digitali, però, non è più quello di un tempo. Allora la rete era utilizzata da una limitata fascia di persone per servizi di comunicazione, di prenotazione *online* e di *e-commerce*. Oggi Internet accompagna la vita quotidiana di larga fetta della popolazione mondiale. Nei paesi sviluppati, sono sempre di più le persone che ormai passano buona parte del loro tempo *online* per scambiare e ricevere informazioni, per svolgere riunioni di lavoro, per effettuare transazioni economiche, per accedere ai servizi della pubblica am-

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze. Consigliere del Consiglio Superiore della magistratura e Presidente dell'*Europea Network of Councils for the Judiciary*.

¹ È opportuno precisare che il termine “regolazione” viene qui impiegato per indicare genericamente un'attività di produzione normativa, e quindi con un significato assai più ampio di quello che, nel dibattito dottrinale, viene attribuito alla regolazione delle autorità indipendenti: cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019.

² In argomento cfr., da ultimo, L. AMMANNATI, *I “signori” nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubb.*, 2021, p. 381 ss., e *ivi* un ampio riferimento al dibattito dottrinale sul tema e alle più recenti proposte di regolazione avanzate a livello europeo.

ministrazione e così via. La pandemia ha accentuato ulteriormente questo fenomeno. Una serie di attività essenziali come il lavoro, l'istruzione, la giustizia, che non potevano essere svolte attraverso gli strumenti tradizionali a causa dell'obbligo di distanziamento, hanno dovuto, per necessità, proseguire in forma digitale. Di ciò hanno indubbiamente beneficiato soprattutto le cosiddette *Big Tech*, come confermato dall'enorme incremento dei valori di queste imprese sui mercati azionari. Tra queste spiccano alcuni giganti americani conosciuti con l'acronimo GAFAM, cioè Google (Alphabet), Apple, Facebook, Amazon e Microsoft, cui si sono progressivamente aggiunte varie imprese cinesi, le cosiddette BATHX, ovvero Baidu, Alibaba, Tencent, Huawei e Xiaomi.

Le grandi piattaforme *online*, se offrono ai propri utenti nuovi importanti strumenti di esercizio di diritti e libertà fondamentali, espongono gli stessi a non trascurabili rischi. Assistiamo alla crescente diffusione di *fake news* e di *hate speech*, a casi di controllo dei dati personali immessi in rete, al commercio illegale *online* di beni servizi e contenuti, a nuove minacce per il diritto d'autore e la proprietà industriale, alla inarrestabile formazione di grandi monopoli che hanno progressivamente spazzato via la concorrenza sul *web*. Tutto questo solleva crescenti preoccupazioni e giustifica la domanda di una più incisiva regolazione di imprese che, pur essendo soggetti privati, sono ormai diventate grandi centri di potere che esercitano una crescente influenza su aspetti importanti della vita di milioni di persone.

Esistono tuttavia due diversi approcci alla regolazione delle piattaforme.

Le maggiori potenze economiche, USA e Cina, hanno adottato una politica di *self restraint*, ovvero una regolazione minima volta ad evitare ostacoli alla crescita dei "campioni nazionali". Di fatto, oggi le *Big Tech* sono concentrate proprio in quei paesi.

L'Europa, invece, mostra un atteggiamento opposto. Il regolamento generale per la protezione dei dati personali (regolamento n. 2016/675, c.d. GDPR) è entrato in vigore 25 maggio 2018. La direttiva n. 2019/790 ha introdotto una innovativa disciplina sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale. A partire dal 25 novembre 2020, la Commissione ha presentato, in rapida successione, una proposta di regolamento sulla *governance* dei dati, il *Data Governance Act* (DGA)³, una proposta di regolamento volta a garantire la concorrenza nei mercati digitali, il *Digital Market Act* (DMA)⁴, una proposta di regolamento volta ad introdurre un insieme comune di norme sugli obblighi e la responsabilità degli intermediari all'interno del mercato unico, il *Digital Services Act* o DSA⁵ e, da ultimo, una proposta di regolamento in materia di sviluppo e impiego dell'intelligenza artificiale, l'*Artificial Intelligence Act* (AIA)⁶.

Il DSA conferma l'esenzione di responsabilità per i provider che forniscono servizi di connettività e archiviazione senza svolgere attività di moderazione dei contenuti diffusi dagli utenti, come previsto dalla direttiva e-commerce.

³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati), COM(2020) 767 final.

⁴ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020) 842 final.

⁵ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 final.

⁶ Proposta Di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final.

Sotto questo profilo non siamo molto distanti dal famoso articolo 230 del *Communications Decency Act*, che esclude per i fornitori dei servizi internet obblighi generalizzati di controllo dei contenuti immessi in rete e garantisce una sostanziale immunità da ogni responsabilità per i contenuti immessi in rete da altri. La proposta prevede peraltro importanti novità, tra cui specifici obblighi in materia di trasparenza, di rimozione rapida dei contenuti illegali, di gestione dei reclami e delle controversie, di tracciamento degli operatori commerciali ospitati in rete, di trasparenza della pubblicità *online*. Obblighi aggiuntivi sono previsti per le grandi piattaforme

Il DMA contiene invece una assai più innovativa e incisiva disciplina. La proposta di regolamento mira a introdurre una nuova regolamentazione *ex ante*, destinata ad affiancare e integrare la tradizionale disciplina antitrust, con l'obiettivo di favorire lo sviluppo della concorrenza in un mercato dominato ormai dalle *Big Tech*. La proposta, in particolare, prevede una serie di nuovi e penetranti obblighi a carico delle imprese considerate come *gatekeeper* (controllori dell'accesso) perché, grazie alla loro particolare posizione di forza, possono creare barriere all'ingresso di nuove aziende su determinati mercati come, ad esempio, quello del social networking, del *cloud computing* o della messaggistica. Secondo il progetto della Commissione, saranno considerati *gatekeeper* le imprese con un fatturato annuo pari o superiore a 6,5 miliardi di euro negli ultimi tre esercizi finanziari o un valore di mercato di 65 miliardi di euro nell'ultimo esercizio finanziario, e che hanno almeno 45 milioni di utenti. La Commissione ha comunque il potere di designare come *gatekeeper* anche imprese di dimensioni minori, che tuttavia detengono una posizione di particolare importanza su mercati specifici. Tali imprese sono assoggettate a regole "preventive", volte a impedire l'adozione comportamenti anticompetitivi, tra cui il divieto di promuovere esclusivamente i propri servizi o favorirli a discapito di quelli altrui, l'obbligo di permettere ai concorrenti di accedere ai propri servizi, il divieto di utilizzare le informazioni non pubbliche dei loro utenti per competere in modo scorretto, la condivisione dei dati con i concorrenti. La violazione di questi obblighi è punita assai severamente, con sanzioni una tantum fino al 10% del fatturato mondiale dell'azienda responsabile e sanzioni periodiche fino al 5% del fatturato globale giornaliero, aggravate in caso di recidiva.

Assai innovativa è inoltre la disciplina contenuta nell'IAI. La proposta di regolamento mira infatti a introdurre il primo quadro giuridico europeo sull'intelligenza artificiale, al fine di salvaguardare i valori e i diritti fondamentali dell'UE e la sicurezza degli utenti. Poiché il funzionamento delle piattaforme è ormai in larga parte basato sull'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, la proposta, se approvata, potrà avere un forte impatto sulle big tech. L'AIA vieta una serie di applicazioni considerate di per sé lesive dei diritti della persona come, ad esempio, l'impiego di tecniche subliminali o volte a sfruttare le vulnerabilità di gruppi di persone, i sistemi di *social scoring*, sistemi generalizzati identificazione biometrica destinati a fini di *law enforcement*. Accanto a regole generalizzate di trasparenza, per i sistemi di intelligenza artificiale classificati "ad alto rischio"⁷ sono imposti obblighi aggiuntivi in materia di *risk management*, di uti-

⁷ Rientrano in questa categoria le applicazioni utilizzate per le infrastrutture critiche, per determinare l'accesso a istituzioni educative o di formazione o per valutare gli studenti, per la chirurgia assistita da robot, per lo screening o il filtraggio delle candidature di lavoro, per la valutazione dell'affidabilità creditizia delle persone, per la valutazione dell'affidabilità delle informazioni fornite da persone fisiche per prevenire, investigare o prevenire reati, per il trattamento e l'esame delle domande di asilo e visto e per assistere i giudici in tribunale.

lizzo dei dati, di documentazione delle caratteristiche e del funzionamento del sistema, di trasparenza verso gli utenti, di *human oversight*, di registrazione in un apposito database accessibile al pubblico. Anche in questo caso l'osservanza delle regole è garantita da consistenti sanzioni in caso di inosservanza, che possono arrivare fino al 6% del fatturato annuo mondiale.

Il dibattito su queste proposte sarà destinato ad aumentare nel corso del processo di trasformazione delle stesse in atti normativi. Già emerge tuttavia già da ora un interrogativo di fondo. L'Europa sta andando nella giusta direzione? Quali sono i vantaggi e quali sono i rischi del percorso di progressiva regolazione delle attività svolte sul web, avviato in Europa a partire dal GDPR? Nonostante sia diffuso il consenso sulla necessità di una maggiore regolazione per rafforzare la tutela dei diritti fondamentali contro possibili lesioni derivanti dall'impiego delle grandi piattaforme, come evitare che il diverso approccio regolatorio dell'Unione europea possa accentuare il divario con USA e Cina, ostacolando la nascita e lo sviluppo in Europa di "campioni nazionali" e, paradossalmente, rafforzando la posizione di forza delle *Big Tech*?

Nel valutare l'impatto che diversi approcci regolatori potrebbero avere sulle future dinamiche di mercato, non si può trascurare il cosiddetto "effetto Bruxelles". Anu Bradford ha coniato tale definizione per descrivere la capacità dell'Unione europea di adottare, in settori come quello dell'economia digitale, discipline che finiscono poi per diventare standard accettati a livello globale⁸. Si tratta di un fenomeno in apparente contraddizione con la diffusa idea secondo cui la globalizzazione favorisce una "corsa verso il basso", come accade quando alcuni Stati introducono regimi fiscali di favore per attrarre imprese e investimenti. L'effetto Bruxelles descrive il fenomeno, opposto, in cui le grandi imprese ritengono più conveniente adeguare i prodotti e servizi offerti globalmente alla disciplina più rigorosa richiesta dall'Unione europea, piuttosto che applicare standard diversi per ciascun singolo mercato in cui operano. Quando all'adeguamento spontaneo delle imprese segue il recepimento dello standard europeo da parte di altri Stati, l'"effetto Bruxelles" opera non solo *de facto*, ma anche *de iure*.

Il fenomeno appena richiamato emerge con particolare nettezza con riguardo al trattamento dei dati personali. In Europa, la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale della persona, non disponibile, riconosciuto e tutelato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il GDPR, entrato in vigore nel maggio 2018, ed il nuovo regolamento sulla *e-privacy*, in corso di approvazione⁹, sono espressione di questa filosofia, volta a rafforzare i diritti delle persone sui propri dati personali e a garantire che il trattamento degli stessi sia effettuato nel rispetto dei principi di legalità, correttezza e trasparenza, sotto un vigilante controllo pubblico. Diverso è invece l'approccio seguito negli USA, dove i dati personali sono essenzialmente considerati come un bene economico liberamente disponibile e dove la libertà d'impresa e quella di comunicazione finiscono per

⁸ A. BRADFORD, *The Brussel Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), COM(2017) 10 final. Il 10 febbraio 2021 il Consiglio dell'Unione europea ha approvato l'ultima versione della bozza di regolamento *ePrivacy*, avviando il confronto con il Parlamento europeo per l'individuazione del testo finale.

avere un peso prevalente nel bilanciamento con il diritto di auto-determinazione delle persone con riguardo ai propri dati personali. Nonostante queste differenze, tuttavia, le *Big Tech* hanno in linea di massima ritenuto conveniente uniformarsi alla disciplina europea, ed il GDPR sta progressivamente diventando uno standard sempre più seguito a livello globale.

Anche in materia di incitamento all'odio ¹⁰ l'approccio dell'Unione europea è ben diverso da quello seguito negli USA. Mentre in Europa l'incitamento all'odio è considerato una minaccia per i diritti fondamentali che deve essere combattuta anche attraverso una rigorosa disciplina delle piattaforme *online*, negli USA si tende a ritenere che ogni forma di espressione contribuisca ad arricchire il *free marketplace of ideas* e, pertanto, l'*hate speech* non possa essere di per sé proibito. Nonostante questa differenza di approccio, gli interventi della Commissione europea per combattere la diffusione di contenuti illeciti *online* hanno finito per produrre effetti che oltrepassano le frontiere del vecchio continente. La Commissione, ad esempio, è riuscita a concordare con quattro *Big Tech* (Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube) un codice di condotta contro l'incitamento all'odio *online*, cui in seguito hanno aderito numerose altre piattaforme. Un recente sondaggio ha indicato che oggi buona parte della popolazione americana sarebbe favorevole all'adozione di misure volte a combattere la diffusione di *fake news online*, anche se ciò comporta una limitazione alla libertà di diffondere e ricevere informazioni ¹¹. Recenti studi hanno del resto dimostrato che il modello europeo e quello statunitense, nonostante il diverso approccio alla tutela del *free speech*, per molti aspetti non sono così distanti ¹².

Le *Big Tech* si sono dunque dimostrate, almeno sino ad oggi, disponibili a recepire gli standard in materia di tutela dei diritti degli utenti necessari per poter operare in un grande mercato come quello dell'Unione europea. È significativo che sia stato proprio l'amministratore delegato di Facebook, Mark Zuckerberg, in un'intervista apparsa sul *Financial Times* il 17 febbraio 2020, a sostenere la necessità di una maggiore disciplina pubblica delle piattaforme ¹³. È pur vero che invocare nuove regole di per sé significa poco, se non si chiarisce quale debba essere il contenuto delle stesse, e che una maggiore regolazione potrebbe paradossalmente riflettersi in un vantaggio competitivo per le *Big Tech*, se gli obblighi e divieti imposti dovessero creare ostacoli allo sviluppo di potenziali concorrenti. Tuttavia la vecchia idea del *web* come spazio di libertà e assenza di regole, è definitivamente superata, essendo ormai evidente che le grandi piattaforme sono diventate enormi centri di potere il cui esercizio non può essere sottratto a qualche forma di controllo democratico. Facebook e Twitter, che all'indomani dei tragici eventi di Capitol Hill hanno impedito al Presidente Donald Trump l'accesso alle rispettive piattaforme, hanno di fatto unilateralmente esercitato un atto di censura che (non ha senso qui chie-

¹⁰ Sulla disinformazione e l'odio *online* cfr. l'analisi svolta da G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Giuffrè, Milano, 2020.

¹¹ Cfr. l'indagine del PEW RESEARCH CENTER, *More Americans now say government should take steps to restrict false information online than in 2018*, 18 agosto 2021, reperibile in: <http://www.astrid-online.it/static/upload/27a8/27a88c579ad72869b6cf9e2b1936808f.pdf>.

¹² Cfr. M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, 2, 2020, p. 35 ss. Sul ruolo dei *social network* in rapporto alla libertà di espressione degli individui nell'esperienza americana e in quella europea cfr. altresì M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*. *Spunti di comparazione*, in *MediaLaws*, 2, 2021, p. 67 ss.

¹³ *Big Tech needs more regulation. New rules might hurt Facebook's bottom line in the short term but will help long term*, in *Financial Times*, 17 febbraio 2020.

dersi se a torto o a ragione) ha privato un politico dello strumento fino ad allora utilizzato per comunicare con milioni di persone. È difficile ammettere che imprese di natura privata possano liberamente decidere sul se e come moderare i contenuti *online*, lasciando le persone che subiscono pregiudizi per effetto di tali decisioni prive di efficaci forme di tutela.

Le proposte di DSA e di DMA mirano appunto ad evitare che il rischio che le *Big Tech* possano, in futuro, trasformare il potere, che già hanno, in incontrollabile arbitrio. Si tratta di interventi volti ad offrire una migliore tutela ai diritti fondamentali contro le minacce provenienti dalla rete (DSA) e ad evitare che le grandi piattaforme possano abusare della posizione di *gatekeeper* per incrementare ulteriormente la loro posizione di dominanza (DMA). Anche la proposta di AIA, se approvata, avrà indubbi effetti sulle grandi piattaforme, imponendo maggiore trasparenza nell'impiego degli algoritmi cui viene affidata la gestione dei contenuti *online* e, nello stesso tempo, riconoscendo agli utenti più incisivi strumenti di tutela a fronte delle decisioni algoritmiche che li riguardano.

Ci sarà molto tempo per discutere, anche in maniera critica, sul contenuto delle singole previsioni contenute nelle proposte presentate dalla Commissione europea. Nel complesso, tuttavia, sembra difficile contestare l'opportunità di interventi normativi volti a garantire la tutela dei diritti ed una maggiore concorrenza, in un settore caratterizzato da una concentrazione di potere privato senza precedenti.

L'Unione europea, in definitiva, sembra muoversi nella giusta direzione.

La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in materia di *self-cleaning* è compatibile con il diritto dell'Unione Europea? *

Is Italy's regulatory and case-law practice on self-cleaning compatible with EU law?

di Daniele Gallo ** e Lorenzo Cecchetti ***

ABSTRACT

Il contributo ha ad oggetto la compatibilità con il diritto UE dell'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva 2014/24/UE, con specifico riferimento all'istituto del ravvedimento operoso o *self-cleaning*. Tale istituto, com'è noto, è stato introdotto nella disciplina UE in materia di appalti e concessioni dalla novella del 2014 ed è stato recentemente oggetto di alcune importanti pronunce della Corte di Giustizia UE che ne hanno chiarito il valore prescrittivo e l'efficacia interna. Più in particolare, l'indagine verte sul disposto dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici – e segnatamente sul motivo di esclusione facoltativo consistente nell'iscrizione nel casellario informatico ANAC – e sulla consolidata prassi regolatoria e giurisprudenziale sviluppata a tale riguardo. Quanto precede viene messo a raffronto con la normativa UE rilevante nel settore degli appalti e delle concessioni, per come interpretata dalla Corte di Giustizia. Vengono in rilievo, più nel dettaglio: il principio di tassatività dei motivi di esclusione; il divieto di sovra-regolamentazione (o *gold plating*); il diritto all'obbligo di *self-cleaning*; le norme sul diritto di stabilimento, sulla libera prestazione dei servizi, sulla libera concorrenza; i diritti fondamentali; i principi generali del diritto UE. Particolare attenzione è dedicata ai rimedi esperibili per ricomporre l'antinomia tra ordinamento UE e ordinamento italiano. Viene sostenuto, infatti, che l'attuazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE in Italia, per come si declina nel codice dei contratti pubblici, solleva molteplici criticità, dal punto di vista della sua legittimità "comunitaria", esacerbate dalla già menzionata prassi regolatoria e giurisprudenziale. A quest'ultimo riguardo, sviluppi degni di nota sembrano delinearsi in alcune recentissime pronunce del Consiglio di Stato e del TAR Bologna.

Parole Chiave: Appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Motivi di esclusione – Divieto di sovra-regolamentazione – Ravvedimento operoso – Effetto diretto – Interpretazione conforme – Disapplicazione

The article analyses the compatibility with EU law of the implementation of Directive 2014/24/EU in the Italian legal system, with specific regard to self-cleaning. Introduced into the EU public procurement law by the 2014 directives, its prescriptive

* Seppure il lavoro sia il risultato di una riflessione comune, Daniele Gallo ha redatto i §§ 1, 3, 6 e 7, mentre Lorenzo Cecchetti ha redatto i §§ 2, 4, 5 e l'*Addendum*.

** Professore ordinario di diritto dell'Unione europea e *Jean Monnet Chair*, Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss.

*** Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss.

character and legal effects in the national legal system have been recently clarified by the Court of Justice of the EU. More specifically, the study focuses on Article 80 of the so-called Codice dei contratti pubblici – in relation to which significant attention is devoted to the discretionary ground of exclusion consisting in the registration in the electronic register kept by ANAC – and the well-established regulatory and case law practice developed in this respect. The foregoing is assessed in light of the EU primary and secondary law relevant to this enquiry, as interpreted by the Court of Justice: namely, the numerus clausus of the exclusion grounds, the prohibition of gold plating, the right to/obligation to self-cleaning, the right of establishment, the freedom to provide services, free competition and some fundamental rights and general principles of EU law. Special attention is devoted to the remedies that can be used to bridge the gap between EU law and its implementation in the Italian legal system. Indeed, it is argued that the implementation of Article 57 of Directive 2014/24/EU in Italy, as it is declined in the Codice dei contratti pubblici, raises several issues exacerbated by the already mentioned regulatory and case law practice. In this latter respect, significant developments seem to emerge from rulings recently rendered by the Consiglio di Stato and the TAR Bologna.

Key Words: Public procurement – Directive 2014/24/EU – Exclusion grounds – Gold plating – Self-cleaning – Direct effect – Consistent interpretation – Disapplication

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I punti fermi circa l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, alla luce della giurisprudenza UE: il suo carattere *self-executing* e la natura tassativa dei motivi di esclusione (parr. 1 e 4). – 3. *Segue:* il valore prescrittivo e l'efficacia interna del diritto al *self-cleaning* (par. 6). – 4. I punti relativamente fermi circa l'art. 80, commi 1, 5, 7-8, 12 del d.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici): incompatibilità con il diritto UE e conseguente disapplicazione? – 5. La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in merito all'interdizione delle imprese dalla partecipazione alle procedure di gara, *oggi*. – 6. *Segue:* l'incompatibilità con il diritto UE, tra interpretazione conforme e rinvio pregiudiziale. – 7. Considerazioni conclusive sul recepimento della direttiva 2014/24/UE e sui possibili rimedi di ricomposizione del conflitto offerti dal diritto UE: la violazione palese e reiterata dell'ordinamento dell'Unione da parte delle autorità amministrative e giurisdizionali italiane e la necessità di un radicale mutamento di prospettiva. – *Addendum.* Le ordinanze della sezione V del Consiglio di Stato del 23 aprile e del 28 maggio 2021 e le sentenze n. 446, n. 447 e n. 452 del 2021 del TAR Bologna: *quid novi* circa l'attuazione della direttiva 2014/24/UE in Italia?

1. Introduzione

Una delle novità più significative delle direttive UE adottate nel 2014 nel settore degli appalti e delle concessioni¹ rispetto al precedente quadro rego-

¹ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in *GUUE* L 94 del 28 marzo 2014, pp. 1-64; direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in *GUUE* L 94 del 28 marzo 2014, pp. 65-242; direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, in *GUUE* L 94 del 28 marzo 2014, pp. 243-374. Per un inquadramento delle principali novità del nuovo quadro regolamentare si vedano, *ex multis*, F. LICHÈRE-R. CARANTA-S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djøf, Copenhagen, 2014; F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 11, p. 1 ss.; R. CARANTA, *The Changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *CMLRev.*, 2015, p. 391 ss.; A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, II ed., Hart, Oxford, 2015; C. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward

lamentare² consiste nell'introduzione di un meccanismo di ravvedimento operoso, c.d. *self-cleaning*³, disciplinato nell'art. 38, par. 9, della direttiva 2014/23/UE e nell'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE (e, benché solo *per relationem*, dall'art. 80, par. 1, della direttiva 2014/25/UE). Per «misure di *self-cleaning*» ci riferiamo, in via di prima approssimazione, a quell'insieme di misure correttive poste in essere da un operatore economico, successivamente alla commissione di un illecito professionale, al fine di ristabilire la sua integrità e affidabilità. In altre parole, grazie a questo strumento di auto-disciplina (previsto nella stragrande maggioranza dei Paesi membri dell'Unione, a iniziare da Germania e Austria, nei quali si è per la prima volta affermato⁴), l'operatore economico sanzionato dall'autorità nazionale competente, in Italia l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), dimostra alle singole stazioni appaltanti di aver adottato misure riparatorie tali da ripristinare la propria moralità professionale.

La *ratio* che informa sia le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sia il d.lgs. n. 50/2016 che ne dà loro attuazione in Italia è rappresentata dall'esigenza di consentire ad un operatore economico, incorso in una delle cause di esclusione da una procedura di appalto stabilite, rispettivamente, dagli artt. 38, 57 e 78-80 delle predette direttive e nell'art. 80, commi 1 e 5 del d.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), di partecipare ad altre gare, previa valutazione da parte della stazione appaltante⁵. Gli operatori economici che si

Elgar, Cheltenham, 2016; M.P. CHITI, *Le direttive 2014 dell'Unione europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 89 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in AA.VV. *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 131 ss.; S. SCHOENMAEKERS, *Public Procurement*, in P.J. KUIJPER-F. AMTENBRINK-D. CURTIN-B. DE WITTE-A. McDONNELL-S. VAN DER BOGAERT (a cura di), *The Law of the European Union*, V ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018, pp. 805-828; S. BOGOJEVIC-X. GROUSSOT-J. HETTNE (a cura di), *Discretion in EU Public Procurement Law*, Hart, Oxford, 2019; S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, II ed., Larcier, Bruxelles, 2020, spec. pp. 144-161.

² Cfr. direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in *GUUE* L 134 del 30 aprile 2004, pp. 1-113; e direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in *GUUE* L 134 del 30 aprile 2004, pp. 114-240.

³ A questo riguardo si vedano H. PRIESS, *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, p. 112 ss.; S. DE MARS, *Exclusion and Self-Cleaning in Article 57: Discretion at the Expense of Clarity and Trade?*, in G. ØLYKKE-A. SANCHEZ GRAELLS (a cura di), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 253-273; S. VAN GARSSSE-S. DE MARS, *Exclusion and self-cleaning in the 2014 public sector directive*, in K. WAUTERS-I. MARIQUE (a cura di), *EU Directive 2014/24 on public procurement*, Larcier, Bruxelles, 2016, pp. 121-138; S. SCHOENMAEKERS, *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018, pp. 3-17. In generale, sul c.d. *self-cleaning* si vedano S. ARROWSMITH-H.J. PRIESS-P. FRITON, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, p. 257 ss., nonché *amplius* H. PUENDER-H.J. PRIESS-S. ARROWSMITH (a cura di), *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009. Si veda *supra* A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit.

⁴ Si vedano S. ARROWSMITH-H.J. PRIESS-P. FRITON, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, cit., p. 257.

⁵ Si veda S. SCHOENMAEKERS, *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Diffe-*

trovano in una di dette situazioni di esclusione devono, pertanto, poter richiedere che venga esaminato, dall'autorità competente, l'insieme delle misure prese per garantire l'osservanza degli obblighi loro imposti e impedire che tali comportamenti si verifichino di nuovo. Diversamente, questi soggetti non potrebbero partecipare a una procedura di gara, anche qualora avessero rimediato a eventuali errori ed eventuali mancanze, con l'ovvia, ulteriore conseguenza che sarebbero costretti a chiudere le rispettive attività e avviare le procedure di liquidazione e/o fallimento.

In questo quadro, considerati i recenti sviluppi giurisprudenziali in seno alla Corte di Giustizia, va verificato se l'attuale normativa italiana e la pertinente, consolidata prassi regolatoria/amministrativa e giurisprudenziale siano conformi all'ordinamento UE. A tale scopo, il § 2 è dedicato a una breve disamina del diritto derivato UE, in particolare della direttiva 2014/24/UE⁶, con particolare riguardo al suo carattere *self-executing* e alla natura tassativa dei motivi di esclusione disciplinati nei parr. 1 e 4. Il § 3 ha per oggetto la questione del contenuto prescrittivo e dell'efficacia interna del meccanismo di *self-cleaning*, tenuto conto della giurisprudenza UE sull'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, oltre che sulla direttiva 2004/18/CE che l'ha preceduta ed è stata successivamente abrogata, laddove tale questione risulta strettamente connessa con quella, più ampia, della portata delle norme disciplinanti presupposti e implicazioni dei provvedimenti di esclusione delle imprese dalle procedure di gara. Nel § 4 l'indagine è rivolta all'ordinamento italiano, in particolare all'art. 80, commi 1, 5, 7-8, 12 del d.lgs. n. 50/2016, nella misura in cui emerge un disallineamento tra la disciplina interna e l'ordinamento UE e, dunque, lo strumento della disapplicazione potrebbe trovare attuazione. Il § 5 si concentra sulla prassi applicativa, in Italia, di pubblica amministrazione, ANAC e stazioni appaltanti *in primis*, e giurisdizioni amministrative, cioè TAR e Consiglio di Stato. Il § 6 mira a rilevare ed esaminare i profili di contrasto tra ordinamento UE e diritto italiano, in relazione alla legittimità dell'interdizione a carattere automatico, praticata in Italia, *oggi*, dalla partecipazione alle procedure di gara, nella prospettiva della conformità a quanto prevede e impone il diritto derivato e la giurisprudenza in merito al *self-cleaning*, così come le principali norme di diritto primario che rilevano a tale riguardo. Il § 7 contiene alcune osservazioni conclusive e di sintesi sul *come* la direttiva 2014/24/UE sia stata recepita dal legislatore italiano, e continui ad esserlo attraverso gli organi e i tribunali amministrativi, e su quali siano le vie percorribili per sciogliere un'antinomia, dagli effetti dirompenti sul tessuto economico italiano, che pare oramai essersi inopinatamente cristallizzata. Infine, nell'*Addendum* vengono brevemente presentate alcune importanti novità registratesi, in relazione all'oggetto d'esame e nelle more della finalizzazione del lavoro, nella recentissima prassi giurisprudenziale italiana del Consiglio di Stato, che ad oggi si è pronunciato soltanto in sede cautelare, e del TAR Bologna.

rent Levels of Success?, cit., p. 7 ss., ove, dopo aver ricostruito le principali caratteristiche e finalità sottese tanto all'istituto del *self-cleaning* quanto ai c.d. programmi di clemenza (*Jenieny programme*), viene condotta un'analisi comparativa dei due istituti con l'obiettivo di vagliare la possibile efficacia del *self-cleaning* nel ridurre comportamenti anticoncorrenziali.

⁶ D'ora in avanti faremo riferimento generalmente alla sola direttiva 2014/24/UE; considerazioni simili, tuttavia, valgono per le direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE.

2. I punti fermi circa l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, alla luce della giurisprudenza UE: il suo carattere *self-executing* e la natura tassativa dei motivi di esclusione (parr. 1 e 4)

L'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, com'è noto, disciplina innanzitutto i motivi di esclusione dalla partecipazione ad una determinata gara che le amministrazioni aggiudicatrici, a seconda dei casi, devono (par. 1) o possono (par. 4) opporre agli operatori economici al ricorrere di determinate circostanze. In sintesi, mentre l'obbligo di esclusione si riscontra in relazione a situazioni in cui l'operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per una serie di reati individuati nel par. 1⁷, i motivi di esclusione facoltativi, indicati nel par. 4, comportano una valutazione ad opera dell'amministrazione aggiudicatrice in relazione a una varietà di situazioni, tra le quali, la commissione di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità dell'operatore economico (lett. c), la conclusione di accordi intesi a falsare la concorrenza (lett. d), la dimostrazione di significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto o concessione tali da inverarne la cessazione anticipata e/o obblighi risarcitori o sanzionatori (lett. g), e l'essersi reso gravemente colpevole di false dichiarazioni in relazione alle informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, o, ancora, non aver trasmesso tali informazioni o presentato i documenti complementari di cui all'art. 59 della direttiva (lett. h)⁸.

Al fine di vagliare la compatibilità dell'attuazione, nell'ordinamento italiano, delle previsioni di cui sopra, è necessario svolgere alcune considerazioni preliminari sulla natura e l'efficacia dell'art. 57, così come sul carattere tassativo dei motivi di esclusione ivi previsti, considerato che le direttive, in base a quanto riconosciuto nell'art. 288 TFUE, generalmente, devono essere recepite in relazione agli scopi che si prefiggono, mentre lo Stato è libero di scegliere la forma e le modalità che ritiene maggiormente adeguate perché quegli scopi possano essere efficacemente perseguiti⁹. Di per sé, dunque, l'assenza di

⁷ Si tratta dei reati seguenti: partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, reati terroristici o reati connessi ad attività terroristiche, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, nonché lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani.

⁸ Tra le altre cause di esclusione facoltative di cui all'art. 57, par. 4, della direttiva sono altresì annoverate la violazione degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (lett. a), il fallimento dell'operatore economico o l'avvio di altra procedura concorsuale (lett. b), l'incorrere in una situazione di conflitto di interessi (qualora non sia risolvibile efficacemente con altre misure meno intrusive) (lett. e), la sussistenza di una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto (anche in questo caso, ove non possa essere risolta con altre misure meno intrusive) (lett. f), nonché il tentativo di influenzare indebitamente il procedimento di aggiudicazione, anche tentando di ottenere informazioni confidenziali, oppure fornendo per negligenza informazioni fuorvianti (lett. i).

⁹ Sul tema del recepimento delle direttive, si vedano, *ex multis*, C.W.A. TIMMERMANS, *Directives: Their Effect within the National Legal Systems*, in *CMLRev.*, 1979, p. 533 ss.; G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Digesto disc. pubbl.*, Utet, Torino, VI, 1991, p. 433 ss.; G. DE BÜRCA, *Giving Effect to European Community Directives*, in *Modern Law Review*, 1992, p. 215 ss.; A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 57 ss.; J.A. USHER, *EC Institutions and Legislation*, Longman, London-New York, 1998, pp. 128-143; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2005; P. CRAIG, *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions*, in *European Law Review*, 2009, p. 349 ss.; P. MORI, *Articolo 288*

una completa coincidenza tra direttiva e ordinamento interno è ammissibile, a condizione, evidentemente, che non sia determinata una violazione della logica che definisce l'atto e che ne sia messo in discussione l'effetto utile.

Al contrario, la discrezionalità degli Stati si riduce drasticamente in presenza di direttive che abbiano caratteristiche tali da poter essere considerata “*self-executing*”¹⁰. Assicurare un'aderenza il più possibile compiuta a contenuto e obiettivi della direttiva è esigenza connaturata allo spirito di questa tipologia di atti di diritto derivato. Ciò accade allorché disposizioni della direttiva presentino un contenuto dettagliato e creino, dunque, per tale ragione, obblighi talmente chiari e precisi per gli Stati membri da condizionare in modo stringente la loro trasposizione da parte delle autorità nazionali¹¹. Obblighi, pertanto, che implicano il corrispondente conferimento di diritti in capo agli individui. A questo proposito, è già stato rilevato, in altra sede, che l'espressa attribuzione della caratteristica della diretta applicabilità ai regolamenti nell'art. 288 TFUE non possa escludere che altre fonti del diritto UE, di diritto primario e derivato, contengano obblighi i quali, per risultare concretamente operativi, prescindono dall'attuazione, a livello nazionale, di misure ulteriori¹². In altre parole, non vi sono differenze significative tra regolamenti e altre fonti di diritto UE quando non sono richiesti atti nazionali di recepimento¹³: le norme UE sono incondizionate, dunque, direttamente applicabili. Ovviamente, l'atto potrebbe non essere (e spesso non è) direttamente applicabile nel suo complesso, ma gli obblighi e i diritti derivanti da alcune disposizioni ivi contenute sono suscettibili di penetrare nell'ordinamento interno, nel rispetto dei ben noti presupposti: inadeguato oppure mancato recepimento, a livello nazionale, nei termini indicati nella direttiva¹⁴. In questo senso, in primo luogo, la diretta efficacia, per concretizzarsi, presenta, quale condizione necessaria e sufficiente, l'incondizionatezza, considerata la capacità di quest'ultima di assorbire i requisiti della chiarezza e della precisione¹⁵. In secondo luogo, fungendo l'incondizionatezza quale elemento costitutivo, unico, della diretta efficacia, accade che due categorie, concettualmente differenti, “coprendo” la diretta efficacia il profilo soggettivo dell'invocabilità e la diretta applicabilità quello oggettivo dei rapporti inter-ordinamentali, vengano, *nella pratica*, a identificarsi¹⁶.

TFUE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Giuffrè, Milano, 2014, pp. 2249-2269; M. KLAMERT-J. TOMKIN, *Article 288 TFEU*, in M. KELLERBAUER-M. KLAMERT-J. TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 1895-1910.

¹⁰ Si veda *ex multis* P. MORI, *op. cit.*, p. 2258.

¹¹ È stato precisato che «detta prassi [...] appare funzionale alla necessità di evitare il mantenimento di regole divergenti in alcune materie particolarmente delicate per il funzionamento del mercato interno o la tutela dei diritti dei singoli». Si veda R. MASTROIANNI, *Direttive (voce Treccani)*, 2014, [www.treccani.it/enciclopedia/direttive-dir-ue_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/direttive-dir-ue_(Diritto-on-line)/).

¹² Cfr. CGUE, *van Duyn*, 4 dicembre 1974, causa 41/74, ECLI:EU:C:1974:133, punti 9-15.

¹³ Sottolinea la «attenuazione», e finanche «alterazione», della distinzione tra “regolamenti” e “direttive” già A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, cit., § 5.

¹⁴ Si veda D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 108.

¹⁵ Su inattualità del test su effetto diretto e cannibalizzazione di chiarezza e precisione ad opera dell'incondizionatezza si veda D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 202 ss., e *Id.*, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

¹⁶ Sull'inattualità del *divide* “diretta efficacia/diretta applicabilità”, anche alla luce della giurisprudenza UE, si vedano ancora D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea ne-*

In sostanza, la natura “*self-executing*” di una direttiva, *rectius*, delle sue disposizioni, in ragione del loro contenuto dettagliato, puntuale, incondizionato, presuppone che esse siano direttamente efficaci e, potenzialmente, direttamente applicabili. Tale natura, cioè, determina la conseguenza che gli obblighi e i diritti ivi disciplinati entrano direttamente nell’ordinamento interno e che, se decorso il termine per il recepimento della direttiva, tali obblighi e diritti non siano stati in pieno trasposti dalle autorità nazionali possono essere invocati e azionati, dai singoli, di fronte a dette autorità. Invocazione e azionabilità anche laddove la violazione della direttiva sia il risultato di una sua non corretta applicazione da parte dell’amministrazione o dei giudici nazionali. Ne discende inevitabilmente che gli Stati membri, in tutte le loro articolazioni, incontrano limiti stringenti quanto all’esercizio della loro discrezionalità, al momento del recepimento della direttiva, sul piano legislativo, oppure nella fase successiva della sua attuazione a titolo diffuso.

Per quanto riguarda la direttiva 2014/24/UE, essa è certamente da qualificarsi “*self-executing*” nella maggior parte delle sue disposizioni, le quali presentano un contenuto talmente dettagliato da imporre agli Stati membri obblighi puntuali, con la conseguenza che il diritto nazionale deve risultare pienamente consonante con quanto prescritto dalla direttiva¹⁷. A fronte di direttive, come quella di specie, “*self-executing*”, si rende quindi necessario garantire in modo particolarmente rigoroso l’aderenza della legislazione nazionale al contenuto della direttiva, attraverso l’uso dello strumento dell’interpretazione conforme oppure, ove questa sia impossibile, ricorrendo alla disapplicazione delle disposizioni nazionali.

La Corte di Giustizia aveva già osservato, nella sentenza *Tögel*, in relazione alla previgente direttiva 92/50/CEE¹⁸, che le norme relative ai criteri di partecipazione e di selezione «sono, salvo talune eccezioni e sfumature derivanti dal loro tenore letterale, incondizionate e sufficientemente chiare e precise da poter essere fatte valere dai prestatori dinanzi ai giudici nazionali»¹⁹. Tale affermazione è stata, poi, ribadita nella sentenza *Ambisig* con riferimento alla direttiva 2004/18/CE e, più precisamente, in merito ai «criteri di selezione qualitativa» dalla stessa stabiliti agli artt. 45 e seguenti²⁰.

Il principio sancito in relazione al previgente quadro normativo vale a più forte ragione con riguardo alle corrispondenti disposizioni della direttiva 2014/24/UE e, in particolare, all’art. 57, che riguarda i «motivi di esclusione». Infatti, nella sentenza *Meca Srl* la Corte di Giustizia ha già rilevato espressamente che essa «restringe il potere discrezionale degli Stati membri»²¹, menzionando esplicitamente l’art. 57 della direttiva ed enfatizzando, peraltro, la circostanza

gli ordinamenti nazionali, cit., p. 114 ss., e *Id.*, *Effetto diretto del diritto dell’Unione europea e disapplicazione*, oggi, cit., spec. p. 10 ss.

¹⁷ In dottrina si vedano M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 436 ss., p. 438; S. ARROWSMITH-P. KUNZLINK, *EC regulation of public procurement*, S. ARROWSMITH-P. KUNZLINK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 55 ss., spec. pp. 90-92; nonché, in termini più generali, sulla crescente pervasività della regolamentazione degli appalti pubblici, A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., p. 246.

¹⁸ Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in *GUCE* L 209 del 24 luglio 1992, pp. 1-24.

¹⁹ *CGUE, Tögel*, 24 settembre 1998, C-76/97, ECLI:EU:C:1998:432, punto 46.

²⁰ *CGUE, Ambisig*, 7 luglio 2016, C-46/15, ECLI:EU:C:2016:530, punto 19.

²¹ *CGUE, Meca Srl*, 19 giugno 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, punto 27.

che i criteri facoltativi di esclusione ivi previsti non effettuano più alcun rinvio al diritto nazionale, eccezion fatta per la lett. b) dell'art. 57, par. 4²². Il ragionamento della Corte, in sintesi, può essere riassunto in questi termini: già nella vigenza dell'art. 45, par. 2 della direttiva 2004/18/CE, norma sostituita dall'attuale art. 57, era stato sancito che il potere discrezionale degli Stati membri fosse rigorosamente circoscritto nel definire la portata delle cause facoltative di esclusione ivi previste, benché cinque delle sette cause operassero un rinvio alla normativa e/o alla regolamentazione nazionale²³. Dato che questi rinvii sono stati significativamente ridotti dalla novella del 2014, ne consegue, prosegue la Corte, che il potere discrezionale degli Stati a tale riguardo sia stato ridotto²⁴.

La conclusione cui siamo pervenuti sulla natura dell'art. 57 offre elementi di riflessione anche in ordine alla natura tassativa o meno dell'elenco dei motivi di esclusione, con particolare riferimento a quelli di natura facoltativa, che qui interessano maggiormente in ragione delle divergenze esistenti tra ordinamento italiano e ordinamento UE.

Ora, la Corte di Giustizia, nella sua giurisprudenza relativa, dapprima, alle direttive 92/50/CEE e 93/37/CEE²⁵ e, più recentemente, alla direttiva 2004/18/CE, si era già orientata in questo senso. A partire dalla sentenza *La Cascina*, infatti, con riferimento alla direttiva 92/50/CEE era stato sancito che gli Stati membri non possono prevedere cause di esclusione facoltative diverse da quelle indicate²⁶. In *Michaniki* viene tuttavia precisato che l'elenco di motivi di esclusione contenuto all'art. 24, par. 1, della direttiva 93/37/CEE (corrispondente, nella sostanza, all'art. 29, par. 1, della direttiva 92/50/CEE) ha carattere tassativo nella misura in cui si tratti di motivi connessi a considerazioni oggettive di natura professionale²⁷, potendo gli Stati membri solo introdurre in via aggiuntiva norme materiali che garantiscano il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza²⁸, rappresentando tali principi la «base [stessa] delle direttive relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici»²⁹. In quest'ottica, è stato affermato, in relazione all'art. 45, par. 2 della direttiva 2004/18/CE, che, semmai, gli Stati membri possono applicare, in concreto, in modo più flessibile, le cause di esclusione facoltative³⁰. Più in particolare, conformemente a una giurisprudenza costante, riconfermata anche di recente, gli

²² *Ibidem*.

²³ Sentenza *Meca Srl*, cit., punto 26.

²⁴ Sentenza *Meca Srl*, cit., punto 27.

²⁵ Direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, in *GUCE* L 199 del 9 agosto 1993, pp. 54-83.

²⁶ Cfr. CGUE, *La Cascina*, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04, ECLI:EU:C:2006:94, punto 22. Nello stesso senso, con riferimento alla direttiva 93/37/CEE, si vedano CGUE, *Bâtiments et Ponts Construction SA*, 15 luglio 2010, C-74/09, ECLI:EU:C:2010:431, punto 43, nonché, più recentemente in relazione all'articolo 45, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, CGUE, *Forposta*, 13 dicembre 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801, punto 38.

²⁷ Cfr. CGUE, *Michaniki*, 16 dicembre 2008, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731, punto 43.

²⁸ Cfr. sentenza *Michaniki*, cit., punto 44.

²⁹ Sentenza *Michaniki*, cit., punto 45. Nello stesso senso cfr. CGUE, *Assitur*, 19 maggio 2009, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317, punto 21, e, più recentemente, CGUE, *Lloyd's of London*, 8 febbraio 2018, C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punto 30.

³⁰ Cfr. CGUE, *Connexion Taxi Services*, 14 dicembre 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948, punto 29; CGUE, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, 10 luglio 2014, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063, punto 36; già sentenza *La Cascina*, cit., punto 23 (in relazione alla corrispondente disposizione della direttiva 92/50/CEE).

Stati membri «hanno la facoltà di non applicare i motivi facoltativi di esclusione [...] o di integrarli nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico e sociale prevalenti a livello nazionale»³¹. Benché ridotto, quindi, essi «dispongono di un sicuro margine di discrezionalità nella determinazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi previsti all'art. 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24»³².

L'orientamento che afferma la tassatività dei motivi di esclusione, rispetto alla qualità professionale dell'imprenditore, trova conferma in relazione alla direttiva 2014/24/UE, innanzitutto, in ragione del carattere *self-executing* dell'art. 57 e, più in generale, del minore margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri, nell'ambito della direttiva 2014/24/UE, rispetto a quello che essi godevano nel vigore delle precedenti direttive³³. Questa considerazione assume contorni più netti e ha valenza generale, in aggiunta, quindi, a quanto rilevato fin qui con riguardo, da un lato, alla formulazione della disposizione della direttiva in tema di motivi di esclusione (che ha visto ridotti, con la novella del 2014, i riferimenti al diritto nazionale), e, dall'altro lato, alla logica che ispira la sentenza *La Cascina*, come precisata nelle successive pronunce. In altri termini, non possono essere individuati dalle autorità nazionali, né sul piano legislativo né attraverso la prassi amministrativa e/o giudiziaria, nuovi motivi di esclusione connessi a considerazioni oggettive di natura professionale. Com'è stato osservato in letteratura, il sistema di regolamentazione UE degli appalti pubblici si è evoluto nella direzione di una sempre più stringente limitazione del margine di discrezionalità concesso agli Stati nella sua attuazione, passando, in sostanza, da forme di armonizzazione negativa a strumenti di armonizzazione positiva³⁴. In secondo luogo, il principio della tassatività delle cause di esclusione è stato espressamente enunciato dalla Commissione nella proposta di direttiva³⁵ e successivamente ribadito, ad esempio nelle Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE³⁶. In terzo luogo, non c'è dubbio che la dottrina si stia, oramai, consolidando in questa direzione³⁷. Infine, che l'enumerazione dei motivi di

³¹ CGUE, *Rad Service*, 3 giugno 2021, C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445, punto 28. Cfr. sentenza *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, cit., punto 36; CGUE, *Tim*, 30 gennaio 2020, C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58, punto 34; nonché CGUE, *Idi*, 28 marzo 2019, C-101/18, ECLI:EU:C:2019:267, punto 45, e CGUE, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato*, 20 dicembre 2017, C-178/16, ECLI:EU:C:2017:1000, punti 31 e 32 (in relazione all'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18); *La Cascina*, cit., punto 23 (in relazione alla corrispondente disposizione della direttiva 92/50/CEE).

³² Cfr. sentenza *Rad Service*, cit., punto 28, e giurisprudenza citata nella nota precedente.

³³ Con il termine "discrezionalità" si fa riferimento alla "discrezionalità legislativa", intesa come il margine di manovra a disposizione dello Stato membro e delle rispettive amministrazioni aggiudicatrici nell'attuazione a livello nazionale della disciplina UE in materia di appalti e concessioni; si veda S. BOGOJEVIĆ-X. GROUSSOT-J. HETTNE, *The 'Age of Discretion': Understanding the Scope and Limits of Discretion in EU Public Procurement Law*, in S. BOGOJEVIĆ-X. GROUSSOT-J. HETTNE (a cura di), *Discretion in EU Public Procurement Law*, cit., par. I.

³⁴ Si vedano, in questo senso, S. ARROWSMITH-P. KUNZLINK, *EC regulation of public procurement*, cit., spec. pp. 90-92; e S. ARROWSMITH, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: from Framework to Common Code?*, in *Public Contract Law Journal*, 2006, p. 337 ss., pp. 353-364.

³⁵ COM(2011) 0896 final.

³⁶ Cfr. comunicazione della Commissione – Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE, C/2019/5494, nota 43.

³⁷ Si vedano A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit.,

esclusione presenti carattere tassativo trova conferma nell'affermazione, contenuta nella citata sentenza *Meca Srl*, secondo cui gli Stati membri non possono snaturare i motivi facoltativi di esclusione stabiliti nell'odierno art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE né ignorare gli obiettivi e i principi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi³⁸. È chiaro, infatti, che, se le autorità nazionali devono attenersi in modo rigoroso al contenuto dei singoli motivi di esclusione ai sensi dell'art. 57 della direttiva, *a fortiori*, non potranno individuare nuovi motivi di esclusione rispetto a quelli elencati in detta norma³⁹.

3. *Segue: il valore prescrittivo e l'efficacia interna del diritto al self-cleaning (par. 6)*

Concentriamoci, ora, sul meccanismo del *self-cleaning*⁴⁰, per com'è disciplinato nell'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, al cuore del dibattito giuridico in Italia e non solo. L'articolo in discorso consta di quattro commi, dei quali, ai fini della presente analisi, il primo risulta essere il più rilevante. Quest'ultimo prevede: «Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto»⁴¹. In primo luogo, la Corte di Giustizia è netta nell'individuare nella norma la previsione di un obbligo di carattere generale in capo alle autorità degli Stati membri: in altri termini, il meccanismo in discorso non può che essere applicabile a tutti gli operatori economici⁴². In secondo luogo, i giudici UE ravvisano

pp. 292 e 343; L. ANKERSMIT, *The contribution of EU public procurement law to corporate social responsibility*, in *ELJ*, 2020, p. 9 ss., p. 20.

³⁸ Sentenza *Meca Srl*, cit., punto 33.

³⁹ Cfr. sentenza *Forposta*, cit., punto 38. In dottrina si veda ancora A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., p. 292. Come scritto, peraltro, l'"eccezione *Michaniki*" non trova attuazione, per il tramite dei principi di parità di trattamento e trasparenza, in relazione alle cause di esclusione fondate sulla qualità professionale dell'imprenditore, essendo quindi caratterizzata da un ambito d'intervento alquanto ristretto: cfr. sentenza *Michaniki*, cit., punti 42-43.

⁴⁰ Poco importa che il termine *self-cleaning* non sia esplicitamente adoperato, come nota T. TÁTRAI, *EU Public Procurement and Probity*, in C. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, p. 482 ss., p. 509.

⁴¹ Quanto ai rimanenti tre commi, che non sembrano avere avuto un peso decisivo nell'iter logico-argomentativo della Corte di giustizia nel caso *RTS* (esaminato *infra* in questo §), essi dispongono quanto segue: «A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti» (comma 2); «Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione» (comma 3); «Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva» (comma 4).

⁴² Già con riferimento alla direttiva 2004/18/CE, si veda S. ARROWSMITH-H.J. PRIESS-P. FRITON, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, cit., p. 281.

l'esistenza di una posizione giuridica soggettiva connaturata all'obbligo, imposto alle autorità nazionali, di garantire che un tale meccanismo sia espletato.

È precisamente a questo riguardo che è recentemente intervenuta la sentenza *RTS*, nella quale la Corte di Giustizia ha inequivocabilmente e per la prima volta chiarito quale sia l'efficacia interna del diritto/dell'obbligo connesso al *self-cleaning*: l'art. 57, par. 6, affermano i giudici UE, è dotato di effetto diretto⁴³. L'art. 57, par. 6, quindi, è una disposizione capace di conferire, direttamente, un diritto in capo al singolo. Diritto invocabile e azionabile dinanzi alle autorità, amministrative e giudiziarie, nazionali, onde ottenere la disapplicazione del diritto interno e/o della prassi che lo interpreta e attua.

La sentenza marca un punto fermo nella giurisprudenza UE, con importanti risvolti sul duplice piano teorico e pratico, anche e soprattutto per l'esperienza italiana. A quest'ultimo riguardo, peraltro, è anche recentissimamente intervenuta – con la sentenza *Rad Service* – una conferma di *RTS* e una precisazione di cui è necessario dare atto in conclusione di questo §.

A mo' di premessa all'analisi di *RTS*, ricordiamo che, soltanto qualche mese prima, nel caso *Vert Marine*⁴⁴, era stato riconosciuto il carattere auto-applicativo dell'art. 38, par. 9, della direttiva 2014/23/UE, identico nel contenuto all'art. 57, par. 6. Il rinvio pregiudiziale riguardava, per quanto qui interessa, la compatibilità con il diritto UE, e segnatamente con la direttiva 2014/23/UE in materia di contratti di concessione, della normativa francese, la quale precludeva, in modo automatico e generalizzato, agli operatori economici condannati in via definitiva per uno dei reati di cui al suo art. 38, par. 4⁴⁵, la possibilità di fornire la prova di aver adottato misure correttive idonee a dimostrare il ripristino della loro affidabilità e, di conseguenza, di partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione⁴⁶. Al riguardo la Corte ha concluso rilevando l'incompatibilità tra una siffatta normativa e l'art. 38, par. 9, della direttiva 2014/23/UE. Il ragionamento dei giudici del *Kirchberg* muove dalla premessa che «tale disposizione conferisce agli operatori economici un diritto che gli Stati membri devono garantire al momento della trasposizione di tale direttiva, nel rispetto delle condizioni stabilite da quest'ultima»⁴⁷. La Corte si fonda sia su un argomento letterale⁴⁸ sia su un canone ermeneutico di tipo teleologico⁴⁹. Viene sottolineato, in particolare, che l'effetto utile del diritto al *self-cleaning* non può essere messo in discussione dal «sicuro margine di discrezionalità»⁵⁰ riconosciuto agli Stati membri nella determinazione delle condizioni di applicazione dell'art. 38, par. 9⁵¹. Argomentando diversamente, il precepto risulterebbe «privato della sua sostanza»⁵².

⁴³ CGUE, *RTS*, 14 gennaio 2021, C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13, punti 43-50.

⁴⁴ CGUE, *Vert Marine*, 11 giugno 2020, C-472/19, ECLI:EU:C:2020:468, punto 17.

⁴⁵ Cfr. art. 57, par. 1, della direttiva 2014/24/UE.

⁴⁶ Cfr. la prima questione pregiudiziale, all'analisi della quale la Corte dedica i punti da 15 a 25 della sentenza *Vert Marine*.

⁴⁷ Sentenza *Vert Marine*, cit., punto 17.

⁴⁸ Sentenza *Vert Marine*, cit., punti 18-21.

⁴⁹ Sentenza *Vert Marine*, cit., punto 22.

⁵⁰ Sentenza *Vert Marine*, cit., punto 23.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Sentenza *Vert Marine*, cit., punto 24, ove viene anche precisato, da un lato, che «[l']'espressione «condizioni di applicazione» presuppone, infatti, che l'esistenza stessa del diritto conferito dall'articolo 38, paragrafo 9, primo comma, della direttiva 2014/23 nonché la possibilità

Veniamo all'esame di *RTS*. Al riguardo, va, innanzitutto, precisato che il rinvio pregiudiziale, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 57, paragrafi 4, 6 e 7, della direttiva 2014/24/UE, origina da una controversia tra alcuni operatori economici, raggruppati in un'associazione temporanea di imprese esclusa dalla partecipazione ad un concorso per l'appalto di lavori stradali indetto dalla Regione delle Fiandre, e quest'ultima. L'esclusione, al cuore della decisione impugnata innanzi al giudice del rinvio, era stata motivata dalla Regione della Fiandre con la considerazione per cui, nell'ambito dell'esecuzione di appalti precedenti aggiudicati dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, le predette imprese avevano commesso gravi illeciti professionali, i quali erano stati, per la maggior parte, oggetto di sanzioni e che riguardavano aspetti importanti per l'esecuzione dell'appalto⁵³. Tali illeciti, consistenti in «inadempimenti contrattuali gravi e ripetuti», suscitavano dubbi circa la capacità delle imprese ricorrenti di assicurare la corretta esecuzione del nuovo appalto⁵⁴. In questo quadro, la domanda di annullamento della decisione di esclusione si fonda proprio sull'art. 57, par. 6, quale norma dotata di diretta efficacia. In particolare, le ricorrenti argomentano che, a fronte delle valutazioni effettuate dall'amministrazione aggiudicatrice, avrebbero dovuto avere la possibilità di difendersi e di dimostrare di aver rimediato alle conseguenze scaturenti da detti illeciti con idonei provvedimenti di ravvedimento operoso⁵⁵.

Il giudice adito, il Consiglio di Stato belga (*Raad van State*), sospende, dunque, il procedimento e sottopone alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali, due delle quali rilevano ai fini della presente analisi⁵⁶. La prima verte sulla compatibilità con tali previsioni di una prassi nazionale in forza della quale, senza che un simile obbligo risulti dalla normativa nazionale applicabile né dai documenti di gara, l'operatore economico interessato sia tenuto a fornire spontaneamente, al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati per dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza, nei suoi confronti, di un motivo di esclusione facoltativo⁵⁷. Con la seconda domanda pregiudiziale, formulata in via subordinata alla risposta in senso affermativo fornita in relazione alla prima, il giudice belga chiede se le pertinenti disposizioni del diritto UE, in combinato disposto tra loro, «abbia[no] effetto diretto»⁵⁸.

Dopo aver confermato gli insegnamenti ricavabili dalla sentenza *Vert Marine*⁵⁹, la Corte, nel rispondere alla prima domanda pregiudiziale, suddivide il proprio ragionamento in due parti. La prima: viene affermato che, sulla scorta di un'interpretazione letterale, teleologica e sistematica dell'art. 57, par. 6, del-

di esercitarlo siano garantite dagli Stati membri», e, dall'altro lato, che tale conclusione è confermata dal considerando 71 della direttiva, dal quale risulta che «gli Stati membri hanno unicamente la facoltà di determinare le condizioni procedurali e sostanziali volte a disciplinare l'esercizio di detto diritto». Si tornerà su questi passaggi nel prosieguo.

⁵³ Cfr. sentenza *RTS*, cit., punto 14.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Cfr. sentenza *RTS*, cit., punto 15.

⁵⁶ Non sembra necessario approfondire in questa sede la questione preliminare relativa allo scopo di applicazione *ratione temporis* della direttiva, oggetto di attenta disamina anche da parte dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle proprie conclusioni.

⁵⁷ Cfr. sentenza *RTS*, cit., punto 25.

⁵⁸ Sentenza *RTS*, cit., punto 20.

⁵⁹ Cfr. sentenza *RTS*, cit., punti 27-33.

la direttiva 2014/24/UE, gli Stati membri possono prevedere sia che la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso debba essere fornita spontaneamente dall'operatore economico interessato al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta sia che ciò avvenga su impulso dell'amministrazione aggiudicatrice in una fase successiva della procedura⁶⁰.

Il secondo passaggio concerne i "limiti" del margine di discrezionalità concesso alle autorità nazionali, da individuarsi non soltanto nei principi per l'aggiudicazione degli appalti sanciti all'art. 18 della direttiva, cioè parità di trattamento⁶¹, trasparenza⁶² e proporzionalità⁶³, ma anche nel principio del rispetto dei diritti di difesa, «il quale, in quanto principio fondamentale del diritto dell'Unione, di cui il diritto di essere ascoltato in qualsiasi procedimento costituisce parte integrante, trova applicazione ogniqualevolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, come una decisione di esclusione adottata nell'ambito di una procedura d'appalto»⁶⁴.

Ne discendono due principali conseguenze per il caso in cui, come in quello di specie, gli operatori economici siano tenuti a fornire di propria sponte la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso. Da un lato, in forza dei principi di trasparenza e parità di trattamento, essi devono essere «apertamente informati in via preventiva, in maniera chiara, precisa e univoca, dell'esistenza di un siffatto obbligo, vuoi che tale informazione risulti direttamente dai documenti di gara, vuoi che essa risulti da un rinvio, in tali documenti, alla normativa nazionale pertinente»⁶⁵. Dall'altro lato, il rispetto del diritto di essere ascoltato richiede che gli operatori economici siano in grado, al momento della domanda o dell'offerta, «di identificare, essi stessi, i motivi di esclusione che l'amministrazione aggiudicatrice può invocare nei loro confronti alla luce delle informazioni contenute nei documenti di gara e nella normativa nazionale»⁶⁶. Si tratta, a ben vedere, della necessità di rispettare il diritto fondamentale ad una buona amministrazione, riconosciuto all'art. 41 della Carta, per cui ogni persona deve essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio, come si evince dalle pronunce richiamate dalla Corte a fondamento del suo ragionamento⁶⁷. Peraltro,

⁶⁰ Cfr. sentenza *RTS*, cit., punto 26.

⁶¹ In forza del quale «gli operatori economici interessati da un appalto pubblico dispongano delle stesse opportunità nella formulazione delle loro offerte, conoscano esattamente i vincoli procedurali e siano assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti» (sentenza *RTS*, cit., punto 35).

⁶² Principio secondo cui «tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione devono essere formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo» (*ibidem*).

⁶³ Principio «in forza del quale le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni della direttiva 2014/24, come le norme destinate a specificare le condizioni di applicazione dell'articolo 57 di tale direttiva, non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da questa stessa direttiva» (sentenza *RTS*, cit., punto 38).

⁶⁴ Sentenza *RTS*, cit., punto 34.

⁶⁵ Sentenza *RTS*, cit., punto 36.

⁶⁶ Sentenza *RTS*, cit., punto 37.

⁶⁷ Cfr. CGUE, *Prequ'*, 20 dicembre 2017, C-276/16, ECLI:EU:C:2017:1010, punti 45 e 46; e CGUE, *Kamino International*, 3 luglio 2014, cause riunite C-129/13 e C-130/13, ECLI:EU:C:2014:2041, punti 28-31.

la Carta, benché non richiamata nella pronuncia, dovrebbe ritenersi applicabile all'azione degli Stati membri in una situazione come quella in esame in cui essi attuano il diritto dell'Unione ai sensi del suo art. 51, par. 1.

Viene in rilievo, poi, il terzo principio sopra richiamato, quello di proporzionalità. Principio che, pur giocando un ruolo fondamentale nella valutazione della compatibilità dell'ordinamento e delle prassi nazionali con il diritto UE, non opera, nel caso *RTS*, in maniera particolarmente stringente. La Corte si limita a sottolineare che, a condizione che siano soddisfatte le esigenze sinora illustrate (trasparenza, parità di trattamento e diritti di difesa), un obbligo in capo agli operatori economici come quello imposto dalla legislazione belga rispetta altresì il principio di proporzionalità «nei limiti in cui esso non costituisce un ostacolo irragionevole all'esercizio del regime dei provvedimenti di ravvedimento operoso»⁶⁸. Si tratta, in sostanza, di una tautologia, che risolve il test di proporzionalità, *sic et simpliciter*, in un test di ragionevolezza.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte conclude statuendo che la compatibilità o meno della prassi di un'amministrazione con il diritto dell'Unione, come quella belga, dipende, in ultima analisi, dalla capacità del quadro normativo nazionale e del relativo bando di gara di soddisfare le predette esigenze di trasparenza e parità di trattamento e di rispettare il diritto fondamentale, delle imprese, ad essere ascoltate.

Precisato quanto sopra in relazione al margine di discrezionalità attribuito agli Stati nel dare attuazione al diritto di *self-cleaning*, occorre esaminare la risposta fornita alla seconda domanda pregiudiziale. Come si concilia l'attuazione di tale diritto, a livello nazionale, ed il relativo margine di discrezionalità, con la dottrina degli effetti diretti?

La conciliazione è certamente possibile, anzi inevitabile, perché, nella pratica, è comune che norme UE incondizionate, dotate quindi di diretta efficacia⁶⁹ in quanto compiute e determinate⁷⁰, siano attuate in ipotesi in relazione alle quali gli Stati godono di un certo grado di autonomia e libertà nell'applicazione del diritto UE⁷¹. Ciò significa che l'esistenza di un margine di discrezionalità nella determinazione delle modalità di attuazione (o «condizioni di applicazione», come enunciato nell'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE) di una disposizione non pregiudica la possibilità, per la stessa, di essere *self-executing* e, conseguentemente, di generare effetti diretti nell'ordinamento nazionale. L'incondizionatezza deve riguardare la regola connaturata alla norma, la quale deve essere, nel suo contenuto, prescrittiva, cioè suscettibile di applicazione immediata. Questo principio, teorizzato nella sentenza *Faccini Dori* in materia di tutela dei consumatori⁷² e ripreso in altri ambiti, come la politica sociale⁷³, trova spazio e realizzazione in *RTS*. In *Faccini Dori*, più in particolare, si legge che «[t]ale margine di discrezionalità non esclude infatti che sia pos-

⁶⁸ Sentenza *RTS*, cit., punto 38.

⁶⁹ Vedi *supra* § 2, circa la nozione d'incondizionatezza, quale elemento costitutivo dell'effetto diretto.

⁷⁰ Al riguardo, cfr. sentenza *RTS*, cit., punti 44-46.

⁷¹ Si veda D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., pp. 204 e 250-251.

⁷² Cfr. CGUE, *Faccini Dori*, 14 luglio 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, punto 12 ss.

⁷³ Cfr. CGUE, *Simap*, 3 ottobre 2000, C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528, punti 68-69; CGUE, *Pfeiffer*, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, punti 104-106; e CGUE, *Fuß*, 14 ottobre 2010, C-243/09, ECLI:EU:C:2010:609, punto 56 ss.

sibile determinare alcuni diritti imprescindibili [e pertanto] il livello minimo di tutela che deve essere comunque realizzato»⁷⁴.

Nel caso di specie, la Corte sancisce che, «prevedendo che un operatore economico possa fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione che lo riguarda», l'art. 57, par. 6 della direttiva 2014/24/UE conferisce agli operatori economici un diritto «che, da un lato, è formulato in termini non equivoci e, dall'altro, addossa agli Stati membri un'obbligazione di risultato che, sebbene le sue condizioni sostanziali e procedurali di applicazione debbano essere specificate dagli Stati membri [...], non dipende dalla trasposizione nel diritto interno per poter essere invocata dall'operatore economico interessato e applicata a vantaggio di quest'ultimo»⁷⁵. Inoltre, la Corte osserva che «indipendentemente» dalle sue concrete modalità di applicazione, l'art. 57, par. 6, prevede «in modo sufficientemente preciso e incondizionato [...] che l'operatore economico interessato non possa essere escluso dalla procedura d'appalto qualora riesca a dimostrare, in modo ritenuto soddisfacente dall'amministrazione aggiudicatrice, che i provvedimenti di ravvedimento operoso adottati ripristinano la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione che lo riguarda»⁷⁶. Di conseguenza, la norma prescrive, a vantaggio di tale operatore economico, «un livello minimo di tutela indipendentemente dal margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri nella determinazione delle condizioni procedurali di tale disposizione»⁷⁷.

La Corte di Giustizia è recentemente tornata a pronunciarsi sul diritto al *self-cleaning*, nel contesto di una questione pregiudiziale alla stessa rimessa dal Consiglio di Stato italiano ed avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE⁷⁸. In sintesi, nel caso *Rad Service* veniva in rilievo la compatibilità con l'ordinamento UE dell'esclusione *automatica* di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione per avere, un'impresa ausiliaria di questo, reso una dichiarazione non veritiera⁷⁹. Per quanto interessa in questa sede, è necessario segnalare come l'automatismo insito nell'esclusione dell'offerente sia stato ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione e, segnatamente, con «l'articolo 63 della direttiva [...], in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità»⁸⁰. Quest'ultimo principio gioca un ruolo di primo piano nell'a-

⁷⁴ Sentenza *Faccini Dori*, cit., punto 17.

⁷⁵ Sentenza *RTS*, cit., punto 48.

⁷⁶ Sentenza *RTS*, cit., punto 49. Quanto al requisito della «precisione», cfr. conclusioni *RTS*, cit., punto 102, ove l'AG, pur pervenendo alle medesime conclusioni in punto di capacità di avere effetto diretto della norma, sembra attribuire maggiore rilievo ai successivi commi della disposizione in esame, che – nelle parole dell'AG – definiscono «gli aspetti fondamentali del regime e del contenuto» del diritto al *self-cleaning*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Com'è noto, l'articolo disciplina la possibilità per un operatore economico di fare affidamento, se del caso e per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti ai fini della integrazione dei criteri relativi alla capacità economica e finanziaria e/o alle capacità tecniche e professionali eventualmente stabiliti a norma, rispettivamente, dei paragrafi 3 e 4 dell'articolo 58 della direttiva. La norma è stata recepita nell'ordinamento italiano mediante l'articolo 89 del d.lgs. n. 50/2016, rubricata, per l'appunto, «avvalimento».

⁷⁹ Esclusione automatica ad opera dall'amministrazione aggiudicatrice basata sul disposto degli artt. 80, comma 5, lett. f-bis) ed 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, cfr. sentenza *Rad Service*, cit., punto 16.

⁸⁰ Sentenza *Rad Service*, cit., punto 45.

nalisi condotta dalla Corte in merito al sistema italiano. Quale principio generale del diritto dell'Unione che regola l'attuazione delle disposizioni della direttiva da parte degli Stati membri⁸¹, esso, tra l'altro, «impone [...] all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato, sulla base di tutti gli elementi pertinenti»⁸². Dall'importanza del principio in discorso, risultante tanto dall'art. 18, paragrafo 1, della direttiva⁸³ quanto dal considerando 101, terzo comma, della stessa⁸⁴, consegue che, ancorché il testo dell'art. 63 sia silente sul punto, la facoltà – od obbligo, ove così previsto dallo Stato membro – in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere da un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità intende fare affidamento «presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice dia a tale offerente e/o a tale soggetto la possibilità di presentarle le misure correttive che esso ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, di dimostrare che esso può essere nuovamente considerato un soggetto affidabile»⁸⁵. La possibilità di concretamente esercitare il proprio diritto al ravvedimento operoso, come abbiamo visto conferito direttamente dall'ordinamento UE in capo agli operatori economici, viene così ad assumere un evidente valore sistemico e ad asurgere a *condicio sine qua non* del potere/dovere di sostituzione ex art. 63, par. 1, della direttiva.

4. I punti relativamente fermi circa l'art. 80, commi 1, 5, 7-8, 12 del d.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici): incompatibilità con il diritto UE e conseguente disapplicazione?

Le considerazioni fin qui svolte consentono di interrogarsi, in profondità, sulla questione della compatibilità dell'ordinamento interno con il diritto dell'Unione⁸⁶. Al centro dell'indagine si situa il codice dei contratti pubblici, adottato per dare seguito all'attuazione della direttiva 2014/24/UE, per poi concentrare l'analisi, nei due §§ che seguono, sulla prassi posta in essere dall'ANAC e sulla giurisprudenza amministrativa, con particolare riferimento al *self-cleaning*. Prassi e giurisprudenza che, come sarà dimostrato, presentano una fondamentale caratteristica: l'esclusione dell'impresa generata dal provvedimento

⁸¹ Sentenza *Rad Service*, cit., punto 34.

⁸² Sentenza *Rad Service*, cit., punto 40.

⁸³ Cfr. sentenza *Rad Service*, cit., punto 34.

⁸⁴ Ai sensi del quale, nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione a tale principio. Cfr. sentenza *Rad Service*, cit., punto 39. Si tornerà sul punto *infra* nel § 6.

⁸⁵ Sentenza *Rad Service*, cit., punto 36.

⁸⁶ Esula dalla presente analisi un esame puntuale di ciascuno dei motivi di esclusione previsti nell'art. 80 del codice dei contratti pubblici, alcuni dei quali, com'è noto, hanno già attirato l'attenzione delle istituzioni UE; si pensi alla procedura di infrazione n. 2018/2273 avviata dalla Commissione e risultante nella novella del 2019, ovvero alla già citata sentenza *Meca Srl*. In generale, sulla disposizione in discorso, si vedano, per tutti, P. GIAMMARIA, 80. *Motivi di esclusione*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Ipsoa, Milano, 2017, p. 719 ss.; R. GRECO-F. PIGNATIELLO-A.G. PIETROSANTI-M. NUNZIATA-V. DI IORIO-G.A. GIUFFRÈ, *Requisiti generali*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui Contratti Pubblici. Vol. II – Soggetti, Qualificazione, Regole comuni alle procedure di gara*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 756 ss.

interdittivo, disposto dall'ANAC e annotato nel casellario informatico⁸⁷, è automatica e generalizzata, cioè con effetti immediatamente conseguenti all'interdizione per tutte le gare in corso e future, diverse cioè dalla procedura nell'ambito della quale il comportamento dell'imprenditore si è concretizzato.

Il nostro esame verte, in questa sede, sui motivi di esclusione disciplinati all'art. 80 del codice dei contratti pubblici. Più in particolare, nel comma 1 di tale norma sono stati trasposti i motivi di esclusione qualificati come obbligatori dal legislatore UE, connessi a provvedimenti definitivi del giudice penale, mentre nel comma 5 sono confluiti i motivi di esclusione facoltativi⁸⁸. Innanzitutto, da un raffronto tra le norme nazionali e la direttiva 2014/24/UE risulta che il numero delle cause di esclusione previste dall'art. 80 del codice dei contratti pubblici è superiore a quello delle cause di esclusione elencate nell'art. 57 della direttiva⁸⁹, come preciseremo, mediante esempi, qui di seguito.

Per quanto riguarda i motivi di esclusione di cui al comma 1, la lett. b-bis), introdotta dal d.lgs. n. 56/2017, e la lett. g) operano un riferimento a due categorie di reati non espressamente previste all'art. 57, par. 1 della direttiva 2014/24/UE: si tratta, rispettivamente, dei reati di cui agli artt. 2621 e 2622 del c.c., in tema di false comunicazioni sociali, e di «ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione». Sulla base di quanto scritto sopra nel § 2, nella misura in cui questi motivi non attingono alle *qualità professionali* dell'operatore economico – ma, al contrario, alla integrazione di alcune fattispecie incriminatrici – non sembrano porsi particolari criticità in punto di attuazione dell'art. 57 della direttiva sotto il profilo della tassatività.

Venendo all'esame dell'attuazione delle cause facoltative di esclusione⁹⁰,

⁸⁷ Com'è noto, ai sensi dell'art. 213, comma 10 del codice dei contratti pubblici, il casellario informatico rappresenta una banca dati, istituita presso l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e gestita dall'ANAC, che raccoglie «tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80». Il procedimento di annotazione nel casellario informatico è disciplinato dal regolamento per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art. 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici, di cui alla delibera n. 861 del 2 ottobre 2019, modificato con decisione del Consiglio dell'ANAC del 29 luglio 2020, in *GU Serie Generale* n. 225 del 10 settembre 2020, p. 13 ss.

⁸⁸ A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e app.*, 2017, p. 763 ss., p. 769.

⁸⁹ Si veda in questo senso A. LONGO-E. CALZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 76. Peraltro, anche nell'ordinamento italiano, vige il principio di tassatività delle cause di esclusione, oggi sancito dall'articolo 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici, su cui si vedano A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, cit., p. 773; E. SANTORO, *Tassatività delle cause di esclusione*, in *l'Amministrativista.it*, 28 maggio 2020, par. 1; C. CRAVERO, *Protocolli di legalità o Patti di Integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1459 ss.

⁹⁰ È stato sottolineato in dottrina che questa distinzione, tracciata dalla direttiva 2014/24/UE, non è stata fatta propria dall'ordinamento italiano dato che, ove risultino integrati i motivi di esclusione indicati da tale disposizione, le amministrazioni aggiudicatrici italiane sarebbero *tenute* a escludere l'operatore economico; in questi termini si veda A. LONGO-E. CALZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 76. A ben vedere, a prescindere dall'*incipit* del comma 5 («[I]e stazioni appaltanti *escludono* dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora [si trovi in una delle situazioni di seguito indicate]»), le amministrazioni aggiudicatrici devono godere di un margine di discrezionalità in relazione alla valutazione sulla sussistenza delle situazioni menzionate al comma 5 dell'articolo 80 tali da ingenerare l'esclusione dell'operatore economico, in forza dei principi

in considerazione delle riflessioni svolte *supra* e della prospettiva di indagine di questo lavoro⁹¹, assumono particolare rilievo, nel codice dei contratti pubblici, da un lato, il motivo indicato nell'art. 80, comma 5, lett. f-ter), che riguarda «l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti», e, dall'altro lato, le disposizioni che attengono all'escussione della cauzione provvisoria, di cui all'art. 93⁹². Entrambe le disposizioni sono state novellate dal d.lgs. n. 56/2017. Si tratta di due profili, quello della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione facoltative e quello della sovra-regolamentazione (c.d. *gold-plating*⁹³), strettamente connessi.

Sotto il primo profilo, è possibile sostenere che il motivo di esclusione indicato nell'art. 80, comma 5, lett. f-ter) non trova esatta corrispondenza in nessuno dei motivi previsti dalla direttiva 2014/24/UE, la quale si riferisce, in parti-

sanciti nella sentenza *Meca Srl* e conformemente a quanto avviene in relazione alle corrispondenti previsioni dell'art. 57, par. 4, della direttiva, come rilevato dalla dottrina; si vedano A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., p. 293; C. GUCCIONE, *I requisiti degli operatori economici*, in *Gioirn. dir. amm.*, 2016, p. 495 ss., p. 496; C. DE PORTU, *I motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici (limitatamente a quelli) rivisitati dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto "sblocca cantieri") convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55*, in *Riv. trim. app.*, 2019, p. 1171 ss., p. 1172.

⁹¹ Come chiarito in apertura del presente § (vedi *supra* nota n. 86), l'analisi condotta in questa sede non esaurisce la più ampia tematica della compatibilità dell'attuazione della direttiva 2014/24/UE nell'ordinamento italiano.

⁹² Cfr. comma 1: «L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente».

⁹³ Sulla definizione di *gold plating*, cfr. *ex multis* raccomandazione della Commissione riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno, SEC(2004) 0918 def., considerando n. 6; comunicazione "Legiferare con intelligenza nell'Unione europea", COM(2010), 543 final, par. 2.1; "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", COM(2011) 15 final, par. 2; comunicazione "Legiferare meglio per ottenere risultati migliori — Agenda dell'UE", COM(2015), 215 final, par. 3.3. In dottrina si vedano, *ex multis*, S. WEATHERILL, *Harmonisation: How Much, How Little?*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 533 ss., pp. 538-541; P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 583 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 29 ss.; S. TREUMER-M. COMBA, *Chapter 14: Trends in the implementation of Directive 2014/24: minimalism and narrow interpretations*, in S. TREUMER-M. COMBA (a cura di), *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 308-328, spec. pp. 311-315; L. SQUINTANI, *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 13 ss. Il divieto di *gold plating*, com'è noto, oltre ad essere prescritto dall'art. 1, comma 1, lett. a) della legge delega n. 11/2016, è stato sancito in termini generali, con la novella del 2012, all'art. 14, commi 24-bis, 24-ter, e 24-quater della legge n. 246/2005, per poi essere ribadito dall'art. 32, comma 1, lett. c) della legge n. 234/2012. Sulla base di questo quadro normativo nazionale, la Corte costituzionale italiana ha recentemente sottolineato che, benché il termine *gold plating* compaia negli atti adottati dalla Commissione qui sopra menzionati, «il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie [...] non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati (salvo che per le norme direttamente applicabili)» (cfr. Corte Cost., sentenza n. 100/2020, *Considerato in diritto*, punto n. 4).

colare, nell'art. 57, par. 4, lett. h), all'ipotesi in cui «l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59»⁹⁴. Tale motivo di esclusione indicato nella direttiva non si riferisce in alcun modo all'iscrizione in un qualche casellario, ma riguarda l'ipotesi in cui nella procedura di gara in corso siano state rese le false dichiarazioni in questione⁹⁵ e trova trasposizione, all'interno dell'ordinamento italiano, nell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), del codice dei contratti pubblici, laddove è, appunto, previsto che venga escluso «l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere».

L'ipotesi dell'iscrizione nel casellario informatico non potrebbe neppure farsi rientrare nel motivo di esclusione più generale di cui all'art. 57, par. 4, lett. d), della direttiva 2014/24/UE, relativo a «gravi illeciti professionali» dell'operatore economico. Infatti, com'è stato notato in dottrina, la direttiva individua, in realtà, accanto alla categoria generale dei gravi illeciti professionali, nelle altre lettere dell'articolo 57, par. 4, alcuni casi specifici che tipizzano singole ipotesi di gravi illeciti professionali⁹⁶, mentre la lett. d) rimane destinata a coprire ipotesi di illeciti professionali oggettivamente diversi da quelli tipizzati. Nella specie, la presentazione di false dichiarazioni è stata, appunto, tipizzata nella lett. h) dell'articolo 57, par. 4, che non ricomprende l'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter) del codice dei contratti pubblici. D'altra parte, nella giurisprudenza interna viene dimostrato che il motivo di esclusione in discorso non è collegato esclusivamente all'esistenza di un grave illecito professionale poiché si ritiene che, solo in caso di iscrizione nel casellario, la circostanza, anche ove esistente, possa essere valutata dall'amministrazione aggiudicatrice⁹⁷. Pertanto, il motivo dell'esclusione non è il presunto grave illecito professionale in sé, ma il fatto che esso sia stato iscritto nel casellario. Esso non potrebbe nemmeno rientrare nella discrezionalità degli Stati membri poiché, in analogia con quanto deciso dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Forposta*⁹⁸, il citato motivo di esclusione previsto dalla disciplina italiana, che potrebbe attenersi soltanto alla «qualità professionale», non può essere ammesso in quanto esula dall'elenco tassativo contenuto nella direttiva 2014/24/UE. Sembra quindi potersi sostenere che, anche a prescindere dalle considerazioni che verranno svolte nel prosieguo in merito al carattere automatico e alla portata di una siffatta esclusione, il motivo di esclusione oggi sancito all'art. 80, comma 5, lett. f-ter) del codice dei contratti pubblici sembra porsi in contrasto con il testo e con la *ratio* del-

⁹⁴ Infatti, ai sensi del terzo comma del par. 1 dell'art. 59, che disciplina il documento di gara unico europeo (DGUE), è previsto che il DGUE debba indicare, tra l'altro, l'autorità pubblica o il terzo responsabile per determinare il documento complementare ed includere una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico sarà in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti complementari. Com'è noto, il DGUE consiste, in breve, in un'autodichiarazione – da fornire esclusivamente in forma elettronica – che l'operatore economico può presentare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi e in cui si conferma di non trovarsi in una delle situazioni di cui all'articolo 57 ed il soddisfacimento dei criteri di selezione definiti dall'art. 58.

⁹⁵ Cfr. CGUE, *Esaprojekt*, 4 maggio 2017, C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338.

⁹⁶ Si veda S. VAN GARSE-S. DE MARS, *Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive*, cit.

⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5365.

⁹⁸ Sentenza *Forposta*, cit., punto 38.

la direttiva 2014/24/UE. Ne consegue che, nella misura in cui non pare possibile risolvere l'antinomia mediante lo strumento dell'interpretazione conforme, le amministrazioni aggiudicatrici e i giudici nazionali non dovrebbero fare applicazione della disposizione in discorso, *rectius*, dovrebbero disapplicarla.

Veniamo all'esame del secondo profilo sopra individuato: la questione è quella dell'escussione della cauzione, considerato che gli operatori economici che partecipano alle procedure di evidenza pubblica sono tenuti, per legge, a prestare cauzioni provvisorie a garanzia della serietà della propria offerta⁹⁹. Va, dunque, verificato se l'esclusione disposta ai sensi dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici – e, per quanto qui interessa, dal comma 5, lett. f-ter) – comporti anche, quale conseguenza accessoria, l'incameramento della garanzia provvisoria rilasciata in favore della stazione appaltante.

In proposito, l'art. 93, comma 6, del codice dei contratti pubblici disponeva che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione definitiva, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo». Nella versione attualmente in vigore, risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 59, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 56/2017, l'art. 93, comma 6 stabilisce, al contrario, che la garanzia provvisoria «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159». Attraverso le modifiche introdotte da quest'ultima novella, per un verso, è stato eliminato ogni riferimento alla condotta colpevole dell'agente e, per altro verso, all'ipotesi di «mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario» è stata affiancata l'«adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».

Ora, l'escussione delle cauzioni provvisorie prestate ai fini della partecipazione dell'operatore economico alle procedure di gara, quale effetto del provvedimento inibitorio preclusivo/espulsivo¹⁰⁰, non è prevista dalla direttiva 2014/24/UE. Nella prospettiva dei rapporti tra ordinamento nazionale e diritto UE, in particolare dal punto di vista dell'obbligo per gli Stati membri di recepire le direttive senza minarne il contenuto e le finalità, questa previsione appare in contrasto con il divieto, di origine europea, di sovra-regolamentazione o *gold plating*. Questo divieto si sostanzia nell'obbligo di astensione, per gli Stati membri, di «aggiungere, negli atti nazionali d'attuazione, condizioni o prescrizioni non necessarie per recepire l[e] direttiv[e] [...] quando tali condizioni o prescrizioni sono atte ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall[e] direttiv[e]»¹⁰¹. Il fenomeno della sovra-regolamentazione, difatti, ha sottolineato la Commissione, «si traduce spesso in ulteriori oneri normativi o amministrativi per le imprese, che incidono in particolare sulle PMI»¹⁰².

⁹⁹ Cfr. art. 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁰⁰ Vedi § 5 che segue.

¹⁰¹ Cfr. raccomandazione della Commissione riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno, SEC(2004) 0918 def.

¹⁰² Cfr. comunicazione "Individuare e affrontare le barriere al mercato unico", COM(2020) 93 final. Meno recentemente cfr. comunicazione "Legiferare con intelligenza nell'Unione europea", COM(2010), 543 final; "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di ap-

La pervasività del divieto di *gold plating* si accresce nel contesto di norme *self-executing* di una direttiva, quale è l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, dato che, come sopra illustrato, si riduce il margine di discrezionalità degli Stati, non solo sul piano legislativo, ma anche sul piano amministrativo e giudiziario, nel conformarsi alla direttiva¹⁰³. Tale divieto, peraltro, com'è noto, è sancito anche nell'ordinamento italiano¹⁰⁴ ed è stato espressamente richiamato nella legge delega n. 11/2016, sulla base della quale è stato emanato il codice dei contratti pubblici¹⁰⁵. L'escussione delle cauzioni provvisorie rientra, certamente, nell'ambito di tale regolazione superflua, specialmente ove si consideri, da un lato, che la sua applicazione avviene, ad oggi, nella prassi, in maniera generalizzata e automatica, come descritto nel § 5, e, dall'altro, che essa consegue anche ad un motivo di esclusione, quale quello di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), del codice dei contratti pubblici, previsto dal legislatore italiano in violazione del principio di tassatività dei motivi di esclusione.

Viene, inoltre, in rilievo, al riguardo, l'art. 80, comma 12, corrispondente al previgente art. 38, comma 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e strettamente connesso con la causa di esclusione di cui alla lett. f-ter) del comma 5 dello stesso articolo. In forza dell'art. 80, comma 12, su segnalazione della stazione appaltante, l'ANAC ha il potere, ove ritenga che false dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti in causa, di disporre l'iscrizione nel casellario informatico. L'iscrizione comporta l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni. Si tratta di un periodo di tempo massimo, decorso il quale, l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia. Al riguardo, va notato che la disposizione in esame nulla prevede, espressamente, in merito alla possibilità di tener conto delle misure correttive adottate dall'impresa¹⁰⁶.

È in questo contesto che assume rilevanza il supposto automatismo dell'ope-

palti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", COM(2011) 15 final; comunicazione "Legiferare meglio per ottenere risultati migliori — Agenda dell'UE", COM(2015), 215 final.

¹⁰³ Vedi *supra* § 2.

¹⁰⁴ Cfr. art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, per come novellato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183, che, nel comma 24-bis, dispone che «gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse». Il comma 24-ter specifica cosa si intende per «livelli di regolazione superiore a quelli minimi richiesti dalle direttive». Essenzialmente, la «regolazione superflua» si ottiene attraverso: «l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive» (lett. a.); «l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari» (lett. b); «l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive» (lett. c.).

¹⁰⁵ L'art. 1, comma 1, lett. a), infatti, prevede espressamente il «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive». Sull'attuazione in Italia delle direttive, si vedano P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di "gold plating" e "copy out"*, cit.; M.P. CHITI, *Le direttive 2014 dell'Unione europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, cit., p. 114 ss.; M. COMBA-S. RICETTO, *Chapter 7: Transposition of the 2014 Public Procurement Package in Italy: meeting the deadline without really doing so*, in S. TREUMER-M. COMBA (a cura di), *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*, cit., pp. 135-153.

¹⁰⁶ Come verrà precisato *infra*, § 5, ugualmente «silenti» sul punto risultano essere sia il Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità sia il Regolamento per la gestione del casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'articolo 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici.

rare della causa di esclusione prevista nell'art. 80, comma 5, lett. f-ter), del codice dei contratti pubblici, come affermato nella giurisprudenza amministrativa italiana illustrata nei §§ che seguono. Senza anticipare troppo quanto sarà chiarito nel prosieguo dell'analisi, un simile automatismo, precludendo qualunque valutazione concreta alla stazione appaltante e imponendole di escludere sempre e comunque il concorrente, si pone in contrasto con l'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, letto alla luce della giurisprudenza della CGUE¹⁰⁷.

Per quel che concerne la disciplina del *self-cleaning*, sul piano del diritto italiano, essa si trova racchiusa nell'art. 80, commi 7 e 8, del codice dei contratti pubblici. Il comma 7 prevede che «un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti»¹⁰⁸. Il comma 8 stabilisce che «se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa, dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico».

Rispetto a quanto previsto dall'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, la possibilità per un operatore economico, escluso sulla base di un motivo di esclusione obbligatorio, di esercitare il diritto al *self-cleaning* ai sensi dell'art. 80, parr. 7 e 8, del codice dei contratti pubblici, appare limitata¹⁰⁹. Come emerge dal tenore letterale della disposizione qui sopra riportata, infatti, quanto alle esclusioni legate ai motivi di cui al comma 1 dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici, è necessario che la sentenza definitiva di condanna abbia imposto una pena detentiva non superiore a diciotto mesi oppure sia stata riconosciuta all'operatore economico l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato.

La dottrina ha già evidenziato che la limitazione sopra descritta non trova fondamento nella disciplina UE¹¹⁰. Ora, alla luce dell'analisi svolta nel § precedente, occorre domandarsi se una siffatta compressione del diritto al *self-cleaning* sia compatibile con il testo e la *ratio* della direttiva 2014/24/UE e, segnata-

¹⁰⁷ Cfr. Sigma, Brief 24 - *Public Procurement Use of Official Automatic Exclusion Lists in Public Procurement*, EU/OECD, www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-24-200117.pdf.

¹⁰⁸ Per una disamina delle possibili misure correttive che l'operatore economico potrà adottare per evitare l'esclusione dalla procedura di gara, misure che varieranno a seconda della ipotesi di esclusione in rilievo nel caso concreto, si veda I. DEMURO, *Self cleaning e organizzazione della impresa sociale*, in corso di pubblicazione sulla *Rivista delle Società*.

¹⁰⁹ In questo senso, in dottrina, si vedano *ex multis* A. LONGO-E. CALZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 77; C. GUCCIONE, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 724 ss., p. 726; C. DE PORTU, *I motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici (limitatamente a quelli) rivisitati dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto "sblocca cantieri") convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55*, cit., p. 1196.

¹¹⁰ C. GUCCIONE, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 724 ss., p. 726, nota 10. Cfr. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., par. 2.2.2., dove, nel commentare la disciplina UE, viene affermato che, sulla base di questa, «non possono esservi, almeno in via di ipotesi, decisioni di esclusione allo stesso tempo automatiche e non rimediabili».

mente, con l'art. 57. Come illustrato dai giudici del *Kirchberg* nella sentenza *RTS*, infatti, «prevedendo che un operatore economico possa fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione che lo riguarda»¹¹¹, l'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE è direttamente efficace, conferendo un diritto in capo agli operatori economici e addossando agli Stati membri un'obbligazione di risultato che non dipende, per la sua realizzazione, dalla trasposizione della disposizione nel diritto interno¹¹². Come rilevato *supra*, la norma prescrive, in modo sufficientemente preciso e incondizionato e indipendentemente dalle sue concrete modalità di applicazione, «un livello minimo di tutela indipendentemente dal margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri nella determinazione delle condizioni procedurali di tale disposizione»¹¹³. Questo diritto, peraltro, come emerge dall'*incipit* dell'art. 57, par. 6, è conferito in capo a ciascun «operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4», senza che considerazioni in punto di determinazione della pena in concreto possano incidere sulla titolarità dello stesso.

Ebbene, si pone la seguente questione: un operatore economico escluso sulla base di una delle previsioni di cui all'art. 80, comma 1, del codice dei contratti pubblici, oggetto di una condanna definitiva a una pena detentiva superiore a mesi diciotto, potrebbe invocare direttamente innanzi ad un giudice nazionale il diritto al *self-cleaning* sancito dalla direttiva UE, nell'impossibilità di avvalersi della corrispondente disposizione di attuazione nell'ordinamento italiano? A questo interrogativo, alla luce degli insegnamenti della sentenza *RTS*, va risposto in senso affermativo. Il margine di manovra lasciato agli Stati membri non può certamente pregiudicare l'effetto utile dell'art. 57, par. 6, della direttiva, con la conseguenza che l'amministrazione aggiudicatrice e i giudici italiani saranno tenuti a non applicare l'art. 80, comma 7, dando precedenza alla corrispondente disposizione UE.

In conclusione, l'attuazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE nell'ordinamento italiano, per come si declina nel codice dei contratti pubblici, solleva molteplici criticità. Nel presente § sono state illustrate le più significative, le quali risultano connesse alla possibilità per l'operatore economico di esercitare il diritto al *self-cleaning*. Innanzitutto, in relazione alla previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), si è dato atto di come, rappresentando un motivo di esclusione facoltativo introdotto dal legislatore italiano in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione¹¹⁴, il rimedio della disapplicazione ad opera delle amministrazioni aggiudicatrici e dei giudici nazionali sembra poter trovare attuazione. È stato poi rilevato il contrasto con il divieto di *gold plating* della disposizione di cui all'art. 93 del codice dei contratti pubblici, rinviando al § seguente per l'analisi circa la relativa prassi giurisprudenziale. Infine, benché sia stato sostenuto che l'introduzione di motivi di esclusione obbligatori aggiuntivi – rispetto al testo della direttiva – come quelli oggi previsti dall'art. 80, comma 1, del codice dei contratti pubblici non ponga particolari perplessità in punto di tassatività, d'altra parte, la limitazione all'esercizio del diritto al *self-cleaning* in relazione a tali ipotesi, prescritta

¹¹¹ Sentenza *RTS*, cit., punto 48.

¹¹² Sentenza *RTS*, cit., punti 48-50.

¹¹³ Sentenza *RTS*, cit., punto 49.

¹¹⁴ Vedi *supra* § 2.

dal comma 7 della norma, non appare porsi in linea con il diritto dell'Unione. Al riguardo, abbiamo sottolineato che la recente sentenza *RTS* cristallizza, una volta per tutte, un punto fermo: il diritto, per l'operatore economico, di invocare immediatamente e direttamente l'art. 57, par. 6, della direttiva. Alla luce del quadro normativo fin qui descritto e delle criticità sopra evidenziate, nei due §§ seguenti sarà approfondito lo studio della pertinente prassi giurisprudenziale e regolatoria. Una prassi che rende palese e accentua i profili d'incompatibilità tra ordinamento italiano e ordinamento UE. Al riguardo, tuttavia, quanto alla prassi giurisprudenziale, va precisato che, recentissimamente, l'orientamento prevalente è stato messo in discussione dal TAR Bologna, con le sentenze n. 446, n. 447 e n. 452 del 2021. Pochi giorni prima, peraltro, un certo ripensamento era stato avviato dal Consiglio di Stato, seppure solo in sede cautelare ¹¹⁵.

5. La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in merito all'interdizione delle imprese dalla partecipazione alle procedure di gara, oggi

Occorre ora soffermarci sulla prassi amministrativa/regolatoria posta in essere dall'ANAC e sulla giurisprudenza amministrativa, alle quali abbiamo già fatto riferimento nei §§ precedenti.

Viene, innanzitutto, in rilievo la questione della natura e della funzione del provvedimento interdittivo dell'ANAC che, secondo la giurisprudenza amministrativa in discorso, costituisce una misura restrittiva che riguarda non solo la singola gara in relazione alla quale la segnalazione è intervenuta ma, più in generale, tutte le gare per contratti pubblici, in atto o future e per il tempo in cui opera l'effetto impeditivo ¹¹⁶. Il provvedimento interdittivo ANAC, secondo questa giurisprudenza, «incide sulla capacità settoriale di agire dell'impresa perché comunque presunta sospettabile di inaffidabilità morale in tema di gare pubbliche», risolvendosi in «una seria misura di prevenzione settoriale e generale de futuro», priva, tuttavia, della natura e della funzione sanzionatoria ¹¹⁷. In relazione a quest'ultimo carattere, possono tuttavia annoverarsi, in senso contrario, sia alcune pronunce dei giudici amministrativi ¹¹⁸ sia alcune prese di posizione da parte della stessa ANAC ¹¹⁹ sia, infine, i principi elaborati dalla

¹¹⁵ Cfr., rispettivamente, TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446, n. 447 e n. 452 e Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 2021, n. 2163. Su queste pronunce vedi *infra*, *Addendum*.

¹¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4427; Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4652; TAR Campania, Salerno, sez. I, 28 febbraio 2020, n. 318; TAR Lazio, Roma, sez. I, 7 gennaio 2020, n. 70; TAR Campania, Napoli, sez. III, 27 novembre 2019, n. 5593.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 17 febbraio 2020, n. 2077; TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 novembre 2019, n. 13537; TAR Lazio, Roma, sez. I, 11 settembre 2019, n. 10837; TAR Veneto, sez. I, 27 febbraio 2020, n. 193.

¹¹⁹ Cfr. articolo 33 del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 8, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, e, ora, gli articoli 35-37 del Regolamento per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 213, comma 10, d.lgs. n. 50/2016.

Corte europea dei diritti umani nella sua giurisprudenza¹²⁰. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione del provvedimento ANAC, pertanto, sulla base del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara¹²¹, è stato affermato che «la sanzione non produce un mero effetto preclusivo, ma altresì espulsivo»¹²².

Il Consiglio di Stato ha precisato presupposti e conseguenze dell'interdittiva ANAC. Da un lato, è stata ritenuta coerente e proporzionata la prassi ANAC secondo cui essa «valut[a] in concreto i ponderati termini per cui, in forza dei fatti accertati correlati all'omissione e in genere alle finalità proprie degli appalti pubblici, l'impresa va collocata in condizione presuntiva di indegnità a competere»¹²³. Per quanto riguarda le conseguenze di tale atto, dall'altro lato, il Consiglio di Stato ha precisato che il provvedimento interdittivo ha sia «effetti preventivi diretti»¹²⁴, già menzionati, sia «effetti immediati indiretti». Più in particolare, questi ultimi consistono nella perdita, nelle more di una diversa procedura di gara, della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione, e nell'obbligo di rappresentare tale circostanza alla stazione appaltante¹²⁵.

Per quel che concerne l'art. 80, comma 5, lett. f-ter), nonostante il tenore testuale del successivo comma 7, già esaminato *supra*, e le considerazioni che tale disposizione suscita e sono state ivi svolte¹²⁶, nella giurisprudenza amministrativa è stato affermato che la sanzione interdittiva «determina, necessariamente, l'incapacità a contrarre con riferimento allo specifico contratto di appalto cui era preordinata la procedura di gara [...] senza che alla stazione appaltante residui alcun margine di discrezionalità in ordine all'adozione del provvedimento espulsivo»¹²⁷. Una simile impostazione, con formulazioni analoghe, è presente in diverse altre pronunce¹²⁸. In altri termini, sebbene il motivo di esclusione sancito all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), del d.lgs. n. 50/2016 sia aggiuntivo rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2014/24/UE, la giurisprudenza interna ritiene che, in presenza di un'iscrizione nel casellario informatico ANAC, non sussista in effetti alcuna possibilità di valutare se l'esclusione

¹²⁰ Cfr. CEDU, *Engel c. Pays-Bas*, 8 giugno 1976, punto 36. Si fa generalmente riferimento a questa giurisprudenza discorrendo di «criteri Engel». Benché la puntuale disamina di questi criteri esuli dallo scopo della presente indagine, si veda quanto sarà rilevato *infra* nel § 6.

¹²¹ Principio che la medesima giurisprudenza riferisce «a tutti i requisiti generali e speciali di partecipazione e postula che gli stessi siano posseduti senza soluzione di continuità dal momento della presentazione della domanda di partecipazione all'aggiudicazione e per tutta la fase di esecuzione, qualora l'impresa sia aggiudicataria dell'appalto» (in questo senso si vedano, recentemente, Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8021; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2020, n. 2397; Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1918; Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514; Cons. Stato, ad. plen., 28 febbraio 2016, n. 5).

¹²² Cfr. TAR Veneto, sez. I, 27 febbraio 2020, n. 193; TAR Campania, Napoli, sez. III, 27 novembre 2019, n. 5593; TAR Campania, Napoli, sez. III, 8 giugno 2018, n. 3856; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 29 luglio 2020, n. 1665.

¹²³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4427.

¹²⁴ Vale a dire, l'inibizione o la sospensione della possibilità di partecipare alle gare indette dopo l'iscrizione, per tutto il periodo di durata dell'efficacia di quest'ultima.

¹²⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 386.

¹²⁶ Vedi *supra* § 4.

¹²⁷ Cfr. TAR Veneto, sez. I, 27 febbraio 2020, n. 193; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 29 luglio 2020, n. 1665.

¹²⁸ Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15 novembre 2019, n. 2421; Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4427; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 8 giugno 2018, n. 3856.

generalizzata sia una misura giustificata da un rapporto di proporzionalità rispetto al comportamento rilevante¹²⁹. Per meglio comprendere le conseguenze in termini concreti di questo orientamento, si consideri anche che, nella prassi giurisprudenziale italiana, alla «falsa dichiarazione» di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter) viene equiparata l'omissione di una dichiarazione¹³⁰.

Con specifico riferimento al diritto al/all'obbligo di *self-cleaning*, un profilo di particolare importanza è rappresentato dal «carattere automatico» dell'esclusione dalle procedure di gara che si realizza in forza del provvedimento interdittivo ANAC, secondo la giurisprudenza prevalente qui sopra richiamata. Di più, il Consiglio di Stato ha anche sancito che «[i]l ricorso al contraddittorio e quindi la valutazione delle misure di *self-cleaning* presuppone [...] il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, e quindi in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente»¹³¹. Diversamente, è stato sostenuto, «si incentiverebbe la condotta "opaca" delle concorrenti, che non avrebbero alcun interesse a dichiarare fin dall'inizio i "pregiudizi", rendendo possibile la violazione del principio di trasparenza e di lealtà che deve invece permeare tutta la procedura di gara»¹³². Si è anche anticipato, infine, che, da un lato, l'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 non prevede espressamente la possibilità di tener conto delle misure correttive adottate dall'impresa e che, dall'altro lato, i regolamenti ANAC – sia il Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità, sia il Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 – sono silenti sul punto.

Benché non riguardino precisamente l'ipotesi di esclusione facoltativa disciplinata alla lett. f-ter) del comma 5 – oggetto di approfondimento in questo lavoro –, merita di essere ricordato che, in relazione ai motivi di esclusione legati alla integrazione di un grave illecito professionale, l'ANAC ha adottato le Linee guida n. 6¹³³, che dedicano un paragrafo alle misure di *self-cleaning*. Come si vedrà più in dettaglio nell'*Addendum*, alcuni dei principi sanciti nelle Linee Guida, adottate per dare attuazione alle fattispecie individuate alla lett. c) del comma 5 dell'art. 80¹³⁴ esercitando la facoltà prevista dal comma 12 del

¹²⁹ Cfr. TAR Veneto, n. 193/2020; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 29 luglio 2020, n. 1665. In senso conforme, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15 novembre 2019, n. 2421; Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4427; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 8 giugno 2018, n. 3856.

¹³⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7271.

¹³¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Linee guida n. 6, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, come ss. mm. ii. In generale su questo strumento di regolazione, si vedano *ex multis* P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e "soft law" nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *GiustAmm.it*, 2, 2017, p. 4 ss.; R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, in *GiustAmm.it*, 2, 2017, p. 7 ss.; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, cit., p. 770 ss.; e L. MAZZEO-L. DE PAULI, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. e app.*, 2018, p. 155 ss.

¹³⁴ La disposizione richiamata nel testo recita «Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare

medesimo art., sono stati considerati rilevanti in relazione ad esclusioni conseguenti all'iscrizione nel casellario informatico ANAC¹³⁵. A fianco dell'enumerazione di una serie di misure potenzialmente idonee ad evitare l'esclusione¹³⁶, nelle Linee Guida viene prescritto, da un lato, che l'adozione delle misure di ravvedimento operoso deve intervenire «entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la [Società organismi di attestazione (SOA)]»¹³⁷; e, dall'altro lato, che «[n]el DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate»¹³⁸. In relazione alla valutazione ad opera della stazione appaltante circa le misure adottate, viene altresì precisato che le valutazioni «sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico»¹³⁹, che «[l]a decisione assunta deve essere adeguatamente motivata»¹⁴⁰ e che le misure di *self-cleaning* adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione sono «valuta[te] con massimo rigore»¹⁴¹.

Ciò detto, l'amministrazione italiana, per voce dell'ANAC, e la giurisprudenza amministrativa maggioritaria sembrano negare, assegnando carattere automatico all'esclusione fondata sul provvedimento interdittivo e nulla prevedendo nei due Regolamenti sopra menzionati in relazione alla possibilità di adottare misure di ravvedimento operoso, che l'ordinamento italiano, ad oggi, attribuisca al *self-cleaning* carattere strutturale quale meccanismo essenziale nell'ambito dei pubblici appalti, in stridente contrasto con i principi sanciti dalla Corte di Giustizia nelle recenti sentenze *RTS* e *Rad Service*¹⁴². Ciò, inoltre, a prescindere da una duplice circostanza, già brevemente menzionata, che appare idonea ad esacerbare questa situazione. Per un verso, può accadere che l'iscrizione nel casellario sia conseguenza dell'omissione di una dichiarazione – per la quale l'operatore economico è già stato, a suo tempo, escluso dalla gara in questione – anziché di una falsa dichiarazione in senso stretto. Per altro verso, ci si trova nell'ambito di ipotesi nuove rispetto a quelle previste

adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto».

¹³⁵ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446, n. 447 e n. 452, punto 6.6.

¹³⁶ Cfr. Linee Guida n. 6, punto 6.3., che, in aggiunta alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito, elenca le seguenti ipotesi: «1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative; 2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale; 3. la rinnovazione degli organi societari; 4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; 5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo».

¹³⁷ Cfr. Linee Guida n. 6, punto 6.2.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Cfr. Linee Guida n. 6, punto 6.4.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Cfr. Linee Guida n. 6, punto 6.5.

¹⁴² Vedi *supra* § 3. La questione della compatibilità dell'attuazione della direttiva 2014/24/UE in Italia con l'ordinamento UE è più approfonditamente esaminata nel § 6 che segue.

nell'art. 57, par. 6, della direttiva 2004/24/UE: alla luce di quanto rilevato nei §§ 2, 3 e 4, sembra evidente che uno Stato il quale, come l'Italia, abbia introdotto nel proprio ordinamento un nuovo motivo di esclusione, non possa ritenersi esente dall'obbligo di assicurare il diritto al *self-cleaning* all'operatore economico. Quest'ultimo, difatti, verrebbe escluso con specifico riguardo a tale nuovo motivo, a differenza di quanto previsto dalla direttiva in relazione agli altri motivi di esclusione. Non vi è dubbio che il meccanismo riparatorio della moralità professionale delle imprese, dovendo essere sempre assicurato, non possa essere disatteso, *a fortiori*, proprio in relazione a questa ipotesi, per i motivi che saranno illustrati nel § che segue ¹⁴³.

Un secondo profilo riguardante la prassi giurisprudenziale italiana che merita attenzione concerne l'efficacia temporale delle misure di *self-cleaning*. Più in particolare, va verificato se sia compatibile con il diritto UE la teoria formulata dalla giurisprudenza amministrativa italiana ¹⁴⁴, secondo cui tali misure debbono essere state poste in essere prima di – oppure contestualmente a – presentare la domanda di partecipazione a una procedura di gara affinché la stazione appaltante possa prenderle in considerazione ¹⁴⁵.

Un terzo filone giurisprudenziale che viene in rilievo riguarda l'art. 93, comma 6, del codice dei contratti pubblici, illustrato nel § 4, ove sono state sottolineate le criticità in punto di violazione del c.d. divieto di *gold-plating*. La giurisprudenza amministrativa ha recentemente sancito che la garanzia provvisoria opera anche nel caso di mancanza dei requisiti di ordine generale e speciale, dichiarati in sede di partecipazione alla gara, in quanto tale carenza integrerebbe la nozione di «fatto riconducibile all'affidatario» e precluderebbe, quindi, la sottoscrizione del contratto ¹⁴⁶. È stato altresì osservato che tale norma colloca l'escusione della garanzia provvisoria nella fase successiva all'aggiudicazione, benché prima della stipula del contratto ¹⁴⁷. Per altro verso, la garanzia non potrebbe essere escussa nelle ipotesi in cui l'esclusione per difetto del requisito generale previsto dall'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 venga disposta prima che sia intervenuta l'aggiudicazione ¹⁴⁸. Un siffatto orientamento è problematico laddove sia considerato nel contesto del sistema di esclusione automatica e generalizzata risultante dalla prassi sopra brevemente illustrata ¹⁴⁹.

Come anticipato, in relazione alla prassi giurisprudenziale descritta fin qui si sono recentemente registrati alcuni sviluppi degni di nota. Da un lato, l'assimilazione tra «falsa dichiarazione» ex art. 80, comma 5, lett. f-ter) ed omissio-

¹⁴³ Vedi § 6.

¹⁴⁴ Questo profilo sarà analizzato nel § 6.

¹⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 9 febbraio 2021, n. 380.

¹⁴⁶ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 5 febbraio 2020, n. 1553; TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 4 marzo 2019, n. 2838; TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 23 gennaio 2019, n. 900; TAR Piemonte, sez. I, 23 marzo 2020, n. 207; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 14 maggio 2019, n. 775.

¹⁴⁷ In altri termini, la garanzia provvisoria, per un verso, sanzionerebbe le sole ipotesi in cui, anche per la mancanza dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione e negativamente verificati, non sia possibile, «dopo l'aggiudicazione» (cfr. art. 93, d.lgs. n. 50/2016), pervenire alla sottoscrizione del contratto. È quindi necessario che tale disposizione sia letta in combinato disposto con gli artt. 36, comma 6 e 85 comma 5 e, soprattutto, 32 del codice dei contratti pubblici, i quali prevedono come obbligatoria, dopo l'aggiudicazione, la verifica dei requisiti del solo aggiudicatario.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Sulla compatibilità di siffatta prassi con il diritto dell'Unione, vedi *infra* § 6.

ne di una dichiarazione sembra essere oggetto di ripensamento. Con ordinanza pubblicata il 23 aprile *u.s.*, infatti, la sez. V del Consiglio di Stato, adito in via cautelare, ha sospeso l'efficacia di una sentenza del Tribunale amministrativo per il Lazio¹⁵⁰ sul presupposto per cui – per quanto interessa in questa sede – non vi sia coincidenza tra le predette due condotte¹⁵¹. Successivamente, la medesima Sezione, con ordinanza pubblicata il 28 maggio ha altresì accolto l'istanza di esecuzione della prima ordinanza, ordinando la sospensione dell'efficacia della sanzione interdittiva¹⁵². Rimane da verificare *se e come* verrà dato seguito a questo principio dalla giurisprudenza amministrativa a venire. Dall'altro lato, alcune sentenze del TAR Bologna, pubblicate il 5 maggio *u.s.*, si sono concentrate sulla compatibilità, con il sistema normativo delineato dalla direttiva 2014/24/UE, dell'esclusione automatica dell'operatore economico basata sul disposto dell'art. 80, comma 5, lett. *f-ter*). Per un esame delle ordinanze del Consiglio di Stato e di queste recenti pronunce si rinvia all'analisi condotta nell'*Addendum*.

6. *Segue: l'incompatibilità con il diritto UE, tra interpretazione conforme e rinvio pregiudiziale*

In attesa di quanto il Consiglio di Stato deciderà nel merito del ricorso per la riforma della suddetta sentenza del TAR Lazio, la prassi descritta fin qui, con l'eccezione delle richiamate sentenze del TAR Bologna, appare foriera di plurime censure in punto di compatibilità con il diritto dell'Unione, tanto con il diritto primario quanto con il diritto derivato.

Ciò detto, nel prosieguo della trattazione ci concentreremo in particolare sulla legittimità della prassi regolatoria/amministrativa e giurisprudenziale dal duplice punto di vista del *self-cleaning* e del rispetto delle principali norme di diritto primario che rilevano, ivi compresi i principi generali del diritto UE, con particolare attenzione al principio di proporzionalità, alla luce del quadro tracciato nei §§ precedenti.

Occorre, in primo luogo, verificare se e come sia possibile assicurare un'interpretazione del diritto nazionale tale da risultare conforme all'ordinamento dell'Unione, considerato il ruolo che il *self-cleaning* riveste nell'ordinamento italiano. L'obbligo/diritto al *self-cleaning* significa necessariamente, quanto all'Italia, in primo luogo, che l'esclusione dell'operatore economico destinatario di una sanzione irrogata ai sensi dell'art. 80, commi 1 e 5 del codice dei contratti pubblici deve essere preceduta da un contraddittorio tra operatore economico e stazione appaltante e, in secondo luogo, che essa dipende dalla valutazione di quest'ultima sulle misure di *self-cleaning* adottate dalla società. Nessun automatismo, pertanto, è ammissibile, come confermato dalla recente sentenza *Rad Service*, ove si legge che, in virtù del principio di proporzionalità, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad «effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato, sulla base di

¹⁵⁰ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 29 marzo 2021, n. 3754.

¹⁵¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 2021, n. 2163. La posizione della sez. V appare fondata su Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 2021, n. 923, e sugli insegnamenti desumibili da Cons. Stato, ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16.

¹⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2021, n. 2858.

tutti gli elementi pertinenti»¹⁵³. L'esclusione, dunque, è certamente possibile, ma altrettanto certamente non può essere automatica: il giudizio sulla possibile rilevanza delle misure riparatorie rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, la quale deve compiere la verifica, caso per caso, in merito al tipo di interventi di carattere risarcitorio oppure di natura tecnica, organizzativa e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

In questo contesto, la prassi giurisprudenziale italiana esaminata nel § 5 precedente, nel considerare che la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), del codice dei contratti pubblici debba operare al di fuori di una valutazione da effettuarsi da parte della stazione appaltante, si pone in contrasto con l'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, letto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁵⁴. Il meccanismo del *self-cleaning*, infatti, allo stato attuale, ad avviso della quasi totalità dei giudici amministrativi italiani, non potrebbe essere invocato dal singolo qualora esista un provvedimento interdittivo e questo sia stato iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara.

Come anticipato, infatti, non vi è alcun dubbio nel ritenere che il meccanismo riparatorio della moralità professionale delle imprese abbia carattere strutturale e vada quindi assicurato anche in relazione all'ipotesi di esclusione facoltativa prevista all'art. 80, comma 5, lett. f-ter). Una conclusione di segno opposto sarebbe illogica, irragionevole ed esiziale per l'applicazione uniforme del diritto UE in tutti gli Stati membri, con conseguenti rischi di discriminazione tra operatori in ragione della diversità di legislazioni e/o prassi giurisprudenziali nazionali¹⁵⁵. Lo snaturamento sarebbe palese se per un motivo nuovo, autonomamente introdotto dal legislatore italiano, il *self-cleaning* non dovesse trovare alcuno spazio. Qualora si ritenga applicabile l'art. 80, comma 12, nella sostanza, nulla cambierebbe. È irrilevante la circostanza che da una lettura di questo comma sia assente un esplicito riferimento al *self-cleaning* per negare che la realizzazione di un tale meccanismo debba essere assicurata. Infatti, l'obbligo d'interpretazione conforme del diritto italiano al diritto UE impone, anche in questo caso, che la direttiva non venga interpretata in maniera tale da snaturarne il contenuto e le finalità. Sarebbe peraltro irragionevole ritenere ammissibile un tale meccanismo per alcune fattispecie esplicitamente individuate nel comma 1 dell'art. 80, aventi rilevanza penalistica, ed escluderne al contrario l'applicazione in relazione a fattispecie che danno luogo all'iscrizione nel casellario informatico, gravi ma prive di rilievo penalistico.

Ora, al netto di quanto rilevato in punto di tassatività dei motivi di esclusione nel § 4, tra i rimedi esperibili per riallineare l'ordinamento italiano al quadro giuridico UE in materia di *self cleaning*, viene sicuramente in rilievo, innanzitutto, l'obbligo d'interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto dell'Unione¹⁵⁶. Obbligo che, com'è noto, è imposto in capo a tutte le autorità degli Stati membri e che, per quanto interessa in questa sede, determinerebbe la necessità di ac-

¹⁵³ Sentenza *Rad Service*, cit., punto 40.

¹⁵⁴ Cfr. Sigma, Brief 24 - *Public Procurement Use of Official Automatic Exclusion Lists in Public Procurement*, EU/OECD, www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-24-200117.pdf.

¹⁵⁵ In questo senso si veda A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., pp. 292-295.

¹⁵⁶ Sul punto, vedi *infra* § 7.

cantonare la prassi amministrativa/regolatoria e giudiziaria, incompatibile con l'ordinamento dell'Unione e ancora prevalente, qui sopra illustrata.

Va approfondito, in secondo luogo, il tema dell'efficacia temporale del *self-cleaning*, vale a dire il momento in cui il diritto in discorso debba essere assicurato.

Al riguardo, la Corte ha affermato, nella sentenza *RTS*, che «né il tenore letterale dell'articolo [57, par. 6,] né il considerando 102 di tale direttiva precisano in che modo o in quale fase della procedura d'appalto possa essere fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso»¹⁵⁷. Sul piano logico, peraltro, per come l'istituto del *self-cleaning* è configurato dalla direttiva, è evidente che solo dopo che l'illecito professionale sia avvenuto, possono adottarsi misure idonee a ripristinare la moralità professionale dell'operatore economico. È possibile parlare, al riguardo, di efficacia *pro futuro* delle misure correttive, che si afferma necessariamente solo con riferimento al momento della commissione di tale illecito professionale.

Per contro, non può affermarsi che la logica sottesa al meccanismo di *self-cleaning* richieda – come viene richiesto dalla prassi italiana ancora prevalente sopra descritta – che le misure correttive vengano effettuate prima della (oppure contestualmente alla) partecipazione alla gara. Infatti, se così fosse, la direttiva non dovrebbe ammettere il *self-cleaning* in via generale per qualunque motivo di esclusione, ma dovrebbe considerarlo irrilevante in presenza di quei motivi di esclusione che si riferiscono alla condotta dell'operatore in quella specifica gara. Non è questo il caso: al contrario, la direttiva sembra ammettere sempre la possibilità di far valere le misure correttive addirittura anche in presenza di motivi di esclusione relativi alla specifica gara di cui si discute, quali quelli di cui all'art. 57, par. 4, lettere d), h) e i). Pertanto, se il *self-cleaning* può essere invocato anche per dimostrare di aver posto rimedio a comportamenti tenuti nel corso della gara, sarebbe illogico sostenere che le relative misure debbano risalire a una data antecedente (o ad una fase contestuale) alla domanda di partecipazione.

Come sancito nella sentenza *RTS*, gli Stati membri possono prevedere che la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso debba essere fornita spontaneamente dall'operatore economico interessato al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta soltanto a condizione che siano rispettati i principi della parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità, e dei diritti di difesa¹⁵⁸. Pertanto, se gli Stati membri intendono, nel dettare le condizioni di applicazione delle norme della direttiva sul *self-cleaning*, limitare la possibilità di far valere eventuali misure correttive solo al momento della domanda di partecipazione, ciò deve essere previsto espressamente dalla normativa nazionale e, in termini cumulativi, dalla disciplina di gara. Ove gli Stati membri si avvalgano di tale facoltà, ciò implica un limite procedurale e sostanziale al ricorso al *self-cleaning* in quanto le eventuali misure correttive sono rilevanti solo se possono essere già dimostrate al momento della domanda di partecipazione. All'opposto, se una simile limitazione non è indicata né nella normativa nazionale né nella disciplina di gara, essa risulta essere contraria ai principi di trasparenza e parità di trattamento, in quanto non resa nota a tutti gli operatori economici in modo chiaro, preciso e univoco sin dall'inizio.

¹⁵⁷ Sentenza *RTS*, cit., punto 27.

¹⁵⁸ Vedi *supra* § 2.

Può essere qui aggiunto un ulteriore ordine di considerazioni per il non remoto caso in cui, in una determinata fattispecie, a causa della durata anomala della procedura di gara, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, non sia stato nemmeno commesso l'illecito professionale poi oggetto di misure correttive. Ebbene, sempre in *RTS* si afferma che, laddove la normativa nazionale non preveda espressamente in quale fase della procedura di gara deve essere data la prova delle misure correttive, se il motivo di esclusione è preesistente alla gara e anche se l'operatore non lo ha dichiarato, «l'amministrazione aggiudicatrice, qualora concluda che sussiste un motivo di esclusione [...] o che vi sia dissimulazione di informazioni relative a tale [motivo], deve nondimeno dare agli operatori interessati la possibilità di fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati»¹⁵⁹. Una tale necessità s'imporrebbe in misura ancor maggiore nel caso di un eventuale illecito professionale sopravvenuto nel corso di una gara, rispetto al quale nella domanda di partecipazione non potrebbe logicamente nemmeno sussistere un obbligo dichiarativo né con riferimento alla sua esistenza né alle misure correttive adottate dall'operatore per porvi rimedio.

In terzo luogo, sembra necessaria qualche precisazione circa l'attuazione della previsione di cui all'art. 57, par. 6, comma 4, della direttiva 2014/24/UE, secondo cui «un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva». Al riguardo, è irricevibile, a monte, ai fini dell'attuazione di questa deroga al *self-cleaning*, l'equiparazione tra l'emaneazione di una «sentenza definitiva» e l'adozione di un provvedimento amministrativo com'è l'interdittiva ANAC. Ciò, evidentemente, a prescindere dal fatto che al provvedimento segua una sentenza passata in giudicato. Questa impostazione non risulta condivisibile per due principali ordini di ragioni.

Da un lato, in quanto, come è ovvio, sovrapporre le funzioni del potere giudiziario e del potere esecutivo, sulla base di un'interpretazione oltremodo estensiva di una norma, mette in discussione la *ratio* stessa della divisione tra poteri, con le garanzie che vi sono collegate.

Dall'altro lato, considerato che – come abbiamo illustrato *supra* – l'art. 57, par. 6, è norma *self-executing* e direttamente efficace, risulta impossibile e fallace un'interpretazione espansiva di una deroga che esplicitamente fa riferimento alla necessità che una sentenza definitiva abbia irrogato la sanzione suscettibile di ostare all'esercizio del *self-cleaning*. Una tale interpretazione non solamente mortificherebbe *ratio* e portata del principio UE cardine dell'effetto diretto, ma lo priverebbe del suo effetto utile. L'autorità nazionale, infatti, non può limitare il diritto al *self-cleaning* contenuto in una disposizione del diritto UE riconosciuta espressamente dai giudici UE quale compiuta, incondizionata, direttamente/immediatamente applicabile ed efficace. Una disposizione, pertanto, capace, per sua natura, d'impedire un tipo d'interpretazione che, lungi dall'essere testuale e restrittiva come dovrebbe, metterebbe *in toto* in discussione un assioma dell'ordinamento UE, comprimendo prerogative individuali del singolo e comportando un'indebita innovazione rispetto al contenuto della norma UE auto-applicativa. Ciò, nonostante la finalità ultima dell'effetto diretto sia la creazione di un vantaggio per l'individuo e il suo elemento costi-

¹⁵⁹ Sentenza *RTS*, cit., punto 41.

tuttivo, condizione necessaria e sufficiente, l'incondizionatezza della norma, cioè la necessità che non venga applicata con ulteriori, ultronee, confliggenti misure di esecuzione. A conferma di quanto precede, si pongono alcuni passaggi della – già menzionata – sentenza *Vert Marine* relativi all'interpretazione dell'art. 38, par. 9, comma 3, della direttiva 2014/23/UE, norma questa identica, nel contenuto, all'art. 57, par. 6¹⁶⁰. In particolare, al punto 20, viene affermato quanto segue: «risulta inequivocabilmente dalla formulazione dell'articolo 38, paragrafo 9, terzo comma, della direttiva 2014/23 che l'esclusione deve risultare direttamente da una sentenza definitiva relativa a un determinato operatore economico, e non per il solo fatto, segnatamente, che una condanna sia stata pronunciata con sentenza definitiva per uno dei motivi elencati all'articolo 38, paragrafo 4, della direttiva 2014/23». Inoltre, nel punto 21, è chiarito che «dalla formulazione dell'articolo 38, paragrafo 9, della direttiva 2014/23 risulta che, ad eccezione della fattispecie contemplata dal terzo comma di tale disposizione, un operatore economico può fornire la prova delle misure correttive adottate al fine di dimostrare la propria affidabilità». Eccezioni differenti sono inammissibili perché l'obiettivo del *self-cleaning*, come ribadito nel punto 22, «sarebbe compromesso se agli Stati membri fosse consentito limitare, al di fuori della fattispecie prevista all'articolo 38, paragrafo 9, terzo comma, della direttiva 2014/23, il diritto degli operatori economici di fornire la prova delle misure correttive adottate».

A ciò si aggiunga, con riguardo alla questione del margine di discrezionalità concesso agli Stati nell'attuazione della direttiva 24/2014/UE, che un conto è riconoscere, ex par. 7 dell'articolo 57 della direttiva, che gli Stati membri «specificano le condizioni di applicazione» di tale articolo, un altro sarebbe obliterare la logica che vi è connaturata escludendo l'applicazione del *self-cleaning*¹⁶¹. Come illustrato *supra*, la determinazione delle «condizioni procedurali e sostanziali» non può in alcun modo declinarsi e riassumersi in un'interpretazione estensiva tale da eliminare la possibilità di invocare e azionare un diritto, la cui esistenza è un presupposto che le autorità nazionali sono obbligate a rispettare nell'esercizio della loro facoltà. L'equiparazione tra una sentenza passata in giudicato, quale origine della sanzione, e un provvedimento amministrativo, con la conseguenza ultima di negare il diritto al *self-cleaning*, si scontra palesemente con quanto la Corte di Giustizia osserva nella sentenza. Detto in altri termini, la disciplina relativa alle condizioni di esercizio di un diritto non può essere confusa con la sua esclusione.

Un'interpretazione estensiva e innovativa del comma 4 del par. 6 dell'art. 57 è d'altronde in evidente contrasto con il principio generale del legittimo affidamento, sotto il profilo della prevedibilità del dettato normativo, per com'è tutelato nell'ordinamento UE e nell'ordinamento nazionale, con il risultato di frustrare indebitamente le prerogative degli operatori economici, i quali, sia sulla base della direttiva UE che dell'art. 80, comma 9, del codice dei contratti pub-

¹⁶⁰ Vedi *supra* § 3.

¹⁶¹ Infatti, nella sentenza *Vert Marine*, cit., punto 24, è scritto: «l'espressione "condizioni di applicazione" presuppone [...] che l'esistenza stessa del diritto conferito dall'articolo 38, paragrafo 9, primo comma, della direttiva 2014/23 nonché la possibilità di esercitarlo siano garantite dagli Stati membri, altrimenti, come indicato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, gli Stati membri sarebbero in grado, nella determinazione delle sue condizioni di applicazione, di privare tale diritto della sua sostanza. Siffatta interpretazione è peraltro confermata al considerando 71 della direttiva 2014/23, da cui risulta che gli Stati membri hanno unicamente la facoltà di determinare le condizioni procedurali e sostanziali volte a disciplinare l'esercizio di detto diritto».

blici che l'ha recepita, devono beneficiare del diritto al *self-cleaning* con la sola eccezione dell'emanazione di una sentenza passata in giudicato. Tali conclusioni sono confermate da quanto affermato dalla Corte di Giustizia, da ultimo, al punto 48 della sentenza *RTS*, già richiamato.

Infine, benché gli Stati membri siano dotati di un certo grado di discrezionalità nella specificazione le condizioni di applicazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, essi devono comunque rispettare il diritto dell'Unione, come ribadito nel comma 7 di detta norma. A questo riguardo, occorre menzionare in conclusione sul punto, come l'esclusione *automatica* dalle procedure di gara risulti *prima facie* contraria, sulla base di quanto affermato anche recentemente nella causa *RTS*¹⁶², oltre che con la direttiva 2014/24/UE, innanzitutto, con il principio generale di proporzionalità, in secondo luogo, con il principio generale di non discriminazione, in terzo luogo¹⁶³, con l'esercizio delle libertà economiche di circolazione (in particolare con le norme sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, e della libera concorrenza) e, in quarto luogo, con il rispetto del principio del contraddittorio e dei diritti di difesa.

In quarto luogo, una riflessione va svolta in relazione all'art. 93, comma 6, del codice dei contratti pubblici e all'orientamento giurisprudenziale illustrato *supra*, nel § 5. In particolare, un tale orientamento non appare in linea con il diritto UE perché l'incameramento della garanzia è fatto dipendere dalla valutazione negativa in ordine alla sussistenza di una causa di esclusione facoltativa, la cui rilevanza è rimessa al giudizio discrezionale della stazione appaltante. Ciò vale, ovviamente, nella misura in cui l'annotazione nel casellario informatico venga disposta dall'ANAC dopo la partecipazione dell'operatore economico alla gara a quest'ultimo aggiudicata e nella sola ipotesi in cui si ritenga che il provvedimento interdittivo produca – come sostiene la giurisprudenza allo stato maggioritaria – anche un effetto espulsivo. Quanto precede trova conferma nella circostanza che, nella situazione appena illustrata, l'operatore economico opera nel rispetto della legge e partecipa alla gara senza commettere alcun tipo di violazione di legge.

Ora, una sanzione assimilabile all'escussione della cauzione non è in alcun modo prevista dalla direttiva 2014/24/UE, come non lo era nella previgente direttiva 2004/18/CE. Sotto questo punto di vista, la previsione del codice dei contratti pubblici che ammette l'escussione della cauzione in casi come quelli in discorso – in cui l'operatore economico partecipa alla gara senza commettere alcun tipo di violazione di legge venendo successivamente “espulso” dalla stessa in virtù della prassi giurisprudenziale maggioritaria in ordine all'ambito di applicazione del provvedimento interdittivo ANAC¹⁶⁴ – determina un'evidente incongruenza rispetto alla direttiva. Inoltre, quale conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, l'art. 93 del codice dei contratti pubblici, nel disporre l'escussione della cauzione, risulterebbe non aderente alla direttiva anche per i due motivi sopra menzionati: in quanto conseguente a un motivo di esclusione – quello dell'art. 80, comma 5, lett. f-ter), del codice dei contratti pubblici – non previsto dalla direttiva e in quanto, per il suo automatismo, non consentirebbe alla stazione appaltante di valutare, prima di disporre l'escussione, eventuali misure correttive adottate dall'operatore economico.

¹⁶² Sentenza *RTS*, cit., punti 34-42.

¹⁶³ Chiarisce le interrelazioni tra questi tre profili H.J. PRIESS, *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*, cit., p. 111 ss.

¹⁶⁴ Vedi *supra* § 5.

Come anticipato, la prassi giurisprudenziale e regolatoria sopra descritta pone delle criticità, in relazione alla attuazione della direttiva 2014/24/UE, non soltanto con riferimento alle disposizioni di quest'ultima, per come interpretate dalla Corte di Giustizia, ma anche ove vagliata alla luce del diritto primario dell'Unione. Al riguardo, non ci pare si possa dubitare che la prassi di cui discutiamo violi le norme sul diritto di stabilimento, sulla libera prestazione dei servizi, sulla libera concorrenza, così come gli artt. 16, 17 e 49, della Carta dei diritti fondamentali in merito – rispettivamente – alla libertà d'impresa, al diritto di proprietà, e al rispetto dei principi di legalità, irretroattività e proporzionalità delle pene. È, infatti, evidente che la Carta trova applicazione, ai sensi dell'art. 51, par. 1, con riferimento all'attuazione della direttiva 2014/24/UE nell'ordinamento italiano.

Quanto alle norme sul libero mercato e sulla concorrenza, è evidente, innanzitutto, che una misura interdittiva con effetti come quelli qui sopra descritti sia idonea a determinare effetti restrittivi rispetto all'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, strettamente connesse all'adozione della disciplina UE in materia di appalti pubblici¹⁶⁵. Ora, l'iscrizione nel casellario informatico produce, in virtù della prassi regolatoria e giurisprudenziale analizzata, conseguenze negative, da un lato, sulla capacità di operatori italiani, attivi anche su mercati diversi da quello italiano, di prestare servizi in altri Stati membri, in quanto, creando un divieto generalizzato di partecipazione alle gare, genera una situazione di particolare precarietà a danno dell'operatore colpito dalla misura. Dall'altro lato, si tratta di una misura idonea a dissuadere gli operatori di altri Stati membri dal partecipare a gare in Italia, proprio per il rischio di vedersi assoggettati, oltretutto in difetto di una precisa indicazione normativa e comunque in un quadro di forte e complessiva criticità rispetto al principio di proporzionalità, a una sanzione tanto grave.

In breve, dato che la disposizione di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici costituisce una norma c.d. indistintamente applicabile, una restrizione alle predette libertà fondamentali è legittima solo in quanto rispetti i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, e, segnatamente, la restrizione sia applicata in modo non discriminatorio, giustificata da deroghe espresse contenute nel TFUE o da motivi imperativi d'interesse pubblico e idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non eccedendo quanto necessario a tale fine. Senza esaminare nel dettaglio ciascuno di questi requisiti, è il rispetto di quest'ultimo, quello cioè della necessità della misura, quale elemento costitutivo del principio di proporzionalità, ad apparire problematico in ragione del carattere generalizzato ed automatico riconosciuto al provvedimento interdittivo ANAC dalla prassi amministrativa/regolatoria e giurisprudenziale interna ad oggi prevalente. Essendo idonea a produrre conseguenze assolutamente sproporzionate, la misura nazionale non può conside-

¹⁶⁵ Com'è noto, l'adozione delle prime direttive in materia di appalti pubblici era giustificata precisamente dalla necessità di dare progressiva attuazione a tali libertà fondamentali, che avrebbero rischiato di restare pregiudicate in questo specifico settore, ove esso avesse continuato ad essere disciplinato in modo disomogeneo nelle normative nazionali. Un riflesso di tale concezione si riscontra tuttora, d'altronde, nel considerando n. 1 della direttiva 2014/24/UE, ai sensi del quale «l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del [TFUE] e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».

rarsi giustificata ed è, dunque, atta a determinare una violazione della libertà di stabilimento e/o della libera prestazione dei servizi.

La conclusione sopra tracciata risulta rafforzata da un altro ordine di considerazioni: secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, qualora vengano invocati motivi imperativi d'interesse generale per giustificare una normativa nazionale suscettibile di ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, lo Stato membro deve in ogni caso rispettare i principi generali del diritto dell'Unione¹⁶⁶, incluso il principio generale di diritto UE del legittimo affidamento. In sintesi, nell'ordinamento dell'Unione tale principio, correlato a quello della certezza del diritto, impone, segnatamente, che le norme siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese. Esso può, in particolare, applicarsi per impedire che una determinata misura nazionale li privi retroattivamente di un diritto di cui avrebbero altrimenti potuto fruire¹⁶⁷. Le prassi fin qui illustrate sembra idonea a comportare una violazione anche di questo principio generale. Ciò in quanto il provvedimento ANAC, producendo anche un effetto espulsivo riferito alle gare in corso alla data in cui la sanzione interdittiva diviene efficace e quindi su contratti pubblici già stipulati a tale data, ha in sostanza l'effetto di privare retroattivamente l'operatore economico di diritti di cui avrebbe potuto altrimenti fruire. Anche sotto tale profilo, dunque, l'ostacolo alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi non può dirsi giustificato.

Secondariamente, la disciplina UE in materia di appalti pubblici è anche fortemente ispirata al principio di un sistema aperto e concorrenziale, con la conseguenza che le norme rilevanti, ivi comprese quelle nazionali di attuazione delle direttive UE, devono essere interpretate in maniera tale da favorire, per quanto possibile, la concorrenza e da evitare pratiche anticoncorrenziali¹⁶⁸. L'esistenza di un tale nesso è stata costantemente rimarcata, con formule variabili, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁶⁹ e ha trovato consacrazione nell'art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24/UE¹⁷⁰. L'approccio generale ricavabile dai principi generali del diritto UE e, oggi, dalla direttiva 2014/24/UE, pertanto, incide sull'interpretazione e sull'applicazione dei motivi di esclusione dal momento che essi non possono essere utilizzati in maniera tale da determinare un impatto anticoncorrenziale. Conseguenza di ciò è che i motivi di esclusione elencati nella direttiva 2014/24/UE, in particolare in quanto attinenti alla capacità professionale, devono considerarsi tassativi, come rilevato *supra*¹⁷¹, e, in ogni caso, devono essere interpretati restrittivamente¹⁷². Anche

¹⁶⁶ Cfr. *ex multis* CGUE, *Berlington Hungary*, 11 giugno 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386, punto 74; CGUE, *Global Starnet*, 20 dicembre 2017, C-322/16, ECLI:EU:C:2017:985, punto 44.

¹⁶⁷ Cfr. CGUE, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, 12 dicembre 2013, C-362/12, ECLI:EU:C:2013:834, punto 44.

¹⁶⁸ Si vedano S. SCHOENMAEKERS, *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?*, cit., p. 6 ss., nonché, ampiamente sul punto, A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit.

¹⁶⁹ Cfr. *ex multis* CGUE, *Impresa Pizzarotti*, 10 luglio 2014, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punto 63.

¹⁷⁰ Ai sensi di questa disposizione «[l]a concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza».

¹⁷¹ Vedi § 4.

¹⁷² A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., p. 292.

sotto questo profilo, viene dunque a prefigurarsi un'incompatibilità con il diritto UE, in quanto la prassi amministrativa/regolatoria e giurisprudenziale interna interpreta ed applica la normativa interna con modalità che si pongono in contrasto con la necessaria garanzia della libera concorrenza. Infatti, da un lato, si registra, come scritto, un'interpretazione sicuramente estensiva dei presupposti per l'iscrizione nel casellario informatico e per l'applicazione del relativo motivo di esclusione, poiché tali presupposti vengono ricollegati alla mera omissione di una dichiarazione in sede di gara, oltretutto a «false dichiarazioni»; dall'altro, l'applicazione generalizzata e automatica del motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), del d.lgs. n. 50/2016, con effetti non solo di esclusione, ma anche di espulsione da gare in corso e di risoluzione di contratti pubblici già stipulati, determina un chiaro ampliamento della portata delle disposizioni normative. L'effetto pratico di una simile impostazione, per le ripercussioni negative che determina a carico degli operatori economici, ha un evidente carattere anticoncorrenziale giacché sfavorisce, direttamente e indirettamente, la più ampia partecipazione alle procedure di appalto pubblico.

Per quel che concerne la Carta, in breve, l'esclusione automatica dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di gara e la risoluzione dei contratti pubblici già stipulati si pone in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti negli artt. 16, 17 e 49.

L'art. 16 sancisce il diritto fondamentale alla libertà di impresa¹⁷³, tipizzando e cristallizzando un principio generale del diritto UE¹⁷⁴. Tale diritto è evidentemente collegato al diritto UE primario e derivato preposto a regolamentare e proteggere i diritti di libera circolazione, in particolare nel settore dei servizi e dello stabilimento, e la libera concorrenza¹⁷⁵, così che le considerazioni svolte *supra* valgono anche con riguardo all'art. 16 della Carta. Ora, è evidente che la prassi regolatoria e giurisprudenziale esaminata impedisca a un operatore economico di accedere al mercato in Italia e all'estero, ne può determinare l'espulsione e, quanto alla risoluzione anticipata dei contratti già stipulati, ha un impatto radicale sulla sua libertà contrattuale, tutelata dalla norma¹⁷⁶. Restrizione che difficilmente potrebbe essere ritenuta idonea e necessaria, quindi proporzionata, al raggiungimento dello scopo ultimo di garantire una regolare aggiudicazione delle procedure di gara¹⁷⁷, sembrando al contrario idonea a pregiudicare «la stessa sostanza» del diritto garantito nell'art. 16¹⁷⁸.

Viene in rilievo, in secondo luogo, il diritto di proprietà di cui all'art. 17 della

¹⁷³ Ai sensi di tale disposizione, «[è] riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Essa si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia «che ha riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale e la libertà contrattuale», così come «sull'articolo 119, paragrafi 1 e 3 TFUE che riconosce la libera concorrenza», cfr. Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, in *GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, p. 17 ss., p. 23.

¹⁷⁴ CGUE, *Interseroh*, 29 marzo 2012, C-1/11, ECLI:EU:C:2012:194, punto 43.

¹⁷⁵ Si vedano T. LOCK, *Article 16*, in M. KELLERBAUER-M. KLAMERT-J. TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 2147; e C. MALBERTI, *Articolo 16*, in R. MASTROIANNI-O. POLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 308 ss., p. 315.

¹⁷⁶ Cfr. CGUE, *Mark Alemo-Herron*, 18 luglio 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, punto 33.

¹⁷⁷ Scopo, questo, che può essere ricondotto al limite, «d'interesse generale», della funzione «sociale» che, secondo la giurisprudenza UE, relativizza un diritto fondamentale che non è di per sé assoluto, cfr. sentenza *Mark Alemo-Herron*, cit., punto 54.

¹⁷⁸ CGUE, *Irish Farmers Association*, 15 aprile 1997, C-22/94, ECLI:EU:C:1997:187, punto 27.

Carta¹⁷⁹, peraltro salvaguardato dalla Corte di Giustizia, anche in epoca precedente all'entrata in vigore della Carta, in quanto principio generale¹⁸⁰, oltreché dall'art. 1 del 1° Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU), al quale si riferiscono le Spiegazioni relative alla Carta¹⁸¹. Sulla base dei parametri elaborati in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale, rilevanti anche ai fini dell'interpretazione della Carta¹⁸², è possibile sostenere che i contratti pubblici stipulati dall'operatore economico destinatario di un provvedimento interdittivo ANAC, dai quali derivano valori patrimoniali di cui è titolare, possano essere sussunti nella nozione di «beni», adoperata nell'art. 1 del Protocollo¹⁸³. Nozione avente carattere autonomo e rispecchiata nell'art. 17 della Carta, che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, tutela «una posizione giuridica acquisita che consente l'esercizio autonomo di tali diritti da parte e a favore del loro titolare»¹⁸⁴, ad esempio laddove essa sia fondata su un contratto¹⁸⁵. Lo stesso vale per la decisione di aggiudicazione di cui sia stato destinatario l'operatore economico¹⁸⁶, essendo titolare di una legittima aspettativa a stipulare detto contratto¹⁸⁷.

Ora, l'esclusione automatica dalle gare in corso in qualunque fase (e, dun-

¹⁷⁹ La disposizione prevede che «[o]gni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

¹⁸⁰ Cfr. sentenza *Interseeroh*, cit., punto 43.

¹⁸¹ Cfr. Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, cit., p. 23, ove viene precisato che l'art. 17 «corrisponde all'articolo 1 del protocollo addizionale alla CEDU» e che, benché [...] «[l]a stesura [sia] stata aggiornata [...], ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU e le limitazioni non possono andare oltre quelle previste da quest'ultima».

¹⁸² Quanto ai rapporti tra la CEDU e la Carta, in breve, essi sono esplicitamente disciplinati nell'art. 52, par. 3 della Carta, dove viene precisato che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» e che «la presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

¹⁸³ La Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) riconosce da tempo che costituiscono beni anche quei valori patrimoniali «*intérêts économiques*» che il ricorrente può ragionevolmente aspettarsi, quale «*espérance légitime et raisonnable*», di vedere concretizzati (cfr. CEDU, *Fredin c. Suède*, 18 febbraio 1991, punto 40; CEDU, *Plalam c. Italie*, 18 maggio 2010, punto 34), ivi compresi evidentemente i diritti di credito.

¹⁸⁴ Cfr. *ex multis* CGUE, *Sky Österreich*, 22 gennaio 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punto 34.

¹⁸⁵ Cfr. CGUE, *Commissione c. Ungheria*, 21 maggio 2019, C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, punto 69 ss.

¹⁸⁶ Infatti, l'atto giuridico su cui si fonda una legittima aspettativa a vedere concretizzati i propri interessi economici può essere costituito tanto da un contratto (cfr. CEDU, *Uzan et autres c. Turquie*, 29 marzo 2011, punto 66; CEDU, *Stretch v. United Kingdom*, 24 giugno 2003, punto 33) quanto da una decisione amministrativa definitiva, purché essa sia stata emessa dall'organo competente (cfr., *a contrario*, CEDU, *Velikin et autres c. Bulgarie*, 1 dicembre 2009; CEDU, *Ivanova et autres c. Bulgarie*, 1 dicembre 2009; CEDU, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, 3 marzo 2005, punto 88, CEDU, *Drăculeț c. Roumanie*, 6 dicembre 2007, punti 40-41) e il suo contenuto sia chiaro (M. SIGRON, *Legitimate Expectations Under Art 1 of Protocol N. 1 to the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2014, p. 117).

¹⁸⁷ Cfr. CEDU, *Kopecký c. Slovakia*, 28 settembre 2004, punto 46, ove è possibile leggere, in termini ancora più ampi, che «*l'espérance légitime résulte donc de la circonstance que la personne concernée se fonde de façon raisonnablement justifiée sur un acte juridique ayant une base juridique solide et une incidence sur des droits de propriété*».

que, in particolare dopo l'aggiudicazione) e la risoluzione automatica dei contratti pubblici già stipulati prefigurano evidenti ingerenze dello Stato nei «beni» degli operatori economici. Ingerenze che possono configurare una violazione del diritto di proprietà nella misura in cui sono in contrasto, oltre che con il principio di proporzionalità, anche con il principio di legalità¹⁸⁸, dato che l'applicazione del diritto interno, in relazione alle cause e agli effetti dell'esclusione nonché alla rilevanza del *self-cleaning*, è largamente fondata su una distorta interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni rilevanti.

La violazione dei diritti fondamentali, come protetti dalla Carta, potrebbe peraltro emergere sotto un altro, ultimo, profilo. Si è già brevemente rilevato che all'interdittiva adottata dall'ANAC sia possibile riconoscere natura e funzione sanzionatoria e quindi carattere penale sulla base dei c.d. criteri *Engel*¹⁸⁹, ancorché la prevalente giurisprudenza amministrativa italiana si pronunci in senso contrario¹⁹⁰. All'affermazione della natura sostanzialmente penale consegue la necessità di vagliare la misura alla luce dell'art. 49¹⁹¹, dovendo essa risultare conforme, tra l'altro, ai principi di legalità, proporzionalità e irretroattività. Infatti, la misura dell'esclusione automatica e generalizzata in esame presenta profili problematici con riferimento a questi tre principi. Quanto ai principi di legalità e di proporzionalità si rinvia a quanto già esposto *supra*, in questo §. Per quel che riguarda il principio di irretroattività, esso comporta il divieto di applicare una sanzione rispetto a fatti che non potevano costituire un illecito nel momento in cui sono stati compiuti. Anche in relazione al rispetto di tale principio sembrerebbero quindi emergere delle criticità. Ciò in quanto la portata della misura interdittiva involge anche atti – *i.e.* la partecipazione ad una gara e la stipulazione di contratti pubblici – che non erano vietati alla data in cui sono stati compiuti, poiché in quel momento non esisteva – o, il che è lo stesso, non era efficace – l'annotazione nel casellario informatico, e che, nonostante ciò, vengono da questa travolti.

Oltre alle norme sopra richiamate, il principio di proporzionalità assume una rilevanza centrale. Si tratta, peraltro, di un principio che rileva autonomamente, anche al di là dell'ambito di applicazione delle norme sopra richiamate. Da qui la necessità di soffermarsi sull'analisi della compatibilità della prassi attuale con il principio generale di proporzionalità, più volte richiamato nel corso

¹⁸⁸ Secondo la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il principio di legalità richiede requisiti di qualità della legge, il cui contenuto deve essere accessibile agli interessati, preciso e prevedibile nella sua applicazione (Cfr. CEDU, *Carbonara et Ventura c. Italie*, 30 maggio 2000, punto 64): in mancanza, si verifica, anche sotto tale profilo, una violazione del principio di legalità.

¹⁸⁹ Vedi *supra* § 5. Anche nel diritto UE è ormai da considerare rilevante la qualificazione autonoma del concetto di "sanzione penale" elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento agli articoli 6 e 7 della CEDU secondo i criteri stabiliti nella nota sentenza *Engel*, già citata, i quali impongono di tenere in considerazione «*la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité*» (cfr. CEDU, Grande Camera, *G.I.E.M. S.r.l. et autres c. Italie*, 28 giugno 2018, punto 211).

¹⁹⁰ Vedi ancora *supra* § 5.

¹⁹¹ Tale norma stabilisce che «nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima [...] Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

dell'analisi¹⁹² e che, ai fini del presente esame, mira a tutelare il singolo nei confronti, oltre che delle istituzioni UE, anche e soprattutto delle autorità nazionali quando queste agiscono in un settore rientrante nell'ambito del diritto UE, come quello dei pubblici appalti¹⁹³.

Il principio impone alle autorità degli Stati membri di verificare che la compressione di prerogative individuali, collegate all'esercizio di attività economiche, come l'esclusione dalla partecipazione a una procedura di gara, sia idonea a, e necessaria per, raggiungere obiettivi, di carattere pubblicistico in senso lato, prefissati dalle autorità nazionali. Il corollario è che l'autorità pubblica, nello scegliere le misure da adottare volte a imporre un vincolo e un sacrificio al singolo, deve dare precedenza a quella meno restrittiva¹⁹⁴. Come anticipato, il principio di proporzionalità è annoverato tra i principi generali in tema di aggiudicazione degli appalti all'art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24/UE. Di più, con specifico riferimento ai motivi di esclusione facoltativi, il considerando 101 della direttiva prevede che «[n]ell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità»¹⁹⁵.

Il core della logica che ispira il principio nell'ambito del diritto UE dei contratti e degli appalti pubblici è che le restrizioni imposte dalle autorità nazionali non devono essere sproporzionate rispetto al raggiungimento delle finalità indicate nell'ordinamento dell'Unione, in particolare nella direttiva 2014/24/UE. L'interesse a che le gare di appalto si realizzino nel rispetto delle regole base dello stato di diritto e della leale concorrenza e che ciò sia garantito attraverso la previsione di una serie di motivi di esclusione dell'impresa dalle procedure di gara, come stabilito nell'art. 57, par. 6 della direttiva 2014/24/UE, deve essere temperato con la salvaguardia di interessi ulteriori, *in primis* l'interesse dell'impresa a esercitare le libertà economiche di circolazione, la tutela del mercato e della libera concorrenza, e la protezione di valori connaturati al rispetto dei principi generali del diritto UE e dei diritti fondamentali¹⁹⁶. E la necessaria valutazione di proporzionalità evidentemente s'impone in particolare laddove le misure in questione realizzino addirittura effetti espulsivi dal mercato degli appalti pubblici, come si realizza nella prassi dell'amministrazione italiana.

La giurisprudenza UE, con particolare vigore dalla causa *Michaniki*, è consolidata nel senso di considerare un'adeguata attuazione del principio di pro-

¹⁹² Al principio generale in discorso devono potersi aggiungere il principio di legalità, il principio d'irretroattività, nonché il principio del *ne bis in idem*, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della pertinente giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

¹⁹³ Si veda in questo senso H. PRIESS-S. ARROWSMITH-P. FRITON, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, cit., p. 267.

¹⁹⁴ Cfr. CGUE, *Garage Molenheide*, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95, e C-47/96, ECLI:EU:C:1997:623. Si vedano in questo senso F.G. JACOBS, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, in E. ELLIS (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999, p. 16; H. PRIESS-S. ARROWSMITH-P. FRITON, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, cit., p. 266.

¹⁹⁵ In particolare, prosegue la disposizione, «[l]ievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali [, benché] casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione».

¹⁹⁶ Si veda ancora H. PRIESS-S. ARROWSMITH-P. FRITON, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, cit., p. 267.

porzionalità *condicio sine qua non* per garantire che la prassi nazionale sia conforme al diritto dell'Unione¹⁹⁷. Recentemente, tra le numerose sentenze, in *T-Systems* è prima ribadito che il principio di proporzionalità costituisce «un principio generale del diritto dell'Unione» e, poi, che le norme stabilite dagli Stati membri o dagli enti aggiudicatori nell'ambito dell'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici «non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da tali direttive»¹⁹⁸.

Per quel che riguarda l'operatività del principio di proporzionalità in relazione ai motivi facoltativi di esclusione da una gara, in *Associazione Verdi Ambiente e Società – Aps Onlus* è chiarito che le amministrazioni aggiudicatrici «devono prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o il ripetersi di irregolarità lievi»¹⁹⁹.

Con riferimento a un caso di esclusione automatica dalla partecipazione a un appalto pubblico, in *Serrantoni*²⁰⁰ viene rilevato che essa è incompatibile con il principio di proporzionalità poiché comporta una «presunzione irrefragabile» a danno dell'impresa²⁰¹ e, soprattutto, comportando per le amministrazioni aggiudicatrici «un obbligo assoluto di esclusione degli enti interessati», «è in contrasto con l'interesse comunitario a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto e va oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo consistente nel garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza»²⁰². Come anticipato, la Corte è tornata a pronunciarsi in relazione alla compatibilità di un sistema di esclusione automatica nella recente sentenza *Rad Service*. In particolare, è stato sancito che «l'articolo 63 della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera [ndr. integrando uno dei motivi di esclusione facoltativi previsti dalla direttiva]»²⁰³. In altri termini, in linea con quanto già rilevato nel corso di questa analisi, l'offerente deve sempre avere «la possibilità di presentar[e] [all'amministrazione aggiudicatrice] le misure correttive che esso ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, di dimostrare che esso può essere nuovamente considerato soggetto affidabile»²⁰⁴. A questo riguardo, il principio di proporzionalità impone specificamente che l'amministrazione aggiudicatrice «effettu[i] una valu-

¹⁹⁷ Cfr. sentenza *Michaniki*, cit.

¹⁹⁸ CGUE, *T-Systems*, 14 maggio 2020, C-263/19, ECLI:EU:C:2020:373, punto 71. Cfr. sentenza *Ambisig*, cit., punto 40; sentenza *Lloyd's of London*, cit., punto 32; e sentenza *Rad Service*, cit., punto 34.

¹⁹⁹ CGUE, *Associazione Verdi Ambiente e Società – Aps Onlus*, 8 maggio 2019, C-305/18, ECLI:EU:C:2019:384, punto 48. Cfr. anche CGUE, *Vitali*, 26 settembre 2019, C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787; CGUE, *Tedeschi Srl*, 27 novembre 2019, C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023.

²⁰⁰ CGUE, *Serrantoni*, 23 dicembre 2009, C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808, punti 34-40.

²⁰¹ Sentenza *Serrantoni*, cit., punto 39.

²⁰² Sentenza *Serrantoni*, cit., punto 40. Cfr. anche sentenza *Assitur*, cit., punti 26-29; CGUE, *MA.T.I. SUD SpA*, 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16, ECLI:EU:C:2018:122.

²⁰³ Sentenza *Rad Service*, cit., punto 45.

²⁰⁴ Sentenza *Rad Service*, cit., punto 36.

tazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato, sulla base di tutti gli elementi pertinenti»²⁰⁵.

Nella causa *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa*, peraltro, è affermato che l'accertamento di una violazione delle norme in materia di concorrenza effettuato da un'autorità nazionale regolatoria «non può comportare l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico» dal momento che, «conformemente al principio di proporzionalità», «l'accertamento della sussistenza di un "errore grave" necessita, in linea di principio, dello svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato»²⁰⁶.

Come osservato in dottrina, l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una gara deve sempre essere considerata «*in line with the EU's general principle of proportionality, which would require the contracting authority to apply discretionary exclusions in a manner that is transparent and proportionate*»²⁰⁷.

Infine, la circostanza che l'art. 57, par. 6 della direttiva abbia un contenuto dettagliato e, quindi, sia *self-executing*, come già scritto²⁰⁸, restringe ulteriormente, rispetto a disposizioni di direttive prive di questa caratteristica, il margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali, incluse quelle amministrative e giudiziarie, nell'adeguarsi alla direttiva. Ciò ha effetti anche sull'interpretazione e l'applicazione, che devono essere particolarmente stringenti e restrittive, del principio di proporzionalità, come risulta da giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia²⁰⁹.

Al riguardo, ricordiamo che autorevole dottrina che si è occupata approfonditamente della portata e dell'estensione delle cause di esclusione facoltative di cui all'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE ha chiaramente rilevato che, proprio laddove le autorità nazionali innovino, sostanzialmente, il testo dell'art. 57, par. 4 – introducendo, sul piano amministrativo o giudiziario e non necessariamente legislativo, cause di esclusione nuove rispetto a quelle contenute nella norma –, il principio di proporzionalità debba declinarsi in maniera particolarmente restrittiva²¹⁰. La medesima dottrina precisa, peraltro, che ciò vale soprattutto per ipotesi nelle quali il comportamento dell'operatore economico, dal quale è dipesa l'attuazione del provvedimento interdittivo, non sia stato attuato al fine di beneficiare di un vantaggio comparativo sui concorrenti, come accadrebbe, per esempio, nel caso di violazioni di norme di carattere ambientale o giu-s-lavoristico²¹¹. Diversamente, l'esclusione dalle procedure di gara in caso di omissione inoffensiva di dichiarazioni in sede di gara che, sulla base della prassi-

²⁰⁵ Sentenza *Rad Service*, cit., punto 40.

²⁰⁶ CGUE, *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa*, 4 giugno 2019, C-425/18, ECLI:EU:C:2019:476, punto 34. Cfr. anche sentenza *Forposta*, cit., punto 31.

²⁰⁷ S. VAN GARSSSE-S. DE MARS, *Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive*, cit., p. 127.

²⁰⁸ Vedi *supra* § 4.

²⁰⁹ Cfr. CGUE, *IP*, 17 dicembre 1998, C-2/97, ECLI:EU:C:1998:613. In dottrina si veda G. DI FEDERICO, *Il recepimento delle direttive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in G. DI FEDERICO-C. ODORE (a cura di), *Il recepimento delle direttive dell'Unione europea nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e soluzioni*, ESI, Napoli, 2010, p. 19.

²¹⁰ Si veda A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., pp. 215-218.

²¹¹ Si veda ancora A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., p. 216.

si giurisprudenziale qui sopra analizzata, può potenzialmente integrare il motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), appare ingiustificata ingenerando una lesione "estrema" dei principi della libera concorrenza, conseguenza questa inammissibile seguendo la logica del contemperamento tra i contrapposti interessi in gioco²¹². Come confermato dalla giurisprudenza UE²¹³, nell'attuazione concreta di nuovi motivi di esclusione, le amministrazioni aggiudicatrici devono provare l'esistenza di un «*actual advantage*»²¹⁴ per l'operatore economico la cui partecipazione alla procedura di gara è contestata, mentre presunzioni *iuris et de iure* non dovrebbero essere consentite²¹⁵.

Alla luce di quanto scritto sin qui, la prassi posta in essere dall'ANAC e seguita dalla maggior parte dei giudici amministrativi italiani – che determina effetti preclusivi/espulsivi immediatamente conseguenti all'annotazione della misura interdittiva nel casellario informatico – risulta sproporzionata rispetto all'obiettivo di garantire il corretto svolgimento di una gara d'appalto. Ciò perché, per ipotesi riconducibili ad annotazioni risultanti da una sanzione interdittiva, vieppiù se attuata in relazione a una mera omissione, detta prassi determina conseguenze eccessive nei confronti degli operatori economici, ingiustificabili sulla scorta del diritto UE, *rectius*, del diritto nazionale, per come deve essere interpretato conformemente all'ordinamento dell'Unione. Quanto scritto attiene all'incidenza del provvedimento interdittivo sulle nuove procedure di gara, sulle procedure di gara in corso, sui contratti già stipulati e/o in fase di esecuzione.

7. Considerazioni conclusive sul recepimento della direttiva 2014/24/UE e sui possibili rimedi di ricomposizione del conflitto offerti dal diritto UE: la violazione palese e reiterata dell'ordinamento dell'Unione da parte delle autorità amministrative e giurisdizionali italiane e la necessità di un radicale mutamento di prospettiva

Quanto ai rimedi percorribili al fine di sciogliere l'antinomia tra diritto UE e

²¹² Ancorché in nota, è opportuno riportare per intero il nocciolo del ragionamento della dottrina appena citata: «*a clear limit to the establishment of additional grounds for exclusion lies in its effects on competition. When applying the proportionality test to evaluate whether certain additional grounds for the exclusion of candidates or tenderers are consistent with EU law, the benefits of the rule oriented towards the protection of equal treatment amongst tenderers need to be weighed against the restrictions of competition the imposition of overly restrictive grounds for exclusion can generate, particularly at this early stage of the tender process [...] Additional grounds for exclusion will therefore not only need to be proportionate, but should not generate unnecessary distortions to competition*». L'argomento ulteriore è, dunque, nel senso di richiedere che «*the additional rules for the exclusion of tenderers be designed exclusively to prevent undertakings from exploiting certain unlawful competitive advantages in the public procurement setting*». Da qui la conclusione che «*the additional grounds for exclusion established by Member States should be designed in such a way that only situations under which a potential competitive advantage is clearly envisioned are covered*» e, quindi, che tali motivi di esclusione «*should not be designed exclusively in accordance with formal considerations of equality and non-discrimination*» (A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., p. 293).

²¹³ Cfr. CGUE, *Fabricom*, 3 marzo 2005, C-21/03, ECLI:EU:C:2005:127, punti 33-35.

²¹⁴ A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., p. 294.

²¹⁵ *Ibidem*.

ordinamento italiano causata da un'erronea interpretazione e applicazione del diritto UE e del diritto interno, sono ipotizzabili quattro principali vie a disposizione, a seconda dei casi, dell'amministrazione e/o degli organi giurisdizionali coinvolti nei vari procedimenti aventi per oggetto la partecipazione di un operatore economico alle procedure di gara, o di tale operatore: l'(obbligo di) interpretazione conforme; la rimessione alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, di una questione pregiudiziale interpretativa; la disapplicazione; l'azione per risarcimento danni nei confronti Stato italiano. Queste vie possono essere percorse e/o prospettate dall'operatore economico interdetto nei diversi procedimenti, e, alcune di esse, operano in sinergia tra loro. Alle quattro ipotesi illustrate brevemente qui di seguito è possibile altresì affiancare la presentazione di una denuncia alla Commissione europea.

Per quanto riguarda l'interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto UE, da intendersi come comprensivo anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia, è noto, innanzitutto, che essa costituisce un obbligo imposto a tutte le autorità, appartenenti al potere centrale, regionale e locale, a qualsiasi livello (legislativo, esecutivo, giudiziario), di tutti gli Stati membri²¹⁶. Detto obbligo, per quanto qui interessa, potrebbe determinare l'accantonamento della prassi amministrativa/regolatoria e giudiziaria – ancora prevalente e qui sopra descritta²¹⁷ – incompatibile con l'ordinamento dell'Unione, sulla scorta del principio del primato²¹⁸. Più in particolare, innanzitutto, lo strumento dell'interpretazione conforme evita che una non compiuta aderenza del sistema normativo di uno Stato membro al diritto UE dia luogo, nella pratica, a un effettivo contrasto tra i due ordinamenti (*i.e.*, a un'antinomia sanabile solamente attraverso la disapplicazione delle norme interne contrastanti), fatto salvo il limite del divieto di interpretazione *contra legem*²¹⁹. In altri termini, l'obiettivo ultimo consiste nel ricondurre i disaccordi inter-ordinamentali alla fisiologia, piuttosto che alla patologia, dei rapporti tra norme, anche quando questi rapporti si declinano, *de facto*, in termini non solamente dialogici, ma anche e soprattutto dialettici. In secondo luogo, il fondamento dell'obbligo d'interpretazione conforme è stato rintracciato dalla Corte di Giustizia nella necessità di garantire sia il rispetto del principio della leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE²²⁰ sia l'effettività-l'effetto utile delle direttive e del diritto UE nel suo complesso²²¹, a

²¹⁶ Cfr. CGUE, *Von Colson*, 10 aprile 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

²¹⁷ Vedi § 5.

²¹⁸ Principio strutturale del diritto UE, sancito per la prima volta esplicitamente, come è risaputo, da CGUE, *Costa*, 15 luglio 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

²¹⁹ Limite peraltro interpretato in maniera non sempre rigorosa dalla Corte di giustizia, cfr. sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 48.

²²⁰ Quanto all'articolo 4, par. 3 TUE, a partire da *Wagner Miret*, si afferma l'idea, funzionale al corretto funzionamento del rimedio dell'interpretazione conforme, che qualsiasi giudice nazionale, allorché interpreta e applica il diritto nazionale, «deve presumere che lo Stato abbia avuto intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata» (cfr. CGUE, *Wagner Miret*, 16 dicembre 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945, punto 20), operando questo principio in particolare con riguardo al recepimento di direttive UE (si veda in questo senso L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 294).

²²¹ Per quanto concerne il principio dell'effettività, è scritto, dalla sentenza *Mau* in poi, che il giudice nazionale deve assicurare «la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta» (cfr. CGUE, *Mau*, 15 maggio 2003, C-160/01, ECLI:EU:C:2003:280, punto 34); ragion per cui, con la pronuncia nel caso *Pfeiffer*, viene chiarito che lo strumento dell'interpretazione conforme è «inerente al sistema del Trattato» (cfr. sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 114). Nella stessa pronuncia, si consolida il concetto secondo cui l'interpretazione conforme, oltre a garantire che il diritto UE venga correttamente applicato, risulta imprescindibi-

cominciare dall'art. 288, par. 3, TFUE. Nella giurisprudenza della Corte viene anche sancito che l'obbligo d'interpretazione conforme, valevole per tutti gli organi degli Stati membri, «compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali», deriva dall'articolo 4, par. 3, TUE²²² e impone a questi ultimi di «conseguire il risultato perseguito» dalle direttive, conformandosi pertanto all'art. 288 TFUE²²³. In terzo luogo, occorre ricordare come l'evoluzione giurisprudenziale dei giudici del *Kirchberg* abbia precisato, circa la portata dell'obbligo in discorso, che è «l'insieme delle disposizioni nazionali»²²⁴, anche quelle di natura costituzionale, a dover essere interpretato, da parte di «tutti i detentori di pubblici poteri»²²⁵, in conformità al diritto UE. Non solamente le norme interne introdotte per recepire la direttiva²²⁶, dunque.

Per quanto concerne l'attuazione della direttiva 2014/24/UE dal punto di vista della consolidata prassi regolatoria e giurisprudenziale nazionale in merito all'interdizione delle imprese dalla partecipazione alle procedure di gara, come scritto nei §§ che precedono, l'interpretazione del dettato normativo di cui al codice dei contratti pubblici, in particolare con riferimento all'art. 80, commi 5, lett. f-ter), 7, 8, 12 e all'art. 93, desta parecchie perplessità. Tra queste ricordiamo l'escussione delle cauzioni provvisorie, non prevista dalla direttiva UE e, in particolare, il carattere automatico dell'esclusione dell'impresa dalle procedure di gara in spregio al diritto all'obbligo di *self-cleaning*. In questa prospettiva, trattandosi di un disallineamento originato dalla prassi regolatoria e giudiziaria, la via dell'interpretazione conforme sembra percorribile. Il presupposto perché l'obbligo d'interpretazione conforme s'imponga alle autorità nazionali, come individuato dalla Corte di Giustizia²²⁷, pertanto, è rispettato: esiste un margine di discrezionalità che consente all'interprete di scegliere tra più interpretazioni possibili della norma interna. In linea con quanto stabilisce la Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza²²⁸, l'interpretazione conforme deve, dunque, essere condotta non soltanto alla luce della direttiva 2014/24/UE, ma anche del diritto primario, scritto e non scritto, che trova attuazione nel regolamento una determinata fattispecie e, segnatamente, delle norme di diritto primario illustrate nel § 6 che precede²²⁹.

Una seconda via consiste nella rimessione alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, della questione concernente l'interpretazione del diritto UE applicabile, allo scopo di verificare se esso osti, come riteniamo, all'automatica

le affinché l'individuo possa beneficiare di un'adeguata tutela giurisdizionale (cfr. sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 111), che costituisce il *noyau dur*, dal punto di vista della protezione del singolo, del principio dell'effettività.

²²² Cfr. *ex multis* sentenza *Von Colson*, cit., punto 26; CGUE, *Marleasing*, 13 novembre 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, punto 8.

²²³ Cfr. sentenza *Von Colson*, cit., punto 26.

²²⁴ CGUE, *Annalisa Carbonari*, 25 febbraio 1999, C-131/97, ECLI:EU:C:1999:98, punto 49.

²²⁵ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Lenz, *Faccini Dori*, C-91/92, punto 35.

²²⁶ Cfr. CGUE, *EvoBus*, 24 settembre 1998, C-111/97, ECLI:EU:C:1998:434, punti 14-22.

²²⁷ CGUE, *Adeneler*, 4 luglio 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, punto 110.

²²⁸ CGUE, *Kolpinghuis*, 8 ottobre 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431, punto 13.

²²⁹ Il riferimento è al principio generale UE di proporzionalità; alle norme UE sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, lette alla luce dei principi generali UE di proporzionalità e di legittimo affidamento, nonché norme sulla libera concorrenza, nonché alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, con riferimento alla libertà d'impresa, al diritto di proprietà, al principio di legalità, al principio di irretroattività, al principio del *ne bis in idem*, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della pertinente giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

esclusione di operatori economici destinatari di misure interdittive, come quelle attuate in Italia, in particolare, ai sensi dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici, dalla partecipazione alle nuove procedure di gara, alle procedure in corso e ai contratti stipulati all'esito di dette procedure e/o in fase di esecuzione. Al riguardo, va evidenziato che l'obbligo d'interpretazione conforme al diritto UE s'interseca con il procedimento pregiudiziale, dal momento che il giudice italiano, nel caso di dubbi interpretativi riguardanti il diritto dell'Unione, ha – a seconda dei casi – la facoltà ovvero l'obbligo di rivolgersi alla Corte di Giustizia al fine di ottenere da quest'ultima l'individuazione di criteri ermeneutici "autentici" per una compiuta comprensione e valutazione delle norme UE (e, quindi, per formulare con maggiore "cognizione di causa" l'interpretazione conforme).

Una terza via, nel caso in cui si qualifichi come insanabile il conflitto tra ordinamento UE e ordinamento italiano, sul piano legislativo, è la disapplicazione di talune disposizioni dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici, e segnatamente del comma 5, lett. f-ter)²³⁰. Disapplicazione che può verificarsi considerato che il diritto UE applicabile è dotato di diretta efficacia²³¹, com'è stato ampiamente dimostrato alla luce della giurisprudenza UE, *in primis* della sentenza *RTS*.

In relazione alla prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana sopra descritta, qualora il criterio dell'interpretazione conforme non sia ritenuto utilizzabile dal giudice o dall'autorità amministrativa, l'operatore economico interdetto dall'ANAC nel corso di un procedimento giurisdizionale o amministrativo successivo all'interdizione e finalizzato all'applicazione degli effetti ad esso assegnati dalla giurisprudenza amministrativa interna dominante, potrebbe invocare direttamente l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, con riferimento all'obbligo di/diritto al *self-cleaning* e una serie di principi e norme del diritto UE ulteriori, tra cui il divieto di *gold plating*, il principio generale di proporzionalità, le disposizioni sul libero mercato, in combinazione con il principio generale del legittimo affidamento, e quelle sulla libera concorrenza, così come gli artt. 16, 17 e 49, della Carta.

Risulta altresì esperibile una quarta via che non mira (direttamente) a ricomporre la frattura tra ordinamenti ed è cumulabile con l'avvio di differenti, paralleli procedimenti giurisdizionali, nell'ambito dei quali l'operatore economico interdetto risulterebbe parte ricorrente o convenuta. Si tratta dell'azione per risarcimento danni cagionati dallo Stato italiano per violazione del diritto UE, *in primis* per mancata o inadeguata attuazione della direttiva 2014/24/UE. Com'è noto, il rimedio risarcitorio scaturisce dal diritto UE, in particolare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²³² e rappresenta un elemento strutturale dell'ordinamento dell'Unione centrato sulla tutela giurisdizionale dei singoli di fronte alle giurisdizioni nazionali. Questo strumento è ammesso, oggi, con riferimento sia a norme UE prive di diretta efficacia che a norme UE direttamente efficaci, sia al diritto UE primario che derivato e in relazione a comportamenti posti in essere sia dalle autorità amministrative che dalle autorità giudiziarie, oltre che legislative.

²³⁰ Analogamente a quanto è stato scritto *supra* circa l'interpretazione conforme, peraltro, disapplicazione e rinvio pregiudiziale possono operare in sinergia, potendo poggarsi la prima sulla sentenza pregiudiziale con la quale la Corte di giustizia, adita dal giudice nazionale remittente, *de facto*, avrebbe modo di ravvisare le condizioni per imporre, appunto, la disapplicazione anziché l'interpretazione conforme.

²³¹ Cfr. da ultimo CGUE, *Popławski II*, 24 giugno 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, punto 61 ss.

²³² Cfr. CGUE, *Francovich*, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.

Addendum. Le ordinanze della sezione V del Consiglio di Stato del 23 aprile e del 28 maggio 2021 e le sentenze n. 446, n. 447 e n. 452 del 2021 del TAR Bologna: *quid novi* circa l'attuazione della direttiva 2014/24/UE in Italia?

Come anticipato nei §§ che precedono²³³ e in aggiunta a quanto rilevato in relazione alla sentenza *Rad Service*²³⁴, si sono recentemente registrate alcune importanti novità in merito alla compatibilità, con il sistema normativo delineato dalla direttiva 2014/24/UE, dell'esclusione automatica dell'operatore economico basata sul disposto dell'art. 80, comma 5, lett. f-ter) del codice dei contratti pubblici e sulla prassi regolatoria e giurisprudenziale ancora prevalente.

Un primo sviluppo ha ad oggetto la (il)legittimità dell'equiparazione – invalsa nella prassi giurisprudenziale italiana²³⁵ – tra “omissione dichiarativa” e presentazione di una «falsa dichiarazione» ex art. 80, comma 5, lett. f-ter). A questo riguardo viene in rilievo l'ordinanza n. 2163 della Sezione V del Consiglio di Stato, pubblicata il 23 aprile u.s., con la quale è stata accolta un'istanza cautelare volta a sospendere l'esecutività di una sentenza del TAR Lazio²³⁶.

L'iter logico-argomentativo dell'ordinanza può essere ricostruito nei termini seguenti, senza che appaia necessario illustrare i fatti da cui origina la – articolata – vicenda processuale²³⁷. In primo luogo, viene affermato che, sulla scorta «[de]gli orientamenti emergenti nella giurisprudenza europea e costituzionale»²³⁸, all'iscrizione nel casellario informatico ANAC dovrebbe riconoscersi natura sostanzialmente penale. In secondo luogo, la Sezione V rileva che «l'omissione dichiarativa non coincide con la falsa dichiarazione»²³⁹. Da queste due statuizioni ne consegue poi una terza: «ad un sommario avviso [...] appare vulnerato il principio di stretta tipicità legale della fattispecie sanzionatoria»²⁴⁰. Sebbene tutte e tre queste affermazioni rivestano interesse ai fini della presente analisi, è possibile dedicare particolare attenzione al secondo passaggio del ragionamento: l'impossibilità di equiparare *sic et simpliciter* l'omissione dichiarativa all'elemento materiale della falsa dichiarazione. Principio, questo, sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella nota sentenza n. 26/2020²⁴¹, poi riaffermato nell'ordinanza n.

²³³ Vedi *supra* §§ 4 e 5.

²³⁴ Vedi *supra* §§ 2, 3, 5, e 6.

²³⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7271, come rilevato *supra* nel § 5.

²³⁶ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 29 marzo 2021, n. 3754.

²³⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 29 marzo 2021, n. 3754.

²³⁸ Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 2021, n. 2163. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, viene operato un riferimento a Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68, punto 6 in diritto.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 26/2020, ove, confrontata alla definizione dei rapporti tra lett. c) ed f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici, l'Adunanza Plenaria condivide i rilievi della Sezione rimettente secondo cui «la falsità di una dichiarazione è [...] predicabile rispetto ad un «dato di realtà», ovvero ad una «situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso», rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore economico». In altri termini un'«omissione dichiarativa» non potrebbe essere considerata «falsa» in quanto, da un lato, secondo il «risalente [i]nsegnamento filosofico [...] vero e falso non sono nelle cose ma nel pensiero e nondimeno dipendono dal rapporto di quest'ultimo con la realtà», e, dall'altro lato, «[i]n tanto una dichiarazione che esprima tale pensiero può dunque essere ritenuta falsa in quanto la realtà cui essa si riferisce sia in rerum natura».

923/2021 resa dal Consiglio di Stato, anche in tale occasione in via cautelare²⁴².

Appare opportuno aggiungere che, con ordinanza del 28 maggio, la Sezione V del Consiglio di Stato ha ordinato l'ottemperanza della precedente ordinanza n. 2163/2021 «e, per l'effetto, la sospensione dell'efficacia della sanzione interdittiva, mediante oscuramento della medesima»²⁴³.

Il secondo sviluppo giurisprudenziale da esaminare riguarda la portata del diritto al *self-cleaning* nell'ordinamento italiano. A questo riguardo, occorre spendere qualche parola in merito alle tre sentenze rese dal TAR Bologna il 5 maggio 2021²⁴⁴, tutte connotate da un approfondito esame del quadro normativo e giurisprudenziale UE in materia di *self-cleaning*²⁴⁵. Gli aspetti di maggiore interesse di queste pronunce, in relazione all'oggetto di questa indagine, sono tre e possono essere così riassunti.

Un primo aspetto concerne il *modus operandi* del motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), del codice dei contratti pubblici. A fronte della posizione sostenuta dalla parte ricorrente, secondo cui tale esclusione doveva assumere natura vincolata, il TAR Bologna afferma che «l'istituto del *self-cleaning* rappresenta una “valvola di chiusura” del sistema che regola le cause di esclusione, preposta a mitigare le ipotesi ostative enucleate all'art. 80, comma 5»²⁴⁶. Ciò sulla scorta dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia nei casi *Meca Srl* e *RTS*. Ne consegue che la lettura avanzata dalla ricorrente si pone in contrasto con la direttiva 2014/24/UE²⁴⁷.

Non sembra parimenti condivisibile – prosegue il TAR – l'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato in merito alla natura automatica e vincolata dell'esclusione in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti²⁴⁸. Orientamento, già richiamato *supra*²⁴⁹, secondo cui la possibilità di avvalersi di misure di *self-cleaning* sarebbe esclusa, potendo l'amministrazione aggiudicatrice in questo caso prescindervi disponendo l'immediata esclusione dell'operatore economico²⁵⁰. In altre parole, come più volte prospettato nei precedenti §§, il TAR Bologna ricorre allo strumento dell'interpretazione conforme al diritto UE per “mitigare” l'automatismo²⁵¹ e risolvere – almeno in parte

²⁴² Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 2021, n. 923, ove «la sussistenza di profili di *boni iuris*» è stata ravvisata in relazione, tra l'altro, al «principio di stretta tipicità legale della fattispecie sanzionatoria con riguardo all'elemento materiale della falsa dichiarazione, cui non è equiparabile *sic et simpliciter* l'omissione dichiarativa».

²⁴³ Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2021, n. 2858.

²⁴⁴ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446, n. 447 e n. 452 e Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 2021, n. 2163.

²⁴⁵ Vedi *supra* § 3.

²⁴⁶ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446 e n. 447, punto 6.1 in diritto.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446 e n. 447, punto 6.6 in diritto. In questo senso deporrebbero anche le Linee Guida n. 6 adottate dall'ANAC già menzionate, vedi § 5.

²⁴⁹ Vedi § 5.

²⁵⁰ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446 e n. 447, punto 6.6 in diritto.

²⁵¹ Impostazione, questa, prospettata in via subordinata dalla parte controinteressata, aggiudicataria di lotti di gare di appalto per la fornitura di servizi benché destinataria di una misura interdittiva ANAC, cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446 e n. 447, lett. N in fatto. Costituendosi in giudizio, difatti, essa chiedeva il rigetto del gravame, la disappli-

– il contrasto tra la prassi giurisprudenziale vigente in Italia e l'ordinamento dell'Unione²⁵².

Un secondo profilo rappresenta una diretta conseguenza di quanto precede: essendo l'automatismo espulsivo «mitigato nel senso illustrato», non sarebbe ravvisabile – prosegue il TAR – un'antinomia, di tipo normativo, di tale meccanismo con i principi UE²⁵³. Non sarebbe quindi necessario ricorrere alla disapplicazione della normativa nazionale, considerata «coerente con la direttiva»²⁵⁴.

Un terzo profilo attiene all'efficacia temporale delle misure di *self-cleaning*. Al riguardo, le tre sentenze del TAR Bologna in commento confermano la prassi giurisprudenziale secondo cui tali misure debbono essere state poste in essere prima di presentare la domanda di partecipazione a una procedura di gara (oppure contestualmente alla presentazione della domanda)²⁵⁵. In breve, viene affermato che «le misure di *self-cleaning* rappresentano una conseguenza di precedenti condotte illecite e rispondono alla finalità di mantenere l'operatore economico sul mercato, e non già all'esigenza di sanare l'illiceità di condotte pregresse[,] [...] il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle [stesse] e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte, posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alterativa della *par condicio* dei concorrenti»²⁵⁶. Al riguardo ci limitiamo a ribadire, com'è già stato rilevato nel § 6, che questa impostazione non è, in realtà, imposta dalla direttiva e che, ove gli Stati membri optino per una siffatta limitazione temporale della possibilità di far valere eventuali misure correttive, questa deve essere prevista espressamente dalla normativa nazionale e, in termini cumulativi, dalla disciplina di gara²⁵⁷.

cazione dell'art. 80, comma 5, lett. f e f-ter), del codice dei contratti pubblici per contrasto con l'art. 57, par. 4, lett. g), della direttiva 2014/24/UE, la constatazione del contrasto dell'automatismo espulsivo con una serie di norme di diritto primario UE, e segnatamente con il principio di proporzionalità, la libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, gli artt. 16, 51 e 52, della Carta, nonché i principi di parità di trattamento e non discriminazione, del legittimo affidamento e della certezza del diritto, e di legalità ed irretroattività. In subordine, in aggiunta al rigetto del gravame, veniva domandato al TAR di dichiarare il motivo di esclusione in discorso non operante in via automatica, necessitando di un'autonoma valutazione del fatto che tenga conto delle misure di ravvedimento operoso poste in essere dall'impresa.

²⁵² Sembra possibile dubitare che questo “addolcimento” delle conseguenze dell'iscrizione nel casellario informatico ANAC mediante lo strumento dell'interpretazione conforme sia sufficiente – anche ove, come si spera, trovi seguito nella giurisprudenza amministrativa italiana – ad allineare completamente l'attuazione nell'ordinamento italiano dell'istituto in esame; soprattutto ove venga considerata la recente pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Rad Service* e lo sfavore ivi espresso in relazione a detto automatismo, sulla quale vedi *supra* §§ 3 e 6.

²⁵³ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446 e n. 447, punto 7 in diritto.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 9 febbraio 2021, n. 380.

²⁵⁶ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446, n. 447 e n. 452, punto 6.3 in diritto, ove si legge anche che «[r]isponde [...] al canone di logicità il fatto che le misure di *self-cleaning* siano operative pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive all'adozione delle stesse, e che è inimmaginabile un loro effetto retroattivo».

²⁵⁷ Sulla scorta di quanto sancito nella sentenza *RTS*, infatti, gli Stati membri possono limitare la possibilità di far valere eventuali misure correttive al momento della presentazione della domanda di partecipazione soltanto nel rispetto dei principi della parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità, e dei diritti di difesa; vedi *supra* § 3.

Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale

Appeal of the sanctions of the Bank of Italy and Consob and classification of the power subject to judicial review

di Wladimiro Troise Mangoni *

ABSTRACT

L'articolo prende in considerazione il giudizio d'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori irrogati dalla Banca d'Italia e dalla Consob, al fine di scrutinare l'impostazione del giudice ordinario circa i limiti del sindacato giurisdizionale. La qualificazione degli atti sanzionatori come provvedimenti amministrativi conduce a svolgere taluni rilievi critici sulla determinazione dell'oggetto del giudizio e, conseguentemente, sull'ampiezza della tutela che deve essere riconosciuta al privato.

Parole Chiave: Banca d'Italia – Consob – Provvedimenti sanzionatori – Limiti del sindacato giurisdizionale

The article takes into consideration the appeal judgment of the sanctioning measures imposed by the Bank of Italy and Consob, in order to scrutinize the setting of the ordinary judge on the limits of judicial review. The qualification of the sanctioning acts as administrative measures leads to carry out certain critical findings on the determination of the object of the judgment and, consequently, on the extent of the protection that must be recognized to the private.

Key Words: Bank of Italy – Consob – Sanctions – Limits of judicial review

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. L'orientamento della Corte di Cassazione sull'individuazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob. – 3. Considerazioni critiche sull'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione. – 4. Una proposta ricostruttiva alternativa.

1. Considerazioni preliminari

In seguito all'emanazione di due note sentenze della Corte costituzionale,

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano

la giurisdizione sull'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori emanati dalla Banca d'Italia e dalla Consob è attribuita al giudice ordinario¹.

Il sistema di tutela processuale avverso le sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti risulta dunque bipartito: da un lato, la cognizione relativa agli atti sanzionatori irrogati dalla Banca d'Italia e dalla Consob è affidata al giudice ordinario; dall'altro, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riguardo alle sanzioni delle altre autorità.

Obiettivo di questo scritto è il tentativo di inquadrare l'oggetto del giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob.

Un simile tentativo muoverà dalle premesse sistematiche che hanno condotto la Consulta alle decisioni sul riparto di giurisdizione poco sopra richiamate e si svilupperà attraverso l'esame della ricognizione operata dal giudice ordinario e, in particolare, dalla Corte di Cassazione sull'ambito oggettivo del proprio sindacato.

Saranno infine svolti dei rilievi conclusivi, nei quali emergeranno talune notazioni critiche sull'assetto processuale determinatosi in materia, con la formulazione di una proposta alternativa rispetto all'orientamento giurisprudenziale attualmente dominante.

2. L'orientamento della Corte di Cassazione sull'individuazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob

Si è più sopra anticipato che da diversi anni la giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob è attribuita al giudice ordinario. In particolare, la competenza relativa al giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori delle predette autorità è attribuita alla Corte d'Appello; il decreto che decide il giudizio è impugnabile dinanzi alla Corte di Cassazione per motivi di legittimità.

Ai fini della ricostruzione dell'oggetto di tali giudizi, è utile ripercorrere l'indirizzo interpretativo seguito proprio dalla Suprema Corte, per comprenderne il fondamento giuridico e tentare poi di svolgere taluni rilievi critici.

Appare decisamente consolidato l'orientamento della Corte di Cassazione che individua quale oggetto del giudizio di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob il rapporto giuridico attinente al credito vantato dall'autorità nei confronti del soggetto sanzionato, con la valutazione dei presupposti di fatto e di diritto dell'illecito accertato.

Le più recenti sentenze della Suprema Corte espressesi in materia di san-

¹ Ci si riferisce alle sentenze Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 162, per quanto riguarda i provvedimenti sanzionatori della Consob; e Corte Cost., 15 aprile 2014, n. 94, con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia. Tra i commenti alle predette sentenze, si ricorda M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2, 2012, p. 1166; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 2013, p. 687; A. SCOGNAMIGLIO, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2, 2013, p. 254; E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, p. 280; sia consentito, altresì, il rinvio a W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 33.

zioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob riprendono testualmente un passaggio centrale di una pronuncia delle sezioni unite, intervenuta in tema di circolazione stradale. In essa si afferma che il giudizio di opposizione alla sanzione amministrativa «investe il rapporto e non l'atto, e quindi sussiste la giurisdizione piena del giudice, che potrà (e dovrà) valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa e in ipotesi non esaminate o non motivatamente respinte, se riproposte nei motivi di opposizione e decidere su di esse con pienezza di poteri sia che le stesse investano questioni di diritto o di fatto»².

In questa prospettiva, la Suprema Corte, nel disconoscere che il giudizio investa l'atto sanzionatorio, considera irrilevanti i vizi che riguardino l'esercizio del potere sanzionatorio; e così, non assumono alcuna portata invalidante, da un lato, le violazioni della disciplina del procedimento sanzionatorio e, dall'altro, i vizi di natura sostanziale del provvedimento amministrativo.

Sotto il primo profilo, si pensi, a titolo esemplificativo, alle garanzie relative al contraddittorio procedimentale: è ricorrente l'affermazione secondo la quale eventuali violazioni del principio del contraddittorio in sede procedimentale non sono censurabili, dal momento che il diritto di difesa è recuperabile nel successivo giudizio di impugnazione; in esso il soggetto sanzionato può svolgere dinanzi a un giudice dotato di cognizione piena le difese che gli siano state precluse in sede amministrativa.

Emerge una visione unica e 'bifasica' del procedimento sanzionatorio, in cui il giudizio di opposizione costituisce la fisiologica prosecuzione del procedimento amministrativo volto all'irrogazione della sanzione³. E, dunque, l'emanazione dell'atto sanzionatorio costituisce un mero snodo procedimentale, che apre la via al sindacato sul rapporto affidato al giudice ordinario.

Per quanto riguarda il secondo profilo – l'irrelevanza dei vizi attinenti al quadro normativo sostanziale del provvedimento – sono frequenti, ad esempio, le sentenze che non considerano la violazione dell'obbligo di motivazione come sufficiente per condurre all'annullamento dell'atto sanzionatorio⁴.

Dalla sintetica disamina della giurisprudenza emerge una concezione del giudizio di impugnazione dell'atto sanzionatorio che solo apparentemente è

² Così, espressamente, Cass., sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786. Come anticipato nel testo, la Corte di Cassazione ha ripreso diverse volte il passaggio appena citato. In materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, si rinvia a Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2013, n. 15019; Cass. civ., sez. I, 7 agosto 2014, n. 17799; Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141; Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2018, n. 27365; Cass. civ., sez. II, 17 febbraio 2020, n. 3845; e Cass. civ., sez. II, 18 agosto 2020, n. 17211. Con riguardo alle sanzioni emanate dalla Consob, cfr. Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31635; Cass. civ., sez. II, 10 luglio 2020, n. 14710; Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1602; Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2021, n. 2638.

³ Parla espressamente della «natura bifasica del procedimento» Cass. civ., sez. II, n. 3845/2020, cit. Nella sentenza appena citata la Suprema Corte afferma che «il rispetto del diritto di difesa dell'incolpato va apprezzato in relazione all'intero procedimento, articolato nella fase amministrativa partecipata, finalizzata alla formazione della volontà sanzionatoria, e nel successivo giudizio di opposizione che si svolge dinanzi a un giudice terzo, dotato di giurisdizione piena sul rapporto».

⁴ Anche sotto questo profilo la sentenza alla quale aderisce la successiva giurisprudenza è la già citata Cass. civ., sez. un., n. 1786/2010, nella quale si afferma espressamente «il principio secondo cui i vizi motivazionali dell'ordinanza ingiunzione, non comportano la nullità del provvedimento, e quindi l'insussistenza del diritto di credito derivante dalla violazione commessa». In questo senso, Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2013, n. 15019; Cass. civ., sez. I, 7 agosto 2014, n. 17799; Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141; Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2018, n. 27365; Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31635; Cass. civ., sez. II, 17 febbraio 2020, n. 3845; Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1602; Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2021, n. 2638.

tale: esso è in realtà concepito dal giudice ordinario come incentrato sul rapporto obbligatorio venuto in essere a seguito dell'illecito integrato dal soggetto sanzionato.

A seguito del comportamento illecito, sorge immediatamente un diritto di credito in capo all'autorità nei confronti del soggetto sanzionando e l'atto sanzionatorio costituisce la mera esplicitazione della pretesa creditoria. Nell'irrogare le sanzioni, l'autorità «non esercita un potere amministrativo in senso proprio e con effetti costitutivi, ma adempie semplicemente al dovere istituzionale, cui la medesima soggiace in ragione della sua peculiare essenza, di provvedere alla riscossione di un credito già sorto per effetto della riscontrata violazione»⁵.

Poche righe più sopra, tuttavia, la sentenza appena citata non manca di confermare la decisione della Corte d'appello, nella parte in cui essa afferma la natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, dalla quale si desume la generale irrilevanza dei vizi concernenti il procedimento disciplinato dall'art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF).

Secondo questa prospettiva interpretativa, dunque, l'esercizio della funzione sanzionatoria, da un lato, non costituisce esercizio di potere amministrativo, ma mera ricognizione di un credito sorto in ragione del verificarsi dell'illecito e, dall'altro, si concretizza in un provvedimento che, per la sua natura vincolata, non è censurabile sulla base del consueto catalogo di vizi, la cui presenza rende di regola illegittimo il provvedimento amministrativo.

3. Considerazioni critiche sull'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione

La sintetica ricostruzione appena svolta ci consegna un giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori irrogati dalla Banca d'Italia e dalla Consob che, da un lato, è affidato (sulla base delle più sopra richiamate sentenze della Corte costituzionale) alla giurisdizione del giudice ordinario e, dall'altro, incontra i limiti di cognizione che il medesimo giudice ha individuato con l'avvallo della Corte di Cassazione.

Un simile assetto ha sollecitato taluni commenti critici in dottrina.

Diversi gli argomenti addotti contro l'attribuzione della giurisdizione sulle sanzioni in esame al giudice ordinario. Se ne fa un sintetico cenno, esclusivamente perché funzionale al discorso che si intende condurre.

In primo luogo, la Consulta, nell'affermare l'eccesso di delega posto in essere dal codice del processo amministrativo, non ha riconosciuto un'adeguata rilevanza al principio di concentrazione delle tutele⁶, che avrebbe imposto di affidare alla medesima giurisdizione – quella del giudice amministrativo – il sindacato sull'attività di vigilanza e su quella sanzionatoria, in ragione della stretta correlazione e consequenzialità della seconda rispetto alla prima⁷.

⁵ Così, da ultimo, Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1602.

⁶ Pur qualificato dall'art. 44, della legge delega n. 69/2009 come principio e fine da perseguire con il decreto legislativo.

⁷ Sul punto, si veda M. RAMAJOLI, *Le forme di giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 141, spec. p. 188; M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob*, op.

In via più generale, le critiche verso l'attribuzione della giurisdizione in parola al giudice ordinario attengono alla perdita di coerenza del sistema di giustizia, che ha visto nei decenni consolidarsi il ruolo del giudice amministrativo come giudice del mercato (in relazione ai provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) e dei mercati regolati (con riguardo agli atti delle diverse autorità di regolazione)⁸.

Appare, dunque, decisamente poco coerente un ordinamento processuale che ripartisca la giurisdizione in materia di provvedimenti sanzionatori di autorità di regolazione sostanzialmente connotati dalle medesime caratteristiche giuridiche tra due giudici diversi.

Quello appena sottolineato è un profilo che non determina una semplice disarmonia di sistema e merita un breve approfondimento.

Ciò che emerge chiaramente dall'analisi della giurisprudenza del giudice amministrativo è un'impostazione del sindacato sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti che interviene sull'esercizio del potere, nel suo svolgersi procedimentale⁹ e nella sua essenza sostanziale¹⁰.

Non è questa la sede per approfondire i limiti (ma, forse, è preferibile parlare di ampiezza) del sindacato del giudice amministrativo con riguardo ai provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, nel confronto con quelli che si è imposto il giudice ordinario. Ci si limita a pochi sintetici rilievi.

Una prima impressione che si trae dalle considerazioni che precedono attiene alla sussistenza di un indiscutibile – e giuridicamente non giustificabile – deficit di tutela in capo al soggetto nei cui confronti sia irrogata una sanzione da parte della Banca d'Italia e della Consob rispetto a quello sanzionato da altre autorità indipendenti.

Sotto il profilo sostanziale, il provvedimento sanzionatorio irrogato dalle due autorità in esame non viene sindacato sulla base dei classici parametri di legittimità. Ciò che non consente di rilevare una serie di deviazioni rispetto alla corretta esplicazione del potere, sulle quali – come si è visto – si esercita la cognizione del giudice amministrativo, con riguardo alle sanzioni irrogate dalle altre autorità¹¹.

cit., p. 1172; A. POLICE, in A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, *cit.*, p. 689; A. SCOGNAMIGLIO, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, *cit.*, p. 257 ss.; A. POZZI, *Giurisdizione esclusiva (in materia creditizia e dei mercati finanziari) o giurisdizione escludente dei TAR?*, in *www.giustamm.it*, p. 4; W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia*, *cit.*, p. 38 ss.

⁸ Si rinvia, tra gli altri, agli interessanti rilievi di M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro. amm., TAR*, 2003, p. 3133; *Id.*, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 188.

⁹ Si vedano, in proposito, a titolo esemplificativo, le recenti sentenze del Consiglio di Stato, che confermano l'annullamento di provvedimenti sanzionatori di autorità indipendenti, a causa della violazione del termine per la conclusione del procedimento: Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153, in materia di sanzioni Agcom; Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584; confermata da Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2021, nn. 2308 e 2309, in tema di sanzioni ARERA.

¹⁰ Per un recente caso di annullamento di un provvedimento sanzionatorio dell'Agcom, per violazione del principio di proporzionalità e per l'assenza di un'adeguata motivazione circa la gravità della sanzione irrogata, si veda TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 dicembre 2020, n. 12883.

¹¹ Si è osservato in precedenza (nota 4) come la giurisprudenza della Corte di Cassazione consideri irrilevante la violazione dell'obbligo di motivare i provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob. Per taluni rilievi critici su questo orientamento giurisprudenziale sia consentito il rinvio a W. TROISE MANGONI, *Sull'irrelevanza dei vizi relativi alla motivazione nel giudizio di impugnazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 5049.

Dal punto di vista procedimentale, si è più sopra ricordato come siano considerati irrilevanti eventuali vizi del procedimento di applicazione della sanzione, dal momento che l'eventuale deficit di garanzie procedurali è recuperabile nella conseguente e fisiologica fase dell'impugnazione processuale¹².

Presupposto logico-giuridico di questa visione è la considerazione dell'indistinzione tra l'annullamento di una sanzione irrogata e la mancata irrogazione della stessa. Anche tale ultimo profilo non può essere sviluppato in questa sede, non senza aver ricordato tuttavia come, in settori come quelli regolati e vigilati dalla Banca d'Italia e dalla Consob, lo stigma reputazionale derivante dall'irrogazione di una sanzione può produrre effetti gravi e talvolta irreversibili per la sfera soggettiva del sanzionato, incidendo su diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione¹³. Ciò che impone di considerare come profondamente diversa la situazione di chi, con l'ausilio di tutte le garanzie procedurali previste dal nostro ordinamento, riesca a evitare l'irrogazione della sanzione rispetto a quella di chi ne ottenga l'annullamento in sede giurisdizionale¹⁴.

I diversi profili critici emersi dalla breve disamina della giurisprudenza della Suprema Corte in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob conducono, dunque, ad auspicare un intervento legislativo che attribuisca nuovamente la giurisdizione sui predetti provvedimenti al giudice amministrativo¹⁵.

4. Una proposta ricostruttiva alternativa

In attesa dell'auspicato intervento legislativo, in ossequio alle premesse iniziali, i rilievi conclusivi di questo scritto volgeranno verso il tentativo di inquadra-

¹² In posizione condivisibilmente critica su questa impostazione giurisprudenziale, M. Clarich, *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. econ., Suppl. al n. 2*, 2020, p. 40. L'A. si interroga sulle conseguenze che la giurisprudenza civile trae dalla ricostruzione del giudizio sulle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob, per risponderne icasticamente che «semplicemente, tutte le garanzie procedurali, nella fase antecedente, non hanno nessuna rilevanza. L'atto amministrativo che irroga la sanzione è semplicemente l'occasione affinché il giudice possa esaminare a fondo, e completamente libero da ogni condizionamento, il rapporto sanzionatorio» (p. 44). Si rinvia altresì a M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 100. Anche E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, p. 280, dopo aver compiuto un'interessante disamina del giudizio d'impugnazione degli atti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob, si mostra critica nei confronti dell'impostazione del giudice ordinario. Secondo l'Autrice, la conseguenza della premessa di fondo secondo cui il predetto giudizio investe il rapporto, con una cognizione piena da parte del giudice, che legittimerebbe l'attenuazione dell'osservanza delle regole del contraddittorio nel procedimento sanzionatorio, fa emergere «il rischio che le garanzie di difesa non vengano soddisfatte né prima né dopo» (p. 294).

¹³ In tal senso, F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 7. L'A., riferendosi alle sanzioni interdittive (quali, ad esempio, l'incapacità ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate) e agli effetti inabilitativi da esse derivanti (si pensi alla perdita dei requisiti di onorabilità), condivisibilmente osserva che «esse hanno una portata afflittiva spiccatamente marcata, incidendo direttamente sulla libertà personale del soggetto» e, in particolare, su quella a svolgere l'attività lavorativa, estrinsecazione di un diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 4 Cost.

¹⁴ Condivisibili, sul punto, i rilievi di E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., p. 294 ss.

¹⁵ Propendono per il ritorno della giurisdizione dinanzi al giudice amministrativo A. POLICE, in A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, cit., p. 692; ed E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., p. 308 ss.

re l'oggetto del giudizio in discussione secondo una prospettiva interpretativa diversa da quella indicata dalla Corte di Cassazione. E ciò, prescindendo da considerazioni attinenti all'effettività della tutela, alla coerenza sistematica del nostro ordinamento processuale o, più in generale, alla politica del diritto. In sostanza, il fine verso il quale si tende non è quello di rinvenire aprioristicamente una tutela più soddisfacente per la sfera soggettiva del privato; ciò che condurrebbe a confondere lo scopo della giurisdizione con l'oggetto della stessa.

Il predetto tentativo deve essere condotto evitando tesi preconcepite e cristallizzatesi nella tradizione interpretativa giurisprudenziale di cui si è dato conto e deve necessariamente muovere dal dato di diritto positivo sostanziale e processuale.

Occorre allora, in primo luogo, sottoporre a vaglio critico la qualificazione effettuata dalla Corte di Cassazione del giudizio in esame come avente ad oggetto un rapporto obbligatorio sorto a seguito dell'integrazione dell'illecito.

Una simile lettura non sembra ricostruire in modo rigoroso e analitico i diversi passaggi giuridici che conducono all'irrogazione della sanzione e successivamente all'impugnazione della stessa.

L'integrazione di un comportamento potenzialmente qualificabile come illecito non è in grado *ex se* di far sorgere in capo all'agente alcun tipo di obbligo, né in capo all'autorità deputata a vigilare su quel settore della vita economica alcun diritto di credito.

La concretizzazione di quel comportamento produce l'effetto di sollecitare le attività di indagine dell'autorità competente (c.d. fase pre-istruttoria), a seguito delle quali può intervenire un atto di contestazione nei confronti dell'agente circa la commissione di un illecito. Un simile atto determina l'avvio di un vero e proprio procedimento amministrativo, nel quale si esplica la funzione sanzionatoria dell'autorità; la disciplina del predetto procedimento si rinviene in un composito quadro normativo costituito da previsioni legislative, attuate e integrate da disposizioni regolamentari emanate dalle autorità in esame.

Pur senza percorrere in rassegna l'intero insieme normativo disciplinante lo svolgersi della funzione sanzionatoria della Banca d'Italia e della Consob, ci si limita a ricordare come l'art. 195 del TUF preveda che i soggetti nei confronti dei quali siano stati contestati degli addebiti da parte delle predette autorità «possono, entro trenta giorni dalla contestazione, presentare deduzioni e chiedere un'audizione personale in sede istruttoria, cui possono partecipare anche con l'assistenza di un avvocato» (comma 1) e, ancora, che «il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie» (comma 2). In modo analogo, l'art. 24, legge 28 dicembre 2005, n. 262 (legge sul risparmio) prevede che i procedimenti sanzionatori condotti (tra le altre autorità) dalla Banca d'Italia e dalla Consob «sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione».

Le previsioni legislative di carattere generale, e purtroppo chiarissime nel vincolare le autorità al rispetto di parametri consolidati circa le modalità di esplicazione del potere amministrativo, rinvengono una disciplina di dettaglio delle diverse fasi procedurali nei regolamenti emanati dalle autorità medesime ¹⁶.

¹⁶ Per quanto riguarda la Banca d'Italia, si vedano le Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa, Provvedimento del 18 dicembre 2012 e suc-

Solo in esito a un procedimento così disciplinato la Banca d'Italia e la Consob sono legittimate a emanare un provvedimento sanzionatorio in grado di produrre effetti non solo di natura pecuniaria, ma anche interdittiva.

In proposito, le disposizioni legislative poco sopra richiamate prevedono espressamente che «le sanzioni amministrative previste nel presente titolo sono applicate dalla Banca d'Italia o dalla Consob, secondo le rispettive competenze, con provvedimento motivato (...)» (art. 195 TUF) e, ancora, che i provvedimenti sanzionatori delle predette autorità «devono essere motivati. La motivazione deve indicare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria» (art. 24, comma 2, legge n. 262/2005).

Sotto il profilo processuale, il citato art. 195 TUF, prevede che «avverso il provvedimento che applica la sanzione è ammesso ricorso alla corte d'appello (...)» (comma 4) e, ancora, che «con la sentenza la corte d'appello può rigettare l'opposizione (...) o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo l'ammontare o la durata della sanzione» (comma 7-bis).

Ebbene, in considerazione della sintetica ricostruzione appena effettuata della funzione sanzionatoria in discussione, emergono taluni dati difficilmente confutabili.

In primo luogo, un rapporto giuridico obbligatorio tra autorità e soggetto sanzionato non sorge a seguito del comportamento di quest'ultimo, ma in ragione dell'effetto costitutivo prodotto dal provvedimento; con riguardo alle sanzioni interdittive, un simile rapporto giuridico non è neanche configurabile, determinandosi il mero effetto restrittivo di natura personale della sfera giuridica del destinatario.

Ne discende, in secondo luogo, che le conseguenze giuridiche pregiudizievoli nei confronti del privato derivano dal contenuto precettivo del provvedimento sanzionatorio, il quale (a sua volta) costituisce l'esito della dialettica tra amministrazione e privato sviluppatasi nell'ambito dell'iter procedimentale.

Quest'ultimo profilo merita una sottolineatura. Il quadro di diritto positivo sintetizzato poco sopra ci consegna una funzione sanzionatoria che si esplica secondo i canoni classici dell'esercizio del potere autoritativo: esso, attraverso lo svolgersi delle diverse fasi procedimentali normativamente disciplinate, si concretizza in un provvedimento imperativo a sua volta retto dai parametri normativi di carattere generale che regolano qualsiasi provvedimento amministrativo¹⁷.

Così inquadrata la materia, appare forse pleonastico indugiare sulla natura discrezionale o vincolata di un simile provvedimento. Pur accedendo alla tesi sostenuta dalla Consulta e dalla Corte di Cassazione circa il carattere vincolato dei provvedimenti in discussione¹⁸, non muta la questione relativa alla necessaria intermediazione di un provvedimento amministrativo per la produzione degli effetti pregiudizievoli nei confronti del destinatario della sanzione.

A fronte dell'emanazione di un provvedimento siffatto, il rimedio processua-

cessive modifiche; con riferimento alla Consob, si rinvia al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob, adottato con delibera 19 dicembre 2013, n. 18750 e successivamente modificato con delibera 24 febbraio 2016, n. 19521.

¹⁷ L'assenza di margini di dubbio sulla collocazione delle sanzioni amministrative tra gli atti di natura provvedimento consente di citare, per tutti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 177 ss.

¹⁸ In posizione critica rispetto a questa impostazione, tuttavia, tra gli altri, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 79 ss.; ed E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., p. 299 s.

le che l'ordinamento consente di proporre al soggetto sanzionato per tutelare la propria sfera giuridica è, come si è visto, un vero e proprio giudizio di impugnazione.

Si dispone, a questo punto, degli elementi utili per tentare di definire l'oggetto del giudizio in esame.

Le previsioni normative richiamate non lasciano emergere alcun elemento di diritto positivo dal quale inferire la sussistenza di un preteso rapporto giuridico come oggetto del giudizio; quest'ultimo verte sull'impugnazione di un provvedimento amministrativo. L'attribuzione della giurisdizione in tale materia al giudice ordinario, sulla base di un criticabile orientamento della Corte costituzionale, non muta la questione.

Se, allora, ci troviamo dinanzi a un giudizio di impugnazione di un provvedimento amministrativo, la cui illegittimità conduce al suo annullamento, riecheggia l'insegnamento dottrinale che ricostruisce l'oggetto del giudizio di impugnazione di un provvedimento amministrativo come affermazione della sua illegittimità in relazione alle censure dedotte¹⁹.

A tale prospettazione interpretativa si aderisce (non assertivamente, ma) sulla base della sua coerenza argomentativa e della convincente confutazione delle obiezioni a essa mosse²⁰.

¹⁹ Ci si riferisce a R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 405 ss. In via di estrema sintesi, l'A. muove dalla qualificazione dell'interesse legittimo come posizione giuridica sostanziale di vantaggio, dipendente da un potere e garantita dalle norme che impongono al titolare di quel potere di osservare il quadro normativo che lo disciplina. Se, allora, il vantaggio protetto dall'ordinamento perviene al titolare dell'interesse legittimo solo come risultante dell'osservanza delle norme che disciplinano il potere, l'affermazione della lesione della predetta posizione giuridica conduce a un giudizio che verta sull'illegittimità del provvedimento. L'illegittimità del provvedimento non può, tuttavia, essere considerata oggetto del giudizio; e ciò, per due ragioni: in primo luogo, perché riconducibile alla sfera giuridica sostanziale e, quindi, necessitante di un profilo formale per essere acquisita come centro del processo; in secondo luogo, poiché essa al momento dell'instaurazione del giudizio costituisce meramente un'ipotesi da verificare attraverso la celebrazione del processo. È, dunque, l'affermazione di una fattispecie di diritto sostanziale – l'illegittimità del provvedimento impugnato – ad assurgere a oggetto del giudizio: ove il giudice valuti come fondata la domanda del ricorrente, sulla base delle sue allegazioni, annulla il provvedimento. Posto che in un processo di parti ispirato al principio dispositivo, quale è quello amministrativo, il giudice conosce della legittimità del provvedimento impugnato solo nei limiti dei vizi denunciati, il discorso sull'oggetto del giudizio viene completato includendo in esso i motivi dedotti dal ricorrente. Ne discende la seguente definizione: «oggetto del giudizio amministrativo è l'affermazione dell'illegittimità del provvedimento impugnato in relazione ai motivi dedotti» (p. 542).

²⁰ Con riguardo al rischio che la ricostruzione dell'oggetto del giudizio nei termini appena visti nel testo possa trasformare la giurisdizione amministrativa in senso oggettivo, autorevolmente paventato da A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1962, *passim*, appaiono decisamente condivisibili e per nulla superate dal tempo trascorso le parole di Villata: «L'interesse legittimo è una situazione sostanziale non altrimenti salvaguardata che dall'osservanza delle norme che disciplinano l'esercizio di un potere; ma allora l'annullamento di un atto, emanato in dispregio di tali norme, è il mezzo necessario per tutelare gli interessi legittimi; quindi il porre al centro del processo, come suo oggetto, il provvedimento, significa indirizzare il processo medesimo alla tutela dell'interesse del ricorrente» (così, testualmente, R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., p. 525). In tempi più recenti l'Autore ha confermato la propria condivisibile posizione in R. VILLATA, *Addendum a Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 578. Rispetto a nuovi tentativi dottrinali di porre al centro del processo amministrativo il rapporto tra pubblica amministrazione e privato, con l'attribuzione al provvedimento o al silenzio dell'autorità del mero ruolo di fatto lesivo di un diritto di credito al bene della vita preteso, Villata si chiede (in forma retorica) se il tentativo ricostruttivo criticato, più che volgere verso la pienezza della tutela processuale, non miri a trasferire dall'amministrazione al giudice la decisione circa la corretta composizione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie. In ultima analisi, Villata

Posto che, come si è visto, l'oggetto del giudizio impugnatorio si definisce anche in relazione ai motivi di impugnazione, occorre verificare quali siano le censure proponibili; tale verifica si fonda sull'analisi del diritto sostanziale che, nel disciplinare il potere dell'amministrazione, attribuisce e conferma la posizione giuridica fatta valere dal privato.

Una simile posizione si sostanzia nell'interesse del privato a non vedere pregiudicata la propria sfera giuridica, sia sotto il profilo dell'integrità patrimoniale, sia sotto quello del diritto allo svolgimento di un'attività professionale, a causa dell'esercizio della funzione sanzionatoria. Il soddisfacimento di tale interesse non è assicurato in via diretta dall'ordinamento: ciò che il privato può pretendere è che il potere sanzionatorio sia esercitato in modo legittimo; e cioè, nel rispetto dell'intero quadro normativo applicabile.

Il discorso condotto in precedenza consente un agevole riferimento alle norme applicabili.

Sotto un primo profilo, le autorità qui in esame sono tenute a rispettare tutte le previsioni volte a disciplinare l'esercizio del potere nel suo svolgersi procedimentale; si tratta delle norme legislative e regolamentari che si pongono in funzione di garanzia, affinché il privato possa difendersi compiutamente dalle contestazioni mossegli.

In secondo luogo, dal punto di vista sostanziale, Banca d'Italia e Consob devono applicare correttamente le disposizioni speciali di diritto finanziario attinenti alla verifica circa l'integrazione o meno dell'illecito.

Infine, ancora sotto il profilo del diritto sostanziale, le autorità devono osservare i principi e le regole che informano, in via generale, l'esercizio dell'attività amministrativa di carattere autoritativo.

Individuato così lo statuto normativo al quale devono attenersi Banca d'Italia e Consob, ne discende, in via strettamente consequenziale, che la violazione di qualsiasi previsione del predetto statuto può costituire motivo di impugnazione del provvedimento sanzionatorio, contribuendo a definire, attraverso l'affermazione che ne viene fatta dal soggetto interessato, l'oggetto del giudizio di impugnazione.

La ricostruzione appena prospettata, alternativa rispetto a quella sostenuta dalla Suprema Corte, sembra preferibile perché (a parere di chi scrive) maggiormente aderente al dato di diritto positivo applicabile.

Ciò che ne consegue è senza dubbio una più intensa tutela della sfera giuridica del privato in ragione dell'ampliamento del novero dei vizi che questi può far valere nel giudizio di impugnazione²¹. Essa, tuttavia, non deriva da una mera impostazione culturale personale, ma costituisce l'esito necessitato di quello che sembra essere il corretto inquadramento del rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale nella materia indagata.

conferma la propria posizione anche in relazione alla tesi di chi sostiene, con coerenza nello sviluppo argomentativo, che il sindacato del giudice amministrativo riguarda la «spettanza della pretesa sostanziale fatta valere» (A. POLICE, *Il cumulo di domande nei "riti speciali" e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1211, spec. p. 1235). Il discorso ruota sempre intorno alla pretesa sostanziale del privato: essa viene soddisfatta solo attraverso il legittimo esercizio del potere. Le conseguenze che se ne devono trarre, circa l'oggetto del giudizio, non devono prescindere dalla constatazione che «il giudice amministrativo pur sempre si misura con una determinazione dell'Amministrazione alla luce delle censure dell'interessato» (così, R. VILLATA, *Addendum*, cit., p. 584.)

²¹ Non sembra inutile sottolineare che una maggiore intensità del sindacato giurisdizionale produrrebbe, come effetto virtuoso, una più scrupolosa osservanza del quadro normativo – sostanziale e procedimentale – da parte delle autorità.

La Cassa depositi e prestiti: eredità storica e proiezioni future *

Cassa depositi e prestiti: historical legacy and future scenarios

di **Andrea Averardi** **

ABSTRACT

L'articolo, muovendo dalle trasformazioni che stanno interessando le forme dell'intervento dello Stato in economia, si sofferma sul ruolo della Cassa depositi e prestiti. Particolare attenzione viene data agli elementi di contesto economico-sociale che hanno determinato l'evoluzione della Cassa e sul problema dell'attuale idoneità della Cassa a far fronte alle sfide industriali poste dal nuovo ciclo economico post-pandemia.

Parole Chiave: Cassa depositi e prestiti – Politica industriale – Società pubbliche – Ruolo economico dello Stato – Pnrr

Moving from the transformations that are affecting the economic role of the State, the article focuses on the present functions and governance of the Cassa depositi e prestiti. Particular attention is given to the elements of the economic and social context that have determined the Cassa's evolution and to the problem of the Cassa's current suitability to meet the industrial challenges posed by the new post-pandemic economic cycle.

Key Words: Cassa depositi e prestiti – Industrial policy – State-owned enterprises – Economic role of the State – Next Generation EU

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alle origini della moderna Cassa depositi e prestiti. – 3. Le linee di intervento della Cassa depositi e prestiti tra conservazione e trasformazione. – 4. Interessi pubblici e scelte d'impresa: il problema della *governance* della Cassa depositi e prestiti. – 5. La Cassa depositi e prestiti tra finanziarizzazione del capitalismo e ritorno della questione industriale. – 6. L'azionariato di Stato e la Cassa depositi e prestiti davanti alla sfida del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

1. Premessa

La Cassa depositi e prestiti (Cdp) è l'istituzione finanziaria più longeva della

* Una versione, parzialmente differente, di questo scritto è destinata al volume *I rapporti tra Stato ed economia dopo le crisi*, a cura di Sveva Del Gatto e Marco Macchia. L'autore è grato ai curatori per aver permesso la pubblicazione del contributo in questa sede e per i commenti a esso. Si ringraziano anche Federico Spanicciati e Valerio Turchini per le utili osservazioni al testo, del quale l'autore resta, ovviamente, l'unico responsabile.

** Ricercatore di diritto amministrativo, Scuola IMT Alti Studi di Lucca. Abilitato alle funzioni di professore associato di diritto amministrativo.

storia del Paese, ed è anche quella che, nel faticoso incedere del capitalismo italiano contemporaneo, si sta affermando per il maggiore dinamismo¹.

In verità, dell'esistenza di un crescente peso finanziario e industriale della Cdp, anche fuori dal suo tradizionale compito di garantire credito alle amministrazioni, si avevano segnali chiari già da almeno un decennio². Diverse evidenze, come, da ultimo, le operazioni di Cdp Equity con Aspi e Borsa Italiana e la creazione del Patrimonio Rilancio, mostrano, a ogni modo, un'intensificazione e una diversificazione, ancora più marcata, dell'intervento pubblico in economia per il tramite della Cdp. Del resto, anche gli eventi causati dalla diffusione del Covid-19 stanno sollecitando nuove risposte pubbliche ad ampio spettro, volte a garantire il pieno funzionamento dello Stato sociale e l'equilibrato sviluppo dell'economia³. Non può dunque sorprendere che, in un contesto di crescente rilevanza del problema della selezione e dell'attuazione delle scelte economiche, per la Cdp si aprano diversi spazi di azione⁴.

Il protagonismo della Cassa (a volte effettivo, a volte solo evocato) merita allora particolare attenzione. Ciò soprattutto osservando che la peculiare natura di tale istituto – un «centauro» tra pubblico e privato – reca con sé potenzialità, in termini di efficienza e libertà di movimento, quanto rischi, specie per ciò che concerne l'individuazione e la definizione trasparente degli obiettivi strategici e l'assunzione della responsabilità politica, ancor più che manageriale, per il perseguimento di essi⁵.

2. Alle origini della moderna Cassa depositi e prestiti

L'attuale configurazione del gruppo Cdp è figlia essenzialmente del decreto-legge n. 269 del 2003, con cui essa è stata spogliata della veste pubblicistica, da ente pubblico economico, per essere trasformata in società per azioni, aperta al capitale privato delle fondazioni di origine bancaria, per una quota di minoranza rispetto a quella detenuta dal Ministero dell'economia⁶.

¹ Per un inquadramento storico ed economico delle dinamiche del capitalismo italiano, tra i vari, F. BARCA (a cura di), *Storia del capitalismo italiano*, Donzelli, Roma, 2012, S. TRENTO, *Il capitalismo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2012 ed E. FELICE, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2015. Sul versante del rapporto tra istituzioni ed economia, S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2014, spec. pp. 219-289.

² Si leggano, in merito, i contributi in M. DE CECCO-G. TONIOLO (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

³ Il dibattito sul punto ha già prodotto una letteratura vastissima. Una discussione interessante, anche per la molteplicità dei temi trattati, si può trovare sul numero 3 del 2020 della rivista *Il Mulino*, in particolare nei contributi di Viesti, Cammelli, Bianchi e Saraceno.

⁴ Va detto che già da qualche anno l'attenzione degli studi, dopo un periodo di sostanziale spostamento dell'interesse per l'analisi del ruolo regolatorio dello Stato, è tornata sulle molteplici intersezioni, non solo in termini condizionali, tra istituzioni e mercato, includendo il tema delle società pubbliche. Su questa *Rivista*, si vedano, per esempio, gli scritti di M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore*, 2018, p. 2 ss. e, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, 2020, p. 230 ss.

⁵ L'icastica descrizione della Cassa depositi e prestiti come un «centauro», pubblico nei fini e privato nei mezzi, è di M. MUCCHETTI, *Cassa depositi e prestiti, il nuovo centauro*, in *Italianieuropei*, 2017, p. 49 ss.

⁶ Quanto all'attuale ripartizione del capitale sociale della Cassa depositi e prestiti, il Ministero dell'economia detiene l'82,7% del capitale sociale, le fondazioni bancarie il 15,93% mentre il residuo 1,30% è costituito di azioni proprie. Come noto, dopo un percorso piuttosto travagliato, con-

Il più immediato effetto di questo mutamento, in parte anticipato da alcuni interventi degli anni subito precedenti⁷, è stato senz'altro quello di far attribuire alla Cdp la natura di *market unit*, riallineando l'istituto alla francese *Caisse des dépôts et consignations* (Cdc) e alla tedesca *Kreditanstalt für Wiederaufbau* (Kfw) e facendolo transitare, al di là delle perplessità espresse dalla giurisprudenza più sostanzialistica⁸, fuori dal perimetro delle amministrazioni pubbliche⁹.

Ciò ha imposto, tra l'altro, la necessità di procedere a una bipartizione delle aree di azione della società, prevedendo una gestione separata per le attività tradizionali di finanziamento alle amministrazioni pubbliche, svolte utilizzando le risorse del risparmio postale, che gode della garanzia dello Stato ed è sottoposta precisi vincoli amministrativi e politici¹⁰, e una gestione ordinaria per il finanziamento delle infrastrutture e degli investimenti in servizi pubblici, in ricerca, in innovazione e nel patrimonio culturale, la quale trova la propria provvista nell'emissione di strumenti finanziari e senza garanzia dello Stato¹¹.

In questo modo, la Cdp, non più (almeno formalmente) «braccio armato» del Tesoro¹², ha potuto cominciare a fare ricorso a uno spettro di meccanismi di intervento nell'economia molto più variegato che in passato e ha iniziato a strutturarsi come *holding* di partecipazioni pubbliche¹³, restando, in ogni caso, all'inter-

clusosi con il parere richiamato del Cons. Stato, 16 ottobre 2012, n. 8178 e con il d.l. n. 179/2012, il peso delle fondazioni bancarie è sceso dal 30% al 18,4%, con la conversione delle loro azioni privilegiate in azioni ordinarie. Su tale vicenda, K. PECI, *La conversione delle azioni Cassa depositi prestiti s.p.a.: il parere del Consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 623 ss.

⁷ Il riferimento è soprattutto al d.lgs. n. 284/1999, con cui sono state riviste le funzioni della Cdp, pur mantenendone inalterata la natura pubblicistica, abilitandola a svolgere, fuori da ogni dubbio, attività di raccolta e intermediazione. A riguardo, G. DELLA CANANEA, *Il riordino della Cassa depositi e prestiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1148 ss.

⁸ Si veda, oltre al già menzionato parere del Cons. Stato, 16 ottobre, n. 81758, anche Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2007, n. 550, con commento di S. SIMONE, *Cassa depositi e prestiti: organismo di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 160 ss. Il tema dell'applicazione, in senso funzionale, alle diverse società del gruppo Cdp, delle normative proprie della pubblica amministrazione non ha smesso di essere rilevante. Lo dimostra, da ultimo, la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964, con la quale il giudice amministrativo ha qualificato la Cdp Investimenti s.g.r. s.p.a. come organismo di diritto pubblico. Non è possibile soffermarsi qui sulla pronuncia, dovendosi tuttavia evidenziare che appare contestabile la lettura, estremamente formalistica, sposata dal Consiglio di Stato della nozione di organismo di diritto pubblico. Per un primo commento alla sentenza, non privo di spunti critici, nel senso indicato, M.N. DI GIANDOMENICO, *Organismo di diritto pubblico e requisito teleologico: il punto della giurisprudenza*, in *Riv. Corte conti*, 2020, p. 62 ss.

⁹ Nel Sistema europeo dei conti nazionali e regionali – Sec 2010, adottato con il regolamento n. 549/2013, Cdp è funzionalmente classificata come «unità istituzionale», disponendo di autonomia decisionale, contabilità indipendente e personalità giuridica autonoma. Sulla qualificazione come unità di mercato della Cdp, tra i vari, D. COLACCINO, *La dismissione e razionalizzazione di partecipazioni societarie dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 1189 ss. Sul Sistema europeo dei conti nazionali e regionali, S. DEL GATTO, *Sistema “Sec 95” ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 960 ss.

¹⁰ Cfr. art. 5, commi, 9, 10 e 11 del d.l. n. 269/2003 che disciplinano il potere di indirizzo del Mef sulla gestione separata e la sottoposizione di essa al controllo dell'apposita Commissione parlamentare e della Corte dei conti.

¹¹ Art. 5, comma 8, d.l. n. 269/2003. Sulla distinzione tra le gestioni, su cui si tornerà, in modo critico, si veda, A. DONATO, *Il ruolo di holding di Cassa Depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *An. giur. ec.*, 2015, p. 372 ss.

¹² Così M.T. SALVEMINI, *La Cassa depositi e prestiti tra il 1996 e il 2002*, in *Storia della Cassa*, cit., p. 286.

¹³ La trasformazione della Cdp in una «holding pubblica in campo finanziario» era stata preconizzata da G. DELLA CANANEA, *La società per azioni Cassa depositi e prestiti*, in *Giorn. dir.*

no del perimetro delle norme europee sugli aiuti di stato e senza che le proprie passività, specie finanziarie, venissero conteggiate di *default* nel debito pubblico¹⁴. Allo stesso tempo, alla Cdp, che oggi ha acquisito lo *status* di istituto nazionale di promozione, è stata ritenuta applicabile la normativa sugli intermediari finanziari non bancari, pur svolgendo, di fatto, anche attività bancaria¹⁵.

Come è stato osservato, il mutamento di volto della Cdp può essere ritenuto solo in parte il frutto di decisioni dei suoi vertici e dei suoi azionisti e di scelte mirate dei governi e dei parlamenti, che si sono succeduti in quegli anni, dovendosi piuttosto considerare soprattutto il riflesso di significative pressioni esogene, rappresentate dai cambiamenti strutturali, nell'economia e nella finanza, che si stavano imponendo su scala globale¹⁶.

In altri termini, l'assetto odierno della Cdp, nelle sue linee essenziali, è il portato di una precisa epoca storica, nella quale, tra l'altro, il debito pubblico si è consolidato su alti livelli, è proseguita la stagione (non priva di ingenuità ideologiche) delle privatizzazioni, si è sviluppato il capitalismo dei distretti industriali e si è rafforzato il ruolo essenzialmente regolatorio dello Stato, conseguente anche all'imposizione di vincoli da parte delle normative europee e al processo dominante di finanziarizzazione e depoliticizzazione dell'economia¹⁷.

Questi elementi di contesto sono spesso sottovalutati ma hanno pesato sulla storia recente della Cdp, modellandone l'attività e la *governance*, e impongono di riflettere non solo sulle torsioni avute dall'istituto, così come plasmato con le riforme di vent'anni fa, ma soprattutto sull'idoneità di quest'ultimo a fare fronte, nella forma e con i mezzi di cui è dotato, ai cambiamenti attuali delle dinamiche economiche.

3. Le linee di intervento della Cassa depositi e prestiti tra conservazione e trasformazione

Effettuare una perimetrazione ragionata della struttura e del raggio di azio-

amm., 2004, p. 270, anche prima che l'art. 7 del d.l. n. 34/2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 75/2011, prevedesse la possibilità per l'istituto di acquisire partecipazioni in società di «rilevante interesse nazionale» portando così avanti il percorso avviato con il d.lgs. n. 284/1999, con la legge n. 448/2001 e con il d.l. n. 269/2003. L'art. 5, comma 8-bis, del d.l. n. 269/2003 ha previsto comunque che tali società debbono trovarsi in equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività.

¹⁴ Sul valore di tale operazione, F. BASSANINI, *La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa depositi e prestiti*, in *L'Industria*, 2015, p. 435 ss.

¹⁵ La Cassa è sottoposta alla vigilanza informativa della Banca d'Italia, nelle forme previste per gli intermediari iscritti nell'elenco speciale dell'art. 107 del TUB. Sempre in tema di regole applicabili alla Cdp, è il caso di ricordare che a essa, stante il disposto dell'art. 1, comma 4, lett. a) e comma 5, del d.lgs. n. 175/2006, non si applica la disciplina generale sulle società a partecipazione pubblica, stante la natura della Cdp di società quotata che esercita una specifica missione di interesse pubblico. Sull'esclusione della Cdp dal perimetro del testo unico sulle società a partecipazione pubblica, M. GIACHETTI FANTINI, *La "straordinaria mutazione" del ruolo della Cassa depositi e prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, in *Federalismi*, 2018, p. 66 ss.

¹⁶ Così F. BASSANINI, in *Presentazione*, in *Storia della Cassa*, cit., p. V.

¹⁷ A riguardo, per una lettura storico economica dei processi di trasformazione economici dell'ultimo trentennio, P. LEON, *Il capitalismo e lo Stato. Crisi e trasformazione delle strutture economiche*, Castelvécchi, Roma, 2014 e F. SILVA-A. NINNI, *Un miracolo non basta. Alle origini della crisi italiana tra economia e politica*, Donzelli, Roma, 2019.

ne del gruppo Cdp è un esercizio sempre più complesso, posto che l'ambito di operatività dell'istituto si muove solo in parte secondo linee stabili e che molte novità appaiono il frutto di accelerazioni legislative più o meno prevedibili¹⁸.

In generale, l'ultimo piano industriale, anche tenendo conto degli obiettivi di sviluppo sostenibile, tracciati a livello internazionale¹⁹, individua quattro macro-aree di intervento, identificate, in modo abbastanza ampio, nel sostegno alle imprese, nel supporto alle infrastrutture, alla pubblica amministrazione e al territorio, nella gestione e valorizzazione delle grandi partecipazioni strategiche e, da ultimo, nello sviluppo della cooperazione internazionale²⁰.

Tra i campi indicati, l'attività trasversale di *lending*, intesa come sostegno tanto alle amministrazioni quanto alle piccole e medie imprese, continua a costituire, anche in termini quantitativi, un profilo centrale dell'azione della Cdp²¹, ponendo quest'ultima utilmente accanto al sistema creditizio, le cui difficoltà, vista la natura stabilmente banco-centrica del capitalismo italiano, tendono a riflettersi negativamente su tutta l'economia nazionale²².

La rilevanza di questa macro-area di azione della Cdp è stata d'altronde confermata dalle molteplici iniziative assunte per fronteggiare l'emergenza Covid-19, tra cui meritano di essere menzionate la rinegoziazione dei mutui, che ha coinvolto oltre settemila enti territoriali, nonché il finanziamento immediato, fino a due miliardi di euro, a supporto dei fabbisogni finanziari delle medie e grandi imprese per fornire loro una liquidità immediata, in attesa dell'avvio operativo dei meccanismi di garanzia previsti dal decreto-legge n. 18 del 2020 (decreto «cura Italia»)²³.

Non vi è dubbio, però, che la novità più marcata, sempre sul fronte del sostegno al sistema produttivo, è stata rappresentata dall'autorizzazione a Cdp, inserita nel decreto legge n. 34/2020 (decreto «rilancio»), a costituire un patrimonio destinato, denominato Patrimonio Rilancio, finanziato mediante apporti di beni e rapporti giuridici da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (Mef)²⁴ e destinata a cessare, salvo possibilità di anticipazione o esten-

¹⁸ I dati menzionati in questo paragrafo sono tratti dalla determinazione dell'11 settembre 2020, n. 88 sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Cassa depositi e prestiti s.p.a. della Corte dei conti, il quale fa riferimento al bilancio per l'esercizio finanziario della Cdp del 2019.

¹⁹ Ci si riferisce principalmente all'Agenda 2030 dello sviluppo sostenibile dell'Onu.

²⁰ Il piano industriale della Cdp, per il triennio 2019-2021, è disponibile su https://www.cdp.it/sitointernet/it/piano_industriale_2019_2021.page.

²¹ Questa si declina attraverso un'offerta estremamente variegata di finanziamenti, strumenti di *equity* e garanzie, svolta, come è stato sottolineato, per lo più in una dimensione di «complementarità» con i privati (operatori commerciali e anche sistema creditizio). Così, A. TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 573 e F. BASSANINI, *op. ult. cit.*, p. X.

²² Il problema della scarsa capacità delle imprese italiane di fare ricorso a capitali propri, piuttosto che all'indebitamento bancario, è riconosciuto da anni ed è stato efficacemente sintetizzato nella formula di N. COLAJANNI, *Il capitalismo senza capitale*, Sperling & Kupfer, Milano, 1991. Nella stessa ottica si vedano anche le riflessioni di F. AMATORI-P.A. TONINELLI, *Gli imprenditori nello sviluppo economico*, in P. CIOCCA-G. TONIOLO (a cura di), *Storia economica d'Italia. Industrie, mercati, istituzioni. Le strutture dell'economia*, Laterza, Bari-Roma, 2003, p. 430 ss.

²³ A tali misure si aggiungono l'erogazione di liquidità a tassi calmierati per le PMI e *Mid-cap* tramite il sistema bancario; la concessione di finanziamenti agevolati, garanzie e moratorie sui finanziamenti a medio-lungo termine per supportare le attività di *export* e internazionalizzazione delle PMI, il differimento del pagamento delle rate in scadenza nell'anno 2020 dei mutui per i comuni della prima "zona rossa".

²⁴ Art. 27, comma. 1, d.l. n. 34/2010. Il decreto ministeriale è stato approvato il 3 febbraio 2021.

sione, in dodici anni²⁵. Il Patrimonio Rilancio, la cui disciplina di dettaglio è fissata tramite decreto di natura regolamentare del Mef²⁶, può operare a favore di società per azioni, anche quotate, con sede legale in Italia, non attive nel settore bancario, finanziario o assicurativo, con un fatturato annuo superiore a cinquanta milioni di euro²⁷. Gli interventi possono avvenire secondo un duplice schema: nelle forme e alle condizioni eccezionali, previste dal quadro normativo dell'Unione Europea sugli aiuti di Stato, adottato per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, attraverso il Fondo Nazionale Supporto Temporaneo²⁸, ovvero fuori dal *framework temporaneo*, a condizioni di mercato, per mezzo il Fondo Nazionale Strategico e il Fondo Nazionale Ristrutturazioni Imprese²⁹. In modo significativo, è previsto che il Patrimonio Rilancio può agire anche nell'ambito di operazioni di ristrutturazione di società che siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività, nonostante la presenza di temporanei squilibri patrimoniali o finanziari³⁰.

Si ricava, da quanto detto, una doppia proiezione della Cdp. In un senso, questa sta proseguendo a consolidare il proprio *business model*, facendo leva sulla raccolta postale, sull'elevata liquidità e sulla bassa esposizione a rischio di mercato, e continuando altresì a porsi come referente privilegiato per l'accesso al credito delle amministrazioni locali, anche esercitando una valida attività di *advisory* finanziaria e tecnica a esse. In un altro, l'istituto si sta indirizzando verso aree maggiormente di frontiera ed estranee alla sua missione storica, come dimostra, a parte la ricerca di risorse tramite nuove forme di finanziamento, il tentativo di strutturarsi come attore internazionale, in progetti di cooperazione e, soprattutto, la conferma della propensione a operare elasticamente come strumento di ausilio verso società italiane, anche in sostanziale squilibrio patrimoniale³¹.

Tra le macro-aree di intervento, sopra richiamate, è però quella che vede la Cdp muoversi come regista di una rete di partecipazioni azionarie a destare

²⁵ Art. 27, comma 4, d.l. n. 34/2010.

²⁶ Art. 27, commi 5 e 6, d.l. n. 34/2010.

²⁷ Precisa l'art. 27, comma 4, d.l. n. 34/2010 che, nell'individuare gli interventi, si deve tenere in considerazione, tra l'altro, l'incidenza dell'impresa con riferimento allo sviluppo tecnologico, alle infrastrutture critiche e strategiche, alle filiere produttive strategiche, alla sostenibilità ambientale e ai livelli occupazionali e del mercato del lavoro.

²⁸ Il riferimento è ai principi approvati dalla Commissione europea il 19 marzo del 2020 nella Comunicazione relativa al Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19. L'operatività del *framework* temporaneo si è peraltro già esaurita, posto che la normativa ha previsto che i relativi contratti dovessero essere sottoscritti entro il 30 settembre 2021, ovvero entro il 30 giugno 2021 per gli interventi da attuarsi mediante la sottoscrizione di prestiti obbligazionari subordinati non convertibili.

²⁹ Ancora l'art. 27, comma 4, d.l. n. 34/2010 dispone che «[I]n via preferenziale il Patrimonio destinato effettua i propri interventi mediante sottoscrizione di prestiti obbligazionari convertibili, la partecipazione ad aumenti di capitale, l'acquisto di azioni quotate sul mercato secondario in caso di operazioni strategiche.

³⁰ Sull'ampiezza del ricorso a tale formula, e sui profili controversi del regime fiscale di vantaggio di cui godrà il Patrimonio Destinato, E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Stato ed economia di mercato. La via italiana per la ricostruzione postbellica tra giudizio storico e seduzioni contemporanea*, in *Federalismi*, 2020, p. 33 ss.

³¹ Attività che trova i propri precedenti diretti, invero non particolarmente fortunati, nel Fondo Atlante e della società per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese. Cfr., da ultimo, A. PISANESCHI, *La Cassa depositi e prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del turnaround industriale*, in questa *Rivista*, 2021, p. 92 ss. Sul funzionamento della società *turnaround*, si veda M. MACCHIA, *La società turnaround, ossia per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, p. 747 ss.

maggior interesse. Come si è detto, nell'ultimo ventennio l'istituto ha infatti avviato anche una complessa attività di gestione e valorizzazione economica di partecipazione azionarie dirette e indirette, con il risultato di trovarsi oggi al centro di una galassia di società talmente estesa da richiamare, con sempre più frequenza, il parallelo con il modello dell'Iri.

Per inquadrare tali partecipazioni, non ricorrendo alla statica distinzione tra società partecipate quotate e non quotate, sono state individuate tre categorie: le partecipazioni «strutturalmente strategiche», le partecipazioni «strumentali al sostegno dell'economia» e le partecipazioni conseguenti alle acquisizioni di Cdp Equity (già Fondo Strategico Italiano), a cui è utile fare riferimento³².

Le partecipazioni «strutturalmente strategiche» sono detenute da Cdp Industria³³ e da Cdp Reti, e su esse Cdp esercita la direzione e il coordinamento³⁴. Attraverso la prima, Cdp possiede il 71,32% di Fincantieri e il 12,55% di Saipem, mentre attraverso la seconda Cdp partecipa al 31,3% del capitale sociale di Snam (che possiede una quota partecipativa pari al 13,50% in Italgas), al 29,85% del capitale sociale di Terna e al 26,04% del capitale sociale di Italgas³⁵.

Le partecipazioni «strumentali al governo dell'economia» sono detenute da Cdp Immobiliare³⁶, Cdp Investimenti³⁷, sottoposte alla direzione e al coordinamento della Cdp, e da Fintecna³⁸. Mediante Cdp Immobiliare, la Cdp detiene il 100% delle partecipazioni in Alfiere e Pentagramma Perugia, il 50% in Manifatture Milano, l'82,62% in Residenziale Immobiliare 2004 e il 40% in M.T. Manifattura Tabacchi.

Sempre nell'ambito di tali partecipazioni, destinate a supportare la crescita sostenibile e la competitività del sistema paese, va anticipato che il gruppo Sace, specializzato nel settore assicurativo e nel sostegno all'*export* e all'*internalizzazione*, dopo essere stato interamente ceduto dal Mef alla Cdp nel 2012,

³² Ricorre a questa distinzione D. COLACCINO, *Dallo Stato azionista allo Stato investitore: il ruolo della Cassa depositi e prestiti*, in M. MACCHIA (a cura di), *Le società a partecipazione statale*, ESI, Napoli, 2015, p. 123 ss.

³³ Cdp industria è stata costituita, quale *holding* di partecipazioni, nel marzo del 2019 ed è interamente partecipata da Cdp.

³⁴ Cdp Reti è stata costituita nel maggio del 2012 per sostenere lo sviluppo delle infrastrutture di trasporto, stoccaggio e distribuzione del gas naturale e dell'energia elettrica. I suoi principali azionisti sono la Cdp (59,10%), State Grid Europe Limited (35%) e altri investitori istituzionali (5,9%).

³⁵ Si tratta delle prime partecipazioni trasferite e acquisite dalla Cdp, che costituiscono il nocciolo duro del suo ruolo di *holding*.

³⁶ Cdp Immobiliare è partecipata al 100% da Cdp. La sua attività riguarda principalmente la valorizzazione del patrimonio immobiliare di proprietà e di provenienza pubblica attraverso operazioni di sviluppo e di riqualificazione urbanistica.

³⁷ Cdp Investimenti è una società di gestione del risparmio il cui capitale è detenuto, a partire dalla sua istituzione, nel 2009, per il 70% da Cdp e per il 15% ognuna dall'Associazione di Fondazioni e di Casse di Risparmio (ACRI) e dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI). La Società gestisce, al 31 dicembre 2019, quattro Fondi immobiliari: il Fondo investimenti per l'abitare, che opera nel settore dell'edilizia privata sociale (*social housing*); il Fondo FIA2 che opera nei settori dello *smart housing* e dello *smart working*; il Fondo Investimenti per la Valorizzazione (FIV), Fondo d'Investimento Alternativo immobiliare multicomparto; il Fondo Investimenti per il Turismo (FIT) e il Fondo Turismo 1 («FT1») dedicati a investimenti immobiliari nei settori turistico, alberghiero e delle attività ricettive.

³⁸ Fintecna è una società interamente partecipata da Cdp la cui attività è finalizzata all'assunzione, gestione e dismissione di partecipazioni in società o enti, operanti in Italia ed all'estero nei settori industriale, immobiliare e dei servizi.

è in via di riassetto, essendone stato avviato un interessante processo di rientro sotto il controllo ministeriale³⁹.

Quanto al terzo gruppo di partecipazioni, cioè quelle frutto delle acquisizioni di Cdp Equity, anch'essa soggetta alla direzione e coordinamento di Cdp, vi è il 18,68% di Webuild, il 18,83% di Bonifiche Ferraresi, il 59,94% di Ansaldo Energia, il 50% di Open Fiber; il 45,95% di Hotelturist; il 70% di CDP Venture Capital SGR, l'88% di Fondo Italiano Investimento SGR; il 40% di Quattro R SGR, il 39% di FSI SGR S.p.A., il 14,01% di Fondi Italiani per le Infrastrutture SGR, il 57,42% di SIA S.p.a. e il 28,40% di Inalca S.p.a. Attraverso FSI Investimenti S.p.A., partecipata al 77,1% da CDP Equity, detiene il 25,67% di Trevi Finanziaria Industriale S.p.A. (tramite Rocco Forte Hotels Ltd, partecipata dalla FSI Investimenti al 23%), il 70% di FSIA Investimenti S.r.l. (tramite la Kedrion S.p.A., partecipata dalla FSI Investimenti al 25%) e il 50 per cento di IQ Made in Italy Investment Company S.p.A. (tramite la Valvitalia Finanziaria S.p.A., partecipata dalla FSI Investimenti allo 0,50%).

Si deve aggiungere che Cdp Equity ha attualmente in corso di perfezionamento diverse operazioni di significativo spessore politico ed economico, rappresentate, in particolare, dall'ingresso nell'azionariato di Autostrade per l'Italia (ASPI), conseguente alla cessione del pacchetto di controllo di essa da parte di Atlantia⁴⁰ e nell'azionariato di Euronext che, all'esito della cessione da parte della London Stock Exchange Group, ha acquisito il gruppo Borsa Italiana⁴¹, nonché dalla fusione della controllata di Cdp SIA con Nexi, che porterà alla creazione del più grande operatore di pagamenti digitali d'Europa⁴².

Le tre sfere di partecipazioni, appena descritte, non vanno intese in modo rigido, essendovi evidentemente una forte intersezione e sovrapposizione tra obiettivi e ambiti di operatività delle diverse società menzionate.

Nondimeno, le categorie indicate restituiscono un quadro piuttosto fedele dell'attuale morfologia della Cdp quale *holding*, permettendone di isolare un volto "sovrano", costituito intorno alla necessità di mantenere un controllo in

³⁹ Si veda l'art. 3, comma 2, d.l. n. 23/2020 (decreto «liquidità») che ha sottratto Sace alla direzione e al coordinamento della Cdp, pur mantenendo quest'ultima il controllo del gruppo, prevedendo anche un eccentrico meccanismo di consultazioni tra Mef e Cdp per l'assunzione delle decisioni rilevanti. A tale disposizione è seguita poi quella dell'art. 67, comma 2, d.l. n. 104/2020 (decreto «agosto») che ha previsto, previo accordo tra il Ministero dell'economia e delle finanze e Cassa depositi e prestiti (CDP) S.p.A., che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, venga ridefinito l'assetto azionario, per riportare Sace sotto il controllo del Mef. L'operazione è stata successivamente autorizzata, con provvedimento del 23 agosto 2021, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

⁴⁰ Oggetto dell'operazione è l'acquisto, da parte del consorzio composto da Cdp Equity, Blackstone Infrastructure Partners (Blackstone) e Macquarie Infrastructure and Real Assets (MIRA), dell'intera partecipazione detenuta da Atlantia in ASPI, pari all'88,06% del capitale. La partecipazione in ASPI verrebbe rilevata dal Consorzio tramite una BidCo partecipata da CDP Equity fino al 51% e da Blackstone e MIRA con quote paritetiche per la parte residua.

⁴¹ CDP Equity ha acquisito il 7,3% del capitale azionario di Euronext, al pari della *Caisse des Dépôts et Consignations*, omologa francese di Cdp. In questo modo, Cdp Equity entra a far parte dell'attuale gruppo di azionisti di riferimento della società, che gestisce – oltre a Borsa Italiana – altre sei borse valori in Belgio, Francia, Irlanda, Paesi Bassi, Norvegia e Portogallo con oltre 1.800 società quotate per un totale di 4.400 miliardi di euro di capitalizzazione di mercato. È interessante notare che l'operazione si è intrecciata allo svolgimento di un procedimento istruttorio per valutare l'eventuale esercizio dei *golden powers*, nell'ambito della possibile vendita del gruppo LSEG a Refinitiv; istruttoria che non ha avuto seguito in ragione dell'acquisizione del gruppo Borsa Italiana da parte di Euronext.

⁴² Il 57,42% della quota di partecipazione di SIA è detenuto indirettamente attraverso FSIA Investimenti, società controllata al 70% da FSI Investimenti, il restante 25,7% è detenuto direttamente.

settori nazionali strategici, specie delle *public utilities* a rete, un volto “sociale”, concepito per tentare di riallenare, anche in termini di innovatività, l’economia italiana ai grandi obiettivi di sviluppo e inclusione globali, e uno “industriale”, sviluppatosi in maniera prepotente negli ultimi anni, in virtù della crisi produttiva italiana e del ritorno di dinamiche latamente protezionistiche⁴³.

Queste tre sfaccettature esprimono una oscillazione tra innovazione e conservazione, comune alle varie aree di intervento della Cdp, la quale, si è detto, trae origine dalla storia dell’istituto, riflettendosi simmetricamente anche nella sua *governance*.

4. Interessi pubblici e scelte d’impresa: il problema della governance della Cassa depositi e prestiti

Per quanto il punto venga tendenzialmente poco considerato, la fine del sistema delle partecipazioni statali⁴⁴ non ha affatto reso inattuale la questione dell’indirizzo e del coordinamento organico dell’azionariato pubblico⁴⁵.

Attualmente, il governo delle partecipazioni statali ha carattere «regolamentare» e non «istituzionale»⁴⁶. Non esistono meccanismi stabili di programmazione e direzione delle partecipate statali⁴⁷, posto, ovviamente, che l’attività del Dipartimento del tesoro, quale socio pubblico⁴⁸, non può avere carattere

⁴³ Non va dimenticato che il Fondo Strategico Italiano, poi trasformato in Cdp Equity, che è protagonista di questo rilancio industriale della Cdp, è nato come strumento anti-scalata, per contrastare i tentativi di acquisto, da part dei gruppi francesi Edf e Lactalis di Edison e Parmalat. Cfr., S. BATTILOSSI, *La “nuova” Cassa depositi e prestiti*, cit., pp. 122 e 123, non mancando di rimarcare che, alla fine, le acquisizioni, da parte dei gruppi stranieri, sono state perfezionate.

⁴⁴ L’impresa pubblica è stata fondamentale nella storia dell’intervento dello Stato in economia nello scorso secolo (e, in realtà, guardando i numeri sulle grandi industrie in Italia, lo è tuttora). Su di essa, limitandosi ai testi essenziali, hanno scritto M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, [1958], ora in *Scritti* (1955-1962), Giuffrè, Milano, 2004, p. 361 ss., S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 774 ss., S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962. P. SARACENO, *Partecipazioni statali*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1965, *ad vocem*, F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1977, F. ROVERSI-MONACO, *L’attività economia pubblica*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, La Costituzione economica*, Cedam, Padova, 1997, p. 385 ss. e Id., *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, p. 483 ss.

⁴⁵ D’altronde ha rimarcato già S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. publ. com.*, 1996, p. 590, che, all’esito dei processi di privatizzazione, si è sviluppata una «riorganizzazione del governo centrale».

⁴⁶ In questo senso, G. NAPOLITANO, *Il ‘governo’ delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in R. GAROFOLI-A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Nel Diritto Editore, Molfetta, 2018, pp. 24-26, soffermandosi sulla possibilità di muovere verso un sistema in grado di assicurare la catena di comando dell’azionariato pubblico.

⁴⁷ Questo sempre considerando che la gestione dell’azionariato di Stato va inserita nella cornice dell’indirizzo politico-economico, di cui è responsabile il Governo insieme al Parlamento. A riguardo, U. ALLEGRETTI, *Il governo della finanza pubblica*, Cedam, Padova, 1971; S. MERLINI, *Struttura del governo e intervento dell’economia*, La nuova Italia, Firenze, 1979 e poi, tra i molti, più di recenti, G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1996 e G. RIVOSECCHI, *L’indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007.

⁴⁸ L’attribuzione del ruolo di azionista al Tesoro si deve all’art. 2, d.l. n. 118/1993 e oggi è confermata dall’art. 9, comma 1, d.lgs. n. 175/2016.

gestionale, dovendo le scelte gestorie essere assunte, nel rispetto delle regole del codice civile, solo dagli amministratori⁴⁹. Questo significa che le società in mano pubblica sono soggette, in pratica, a un'influenza indiretta dell'azionista statale, che si risolve essenzialmente nella nomina e nella revoca degli amministratori e nell'esercizio, su di essi, di una *moral suasion* informale⁵⁰.

A ciò va aggiunto che, in generale, il Ministero dell'economia tende a svolgere la propria funzione di socio pubblico in modo piuttosto conservativo, prestando attenzione soprattutto ai dividendi che può trarre dalle partecipazioni⁵¹. Ciò anche perché, oltre alle limitazioni imposte dal diritto comune, sussiste, per molte società in mano pubblica, una sovrapposizione tra i compiti di vigilanza e di regolamentazione, attribuiti a vari dicasteri, e quelli dell'azionista, propri del Dipartimento del tesoro, che porta a indebolire ulteriormente la posizione di quest'ultimo⁵².

Il risultato è che, nell'ultimo trentennio, la gestione dell'azionariato pubblico è apparsa muoversi «senza linee definite»⁵³, scontando senz'altro il peso della prima stagione di privatizzazioni, nella quale «il linguaggio» della politica industriale non è stato di interesse prioritario per il legislatore⁵⁴.

Inevitabilmente, ciò trova corrispondenza nell'attività e nella *governance* della Cdp.

Per un verso, infatti, il dinamismo della Cdp, agevolato dalla sua natura societaria e dall'essere fuori dal perimetro delle amministrazioni pubbliche, si è andato formando come contrappunto alla staticità (solo in parte impostagli dalle norme) con cui il Ministero dell'economia ha inteso declinare le prerogative dell'azionista statale. Per un altro, la verifica della compatibilità tra i fini strategici e i vincoli economici della gestione delle iniziative della Cdp non si è mai riuscita ad incanalare all'interno di un circuito chiaro, con l'effetto di aver ampliato, in modo sempre più netto con il diversificarsi del ruolo di *holding* dell'i-

⁴⁹ Non v'è dubbio che, come di recente ribadito da A. GUACCERO, *Le limitazioni della libertà decisionale dell'organo rappresentativo delle istanze «proprietarie» nelle società a partecipazione pubblica*, in *An. giur. ec.*, 2015, p. 421, la presenza dello Stato nella compagine proprietaria di una società si accompagna alla possibilità di configurare i processi decisionali e il funzionamento degli organi sociali in modo peculiare. Nondimeno ciò non comporta, come pure sostenuto da alcuni «un allargamento della causa sociale in senso pubblicistico». Cfr. A. PERICU, *Artt. 2449-2450 c.c.*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1298 e 1299.

⁵⁰ Già nei primi anni Settanta, del resto, era stato osservato con la caduta del principio della sovranità dell'assemblea, la direzione dell'impresa dai soci si è spostata al consiglio di amministrazione, portando a una prima manifestazione della «direzione manageriale» dell'impresa societaria. Cfr. F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 84 e 85, il quale fa riferimento al fenomeno della «separazione tra proprietà e controllo della ricchezza».

⁵¹ Significativo il fatto che, in nessuno dei principali documenti «prescrittivi» di finanza pubblica, vi sia mai menzione al coordinamento e all'indirizzo delle società pubbliche e che, anzi, all'impresa pubblica ci si riferisca solo con riguardo ai processi di privatizzazione.

⁵² Cfr. G. NAPOLITANO, *Le Società «pubbliche» tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, pp. 10 e 11. Si possono fornire gli esempi, tra i vari, dell'Anas, su cui il Ministero dei trasporti e delle infrastrutture, quale concedente, esercita poteri significativi, di Ferrovie dello Stato, nei cui confronti il Ministero dei trasporti detiene il potere di determinare, tramite il contratto di programma, gli aspetti economici del rapporto di concessione, o del Gestore dei servizi energetici (Gse) i cui indirizzi strategici sono definiti dal Ministero dello sviluppo economico.

⁵³ S. CASSESE, *Governare gli italiani*, cit., p. 289.

⁵⁴ G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. TORCHIA-F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Passigli, Firenze, 2005, p. 39 ss.

stituito, la discrezionalità del *management*, rendendo però quest'ultimo più esposto alle influenze del potere politico del momento⁵⁵.

Questo è dipeso anche dal manifestarsi di fattori ulteriori, e più specifici rispetto a quelli, di sistema, sopra richiamati, i quali hanno inciso sul principale presidio di indirizzo e controllo ordinato della dimensione pubblicistica della Cdp, cioè le regole di funzionamento della gestione separata, acuendo l'ambivalenza dell'intreccio tra la natura privata dell'istituto e l'orizzonte istituzionale entro cui è esso collocato⁵⁶.

A riguardo, si è assistito a una parziale erosione della differenza stessa tra gli ambiti di operatività delle due gestioni⁵⁷, resa palese dall'aver concesso di ricorrere ai fondi della gestione separata per realizzare «ogni altra operazione di interesse pubblico permessa dallo statuto», tramite una molteplicità di strumenti, inclusi il rilascio di garanzie, l'assunzione di capitale di rischio o di debito, la concessione di finanziamenti, anche a favore di imprese e attraverso l'intermediazione creditizia⁵⁸.

L'ampliamento dell'area della gestione separata ha condotto a far progressivamente afferire a essa attività molto distanti dalle tradizionali iniziative di finanziamento delle amministrazioni pubbliche⁵⁹, come testimoniato dalla possibilità di utilizzare la provvista postale per acquistare partecipazioni in imprese strategiche⁶⁰ o, da ultimo, dalla tendenziale riconducibilità del Patrimonio Rilancio alla gestione separata⁶¹.

Al contempo, tuttavia, il vincolo politico-amministrativo, che dovrebbe insi-

⁵⁵ Evidenza F. BASSANINI, *op. ult. cit.*, pp. XV e XVI che un fattore di bilanciamento è stato costituito dalla presenza nell'azionariato delle fondazioni di origine bancaria, le quali si sono dimostrate in grado di orientarsi su obiettivi di lungo periodo, arginando alcune manifestazioni di ingerenza politica. Va tuttavia aggiunto che il progressivo spostarsi della Cdp verso la dimensione da *holding industriale* e non da banca di sviluppo potrebbe mettere ai margini, in termini di influenza, la posizione delle fondazioni. A riguardo, su queste due opzioni di sviluppo della Cdp, con una netta preferenza per l'idea che l'istituto si sviluppi come un grande fondo che finanzia soprattutto iniziative di internazionalizzazione e innovazione, A. NINNI, *Il ritorno dello Stato guida (e oltre) in politica industriale*, in *Ec. e pol. ind.*, 2013, p. 141 ss.

⁵⁶ L'interrogativo sull'esistenza di profili di rischio nell'ampliare il raggio di movimento della Cdp, quanto all'uso di risorse private e alla gestione di partecipazioni industriali, è stato posto, tra i vari, anche da A. MACCHIATI, *La Cassa Depositi e Prestiti dopo la trasformazione: ovvero «ai posteri l'ardua sentenza»*, in *Merc. conc. e reg.*, 2013, p. 287 ss. e da M.T. SALVEMINI, *La posizione della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 2015, p. 681 ss.

⁵⁷ Peraltro, in sé, criticata anche da chi, come F.M. MUCCIARELLI, *Ma cos'è diventata la Cassa depositi e prestiti?*, in *Merc. Conc. E reg.*, 2004, p. 363, ha visto nella segmentazione delle risorse, all'interno di un'unica attività e di un unico patrimonio, una soluzione più blanda rispetto a quella offerta da una vera e propria segregazione. Nello stesso senso anche L. DIOTALLEVI, *Natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti e accertamenti dell'Ufficio tecnico erariale in una sentenza del Tribunale civile di Roma*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 4766 ss.

⁵⁸ Cfr. Art. 22, d.l. n. 185/2008 e art. 3, comma 4-bis, d.l. n. 5/2009.

⁵⁹ Particolarmente utile è, sul punto, la lettura dell'ultima Relazione finanziaria annuale della Cdp disponibile (riferibile al 2020), dalla quale emerge, oltre alla rilevata prevalenza della gestione separata rispetto all'ordinaria, la situazione della Cdp in termini di rischio del credito e l'aumento dello stato delle esposizioni di essa in gestione sperata, negli ultimi anni, specie verso i principali gruppi bancari operanti in Italia.

⁶⁰ Cfr. art. 5, comma 8-bis, d.l. n. 269/2003, introdotto dal d.l. n. 34/2011.

⁶¹ Si noti che, a fronte del silenzio della disciplina istitutiva del Patrimonio Rilancio, la riconducibilità di esso alla gestione separata può solo essere desunta da una serie di elementi significativi, come la presenza della garanzia dello Stato e l'utilizzo di una provvista pubblica, sebbene non esclusiva e non derivante dal risparmio postale. In questo senso anche V. MINERVINI, *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato. Il patrimonio destinato di cui all'art. 27 D.L. Rilancio*, in *Giur. Comm.*, 2021, spec. P. 239 ss. e A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 106.

stere soprattutto sulla gestione separata, ha conosciuto anche rilevanti mitigazioni, a partire dalla formale esclusione del potere di indirizzo del Mef con riferimento alle partecipazioni detenute da Cdp in società controllate che gestiscono infrastrutture di rete di interesse nazionale nel settore dell'energia e nelle loro società controllate, che costituiscono uno degli *asset* fondamentali del portafoglio dell'istituto⁶². Tutto questo mentre la Commissione parlamentare di vigilanza sulla gestione separata, rimasta attiva dal 1983, ha svolto, di fatto, un ruolo blandamente informativo⁶³, senza mai muovere verso un controllo diverso (e cioè politico), rispetto a quello già esercitato, con più puntualità e sul piano tecnico-contabile, dalla Corte dei conti⁶⁴.

Lo scenario che si delinea è allora quello di una poco decifrabile guida tecnico-politica della Cdp, caratterizzata da una operatività, «in parallelo» delle «funzioni di indirizzo, gestione e controllo»⁶⁵. La scarsa intellegibilità dei flussi decisorii, in particolare quanto al trasferimento delle opzioni politiche in scelte d'impresa, conferma, insomma, il dubbio che l'istituzione oscilli tra autocefalia e soprattutto etero-direzione, lasciando insoluto il problema della sua *accountability*, non essendo sufficiente, a garantire quest'ultima, il solo giudizio del mercato⁶⁶.

Il problema di conferire trasparenza e stabilità agli indirizzi pubblici della Cdp, senza scarificare l'autonomia d'impresa, non giunge inatteso, riproponendo il vecchio dilemma di come dare forma a un governo dell'economia che contemperi le «opposte esigenze: quella, da un lato, di una direzione politica del processo economico e quella, dal lato opposto, del rispetto del mercato e delle sue leggi»⁶⁷.

Di recente, esso è stato affrontato anche in termini strettamente di diritto societario, prospettando una gamma di possibili soluzioni, come: inserire gli obiettivi più specifici di azione della Cdp nello statuto, in un atto di indirizzo dell'assemblea, ovvero direttamente in un atto normativo; prevedere, quanto alla *corporate governance* dell'istituto, uno scaglionamento dei mandati degli amministratori per immunizzarli dagli effetti delle fluttuazioni politiche, oppure

⁶² Art. 15, legge n. 27/2012, nonché art. 6 e art. 15, comma 2, dello Statuto della Cdp. Nella medesima prospettiva, hanno poi inciso anche le regole di diritto comune che, attribuendo il potere di indirizzo, spesso tradotto nella direzione e coordinamento, ex art. 2497 c.c., al solo azionista controllante, hanno depotenziato l'intensità dell'influenza ministeriale sulle partecipazioni della Cassa.

⁶³ Di ciò si può avere contezza leggendo le estremamente scarse e per lo più ricognitive relazioni dell'organo, disponibili su https://www.cdp.it/sitointernet/it/comm_parlam_vigilanza.page.

⁶⁴ Di avviso parzialmente diverso A. ZITO, *La Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti: il Parlamento e le nuove forme di intervento pubblico nell'economia*, in *Federalismi*, 2021, p. 274 ss., il quale ritiene che, specialmente nelle legislature XVII e XVIII, la Commissione di vigilanza abbia mostrato una rinnovata vitalità. Va detto che l'autore stesso riconosce che tale attivismo ha assunto essenzialmente la forma di iniziative conoscitive, sottolineando altresì che la Commissione ha una funzione di ausilio al Parlamento. Ed è in tale connotazione della Commissione che, con ogni probabilità, si può individuare la sua debolezza, la quale non deriva tanto dalle caratteristiche dell'organo in sé quanto dell'essere servente rispetto al Parlamento, da tempo scarsamente incisivo nelle materie della programmazione economica, a scapito soprattutto del Governo.

⁶⁵ M. MACCHIA, *La Cassa depositi e prestiti tra i diritti delle reti di nuova generazione*, in *Munus*, 2014, p. 96.

⁶⁶ È condivisibile quindi la notazione di G. CARUSO, *Il socio pubblico*, Jovene, Napoli, 2016, per il quale i profili pubblicistici dell'intervento in economia, comunque presenti, si trovano a venire «dissimulati» accordando rilievo formalmente prioritario al perseguimento di obiettivi strettamente economici.

⁶⁷ F. GALGANO, *op. cit.*, pp. 459, 460.

adottare il modello dualistico tedesco, che isola gli amministratori dall'assemblea dei soci; creare meccanismi di *discovery* pubblica delle comunicazioni tra organi politici e il *management*; far siglare contratti di missione tra Cdp e le sue controllate⁶⁸.

Si tratta di proposte interessanti, che rimandano evidentemente anche al rilevante dibattito sugli scopi dell'impresa azionaria e del rapporto tra gli interessi degli azionisti e il governo societario⁶⁹. Esse, tuttavia, come si dirà di seguito, paiono scontare il limite dato dal considerare la la Cdp in modo isolato, lasciando solo sullo sfondo le conseguenze complessive che scaturiscono dal coinvolgimento diretto del potere pubblico nelle dinamiche economiche.

5. La Cassa depositi e prestiti tra finanziarizzazione del capitalismo e ritorno della questione industriale

Nell'ultimo trentennio, sulla spinta europea e anche in ragione delle degenerazioni clientelari e delle storture degli anni Settanta e Ottanta, la legittimazione della programmazione economica e della politica industriale è stata messa in forte discussione, per poi essere quasi del tutto esclusa⁷⁰.

Ne è conseguita un'attenzione dominante verso l'efficienza statica dei mercati, perseguita soprattutto con politiche di liberalizzazione e di tutela della concorrenza, a scapito del ricorso a un approccio combinatorio, capace di includere anche l'obiettivo dell'aumento dell'efficienza dinamica, da raggiungere soprattutto tramite politiche strutturali di promozione mirata dell'innovazione⁷¹.

La presenza pubblica nell'economia ha dunque mutato, in modo tutt'altro che superficiale, i suoi tratti ma non è andata comunque scomparendo⁷². Lo

⁶⁸ Il riferimento è al *working paper*, presentato, nel 2020, nell'ambito delle proposte per la giustizia sociale del Forum disuguaglianze e diversità, da L. ENRIQUES-F. MUCCIARELLI, *Governance pubblica e privata delle politiche pubbliche per obiettivi: una proposta di riforma della governance della Cassa Depositi e Prestiti*, già in *Giur. comm.*, 2019, p. 1014 ss.

⁶⁹ La letteratura in merito è ovviamente troppo vasta perché se ne possa dare conto. Riferendosi a lavori recenti, si può richiamare U. TOMBARI, *Poteri e interessi nella grande impresa azionaria*, Giuffrè, Milano, 2019 e la correlata nota di lettura di C. ANGELICI, "Poteri" e "interessi" nella grande impresa azionaria: a proposito di un recente libro di Umberto Tombari, in *Rivista delle società*, 2020, p. 4 ss, nonché a K.J. HOPT-R. VEIL, *Gli stakeholders nel diritto azionario tedesco: il concetto e l'applicazione. Spunti comparatistici di diritto europeo e statunitense*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 921 ss.

⁷⁰ Se si escludono gli studi degli economisti industriali, il dibattito internazionale sul ruolo economico (non meramente regolatorio) dello Stato è stato rianimato dall'ormai notissimo lavoro di M. MAZZUCCATO, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Roma-Bari, 2015 (ed.it.). In Italia, negli anni passati, si è oltretutto assistito anche al prodursi di una qualche confusione concettuale sullo stesso concetto di politica industriale, a cui non è andata immune anche la Corte costituzionale. Sul punto, anche per un esame della giurisprudenza della Consulta in materia, M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 ss. ed E. BRUTI LIBERATI, *Politica della concorrenza e politica della regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, p. 1 ss.

⁷¹ Cfr. E. FELICE-A. NUVOLARI-M. VASTA, *Alla ricerca delle origini del declino economico italiano*, in *L'industria*, 2019, pp. 217 e 218 e F. ONIDA, *Il problema italiano*, in F. BASSANINI-G. NAPOLITANO-L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 231 ss.

⁷² Si tali mutamenti, si veda, su tutti, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 45 ss. e S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2021, p. 389 ss.

testimonia il fatto che le principali grandi imprese nazionali restano a controllo pubblico⁷³, nonché la circostanza che, lo Stato, oltre a finanziare assiduamente le attività produttive, è chiamato, di continuo, a intervenire, in via emergenziale, per salvare imprese in crisi⁷⁴.

Il capitalismo italiano, insomma, è andato a occupare, sempre più chiaramente, una posizione che, da tempo, era stata identificata come mediana tra il «capitalismo guidato» francese e quello «ordinato» tedesco e il cui tratto essenziale si rinviene in una presenza, quantitativa e qualitativa, rilevante della mano pubblica, senza che tuttavia l'impronta statale si risolva in una volontà di programmare e dirigere esplicitamente i percorsi della produzione e dei servizi⁷⁵.

Nel consolidarsi di questo assetto del capitalismo italiano, dominato da una pervasiva compresenza di una disciplina di condizionamento e di promozione delle attività economiche, in assenza di un disegno di guida organico, la Cdp ha giocato un ruolo crescente e vieppiù multiforme⁷⁶.

La Cassa si è mossa in coerenza con i cambiamenti strutturali che hanno investito i mercati e i termini della loro regolazione pubblica, innovando e agendo validamente, come si è sopra ricordato, da banca istituzionale di investimento e da catalizzatore dello sviluppo infrastrutturale, secondo un modello comune ai principali Stati europei e in un'ottica di modernizzazione del paese⁷⁷. Essa ha inoltre contrastato alcune delle più acute distorsioni della finanziarizzazione dell'economia, tra le quali la necessità di ottenere guadagni rapidissimi, per lo più investendo in mercati azionari scollegati dal mondo della produzione industriale, opponendo al diffondersi dello *short-termism* un'attitudine da «investitore paziente»⁷⁸.

Se questo è vero, va però anche riscontrato che la storia recente dell'istituto è attraversata da una tensione irrisolta, acuita dalla presente crisi. Tale tensione è principalmente il riflesso delle contraddizioni e delle reticenze delle attuali modalità di intervento pubblico in economia e di essa si trova traccia in diversi profili del coinvolgimento massiccio dell'istituto nel terreno più stretta-

⁷³ Si leggano, in questo senso, i dati e le considerazioni di F. AMATORI-M. PERUGINI, *La grande impresa fra continuità e trasformazione*, in F. AMATORI-M. D'ALBERTI (a cura di), *L'impresa italiana*, Treccani, Roma, 2020, p. 3 ss.

⁷⁴ A riguardo, sia consentito il richiamo ad A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Jovene, Napoli, 2018, p. 285 ss.

⁷⁵ In questi termini, in modo assai lungimirante, N. BELLINI, *Stato e industria nelle economie contemporanee*, Donzelli, Roma, 1996, p. 97, rimarcando come tale situazione aprisse la strada a «un complesso sistema di scambio tra potere politico e soggetti economici».

⁷⁶ Una ricostruzione non solo della storia ma anche delle più recenti linee di azione dell'istituto si può trovare, da ultimo, in P. BRICCO, *Cassa depositi e prestiti. Storia di un capitale dinamico e paziente. Da 170 anni*, Il Mulino, Bologna, 2020.

⁷⁷ Lo ricordano M. DE CECCO-G. TONIOLO, *op. cit.*, pp. 37 e 38.

⁷⁸ In questo senso, F. NINNI, *op. ult. cit.*, p. 141 ss. Le analisi, nelle diverse discipline, degli impatti della finanziarizzazione dell'economia sono innumerevoli e non se ne può dare conto in modo esaustivo. Tra chi se n'è occupato in Italia vale la pena richiamare L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011 e M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Il Mulino, Bologna, 2017, mentre nella letteratura straniera si può rimandare, oltretutto al molto noto lavoro di T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI Secolo*, Bompiani, Milano, 2014 (trad. it.), a W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013 (trad. it.), al più radicale P. DARDOT-C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, Roma, 2013 (trad. it.) e al più recente F.L. BLOCK, *Capitalismo. Il futuro di un'illusione*, Il Mulino, Bologna, 2021.

mente industriale, specie come *holding* di partecipazioni strategiche e quale *player* attivo nelle ricapitalizzazioni societarie⁷⁹.

Allargando lo sguardo, appare necessario ricordare che, dal momento in cui, nella riflessione sulle priorità industriali ed economiche delle imprese, vi entra il tema del ruolo dello Stato, il discorso necessariamente si sposta dal solo piano dell'articolazione organizzativa e del campionario degli strumenti a disposizione, a quello dei fini e degli obiettivi da realizzare⁸⁰. Detto altrimenti, il ragionamento intorno alle opzioni industriali pubbliche non può non investire la questione di "chi decide" della politica industriale, "perché", con quali "regole" e "scopi", giacché – e questo è il punto centrale – gli stessi obiettivi e i mezzi con cui perseguirli mutano a seconda della natura del decisore, anche considerato che il soggetto-politico pubblico può bene assumere un punto di vista differente da quello del soggetto-impresa e che i parametri di valutazione dell'operato dell'uno e dell'altro non necessariamente coincidono⁸¹.

Ora, sotto questi profili, non va trascurato che, anche ritenendo il raggiungimento dell'efficienza statica dei mercati compatibile con interventi macroeconomici⁸², capaci di accelerare il cambiamento strutturale della manifattura e dei servizi, la politica industriale, nel suo nucleo essenziale, resta l'elaborazione di «strategie che influenzano deliberatamente la trasformazione e la riorganizzazione industriale dei settori e dei paesi»⁸³. Operare scelte di politica industriale, specialmente ai fini di rideterminare la domanda interna, significa allora selezionare interessi e priorità pubbliche *generali*, muovendosi in un orizzonte che va oltre la mera azione *puntuale* di facilitazione complementare, indirettamente incentivante le condotte dei privati, o di finanziamento della ricerca di base e delle infrastrutture⁸⁴.

⁷⁹ Di cui *supra*, par. 3.

⁸⁰ Così già P. BARCELLONA-A. CANTÀRO, *Intervento pubblico, politica industriale e programmazione*, in L. PENNACCHI (a cura di), *L'industria italiana. Trasformazioni strutturali e possibilità di governo politico*, Franco Angeli, Milano, 1981, p. 356.

⁸¹ IBIDEM, 356. Sebbene da un'angolazione non perfettamente coincidente con quella a cui si farà riferimento di seguito, ha rilevato in particolare l'impossibilità di considerare l'efficienza un parametro unico o un «monolite» capace di valutare l'operato delle società a partecipazione pubbliche e delle amministrazioni socie anche M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016, p. 521 ss.

⁸² In merito, richiamando le categorie schumpeteriane di efficienza statica e dinamica, e collocandole nell'alveo dell'economia della conoscenza, appunto per evidenziarne la reciproca compatibilità, C. ANTONELLI, *Una proposta di politica industriale*, in L. PENNACCHI-R. SANNA (a cura di), *Riforma del capitalismo e democrazia economica. Per un nuovo modello di sviluppo*, Ediesse, Roma, 2015, p. 311 ss. Del resto, come rimarcato di recente anche da R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 903 ss., una programmazione economica, che porti allo sviluppo di politiche per obiettivi strategici, non deve affatto intendersi come antinamica alla regolazione condizionale, dovendosi a essa piuttosto necessariamente affiancare. Va peraltro aggiunto che, come osservato da E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati tecnica politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. p. 206, anche la regolazione condizionale, tipicamente volta a obiettivi di efficienza statica, svolge un ruolo di indirizzo della dinamica economica in senso conforme all'interesse generale.

⁸³ La citazione è tratta da A. JACQUEMIN, *La nuova economia industriale: meccanismi di mercato e comportamenti strategici*, Feltrinelli, Milano, 1989 (trad. it.) ed è richiamata, per intero, da F. MOSCONI, *Tessendo la tela della nuova politica industriale europea. Il caso di Italia, Germania e Francia*, in *L'industria*, 2019, p. 614.

⁸⁴ La cui importanza, ovviamente, non è affatto da tralasciare, dovendo anzi, tale azione, essere perfezionata, come rilevato, da ultimo, da S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economia e imprese*, Roma Tre University Press, Roma, 2019, spec. p. 204 ss. e da F. BASSANI-G. NAPOLITANO-L. TORCHIA nell'introduzione al volume *Lo Stato promotore*, cit., p. 9 ss. Re-

Assunta tale prospettiva, si può comprendere come la rinuncia o la difficoltà dello Stato di definire, in sede politica, la domanda complessiva di interventi industriali ed economici, e di darvi attuazione, con una pluralità di strumenti, abbia portato a riversare sulla Cassa, non di rado in via emergenziale, compiti anche molto distanti da quelli in linea con la sua missione originaria⁸⁵.

Ciò ha imposto inevitabili mutamenti e qualche forzatura delle stesse “regole d’ingaggio” dell’istituto nelle vicende economiche nazionali, come testimoniato, solo per riferirsi all’ultimo e più significativo esempio, dallo smottamento dell’argine del divieto di investire in imprese in squilibrio economico-finanziario, avutosi con la costituzione del Patrimonio Rilancio⁸⁶.

Certo, l’azione della Cdp, anche nel caso appena citato, è sempre contornata da numerose cautele, tra l’altro non esenti da possibili critiche, come per la scelta di escludere *tout court*, in via normativa, che le imprese possano vantare diritti o interessi legittimi rispetto all’intervento del Patrimonio Rilancio⁸⁷.

A ogni modo, l’aspetto emblematico dello strumento in questione, che qui vale la pena considerare, concerne principalmente il meccanismo di selezione degli investimenti a favore dei privati, che si sostanzia, come è stato rilevato, in una valutazione di finanziamento imperniata sulla «singola iniziativa imprenditoriale», di cui si esamina «l’intrinseco equilibrio economico-finanziario»⁸⁸. Se ne ricava che la logica industriale dell’intervento del Patrimonio Rilancio, se dovesse trovarsi disancorata da una programmazione, di medio e lungo termine, finirebbe necessariamente per appuntarsi solo sulla singolarità dei casi, nel quadro canonico della *business judgment rule*⁸⁹. Sicché, paradossalmente, si rischierebbe di assistere, da una parte, alla messa in tensione delle regole a presidio della concorrenza e al potenziale “spiazzamento” degli operatori privati per via dell’intervento pubblico⁹⁰, mentre, dall’altra, al depotenziamento dell’eventuale efficacia sistemica del sostegno pubblico⁹¹, e all’esclusione della possibilità che l’investimento statale contempli, nel suo in-

sta tuttavia anche vero che, in assenza di una politica dei fattori, la produttività nazionale finisce per coincidere, in modo pressoché perfetto, con la semplice somma della produttività delle imprese.

⁸⁵ Cfr. A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 109, il quale solleva anche il problema del *know how* dell’istituto rispetto all’esercizio di tali attività.

⁸⁶ Su cui, anche, V. TURCHINI, *I fondi gestiti da società partecipate: le novità del Fondo Patrimonio PMI di Invitalia e del Patrimonio Rilancio gestito da CDP*, in *Lo Stato promotore*, cit., 148 ss.

⁸⁷ Art. 27, comma. 1, del d.l. n. 34/2010.

⁸⁸ Così A. ZOPPINI, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti*, *Rivista delle società*, 2020, p. 961.

⁸⁹ Il cui corollario, come rimarcato da M.R. FERRARESE, *Le imprese: dalla terraferma dell’economia agli incerti mercati finanziari*, in *L’impresa italiana*, cit., p. 140, consiste nell’allontanamento dalla concezione industriale dell’impresa e nella tendenza a non reinvestire in essa ma nell’incrementare profitti e dividendi. Si aggiunga, oltretutto, che questa dinamica, là dove, come accade in molti casi in Italia, si manifesti in presenza di investitori stranieri porta, di fatto, a spostare la ricchezza prodotta all’estero.

⁹⁰ Tale affermazione trova solido sostegno nell’art. 27, comma 13, d.l. n. 34/2010, che attribuisce un regime fiscale di vantaggio davvero eccentrico al Patrimonio Rilancio. Sul problema della compatibilità dell’intervento in economia tramite il Patrimonio Rilancio con le regole pro-concorrenziali si è appuntato, con notazioni alquanto critiche, V. MINERVINI, *Il “nuovo” azionariato di Stato. Lineamenti delle ricapitalizzazioni emergenziali*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. p. 73 ss.

⁹¹ Questo anche considerato che difficilmente la Cdp diventerà socia di maggioranza nelle varie società per azioni; ipotesi che risulta poi praticamente impossibile ove l’investimento si rivolga nelle cooperative, per via del voto capitario.

sieme, un concetto di efficienza sociale non coincidente con quello di semplice efficienza economica⁹².

Non va peraltro sottaciuta l'eventualità che, così come il ricorso al Patrimonio Rilancio nel *framework* temporaneo non ha prodotto alcuna operazione⁹³, l'utilizzo di tale patrimonio destinato, anche in fase ordinaria, possa avvenire in misura molto più limitata di quanto atteso⁹⁴. D'altra parte, la reale attrattività dello strumento dipenderà, in modo inevitabile, dall'andamento (oggi in notevole crescita) del credito bancario alle imprese e dall'eventuale presenza di altre misure pubbliche, idonee, oltre la fase emergenziale, a promuovere processi di ristrutturazione aziendali rapidi e capaci di spingere al riequilibrio della struttura finanziaria delle imprese mediante il ricorso a incentivi alla ricapitalizzazione⁹⁵.

Discorsi comparabili a quelli fatti per tale profilo "industriale" della Cdp sono validi anche per la costruzione del ruolo di *holding* di partecipazioni pubbliche dell'istituto e per la questione del governo della corrispondente galassia societaria, di cui si è già detto.

A riguardo, vale solo la pena ribadire che Cdp, nei limiti delle proprie possibilità, ha positivamente proceduto a cercare di porre dentro una rete di relazioni coerenti le diverse partecipate dello Stato, sopperendo anche a una certa inerzia del Tesoro⁹⁶. Al contempo però, e fermo restando che la Cassa opera in una logica di *holding* finanziaria e non di gruppo industriale integrato, l'assenza di strumenti capaci di orientare *ex ante*, in modo esplicito, informato e trasparente, la missione industriale verso obiettivi comuni all'intero sistema economico del paese, fa sì che la proiezione pubblica dell'istituto sia rimessa all'interpretazione del *management* e i rapporti, per lo più informali, tra esso e la politica⁹⁷.

⁹² Posto che l'efficienza dell'impresa pubblica dovrebbe distinguersi da quello dell'impresa privata, dovendo misurare, fuori dal parametro del bilancio e dei dividendi, le esternalità generate su lavoratori, banche, fornitori, territorio e istituzioni. Lo ricorda, in modo non isolato, S. BIASCO, *L'idea di impresa pubblica nel mutare del clima culturale*, in *Italianieuropei*, 2017, p. 1 ss. A un livello più generale, la riflessione sulle finalità sociali da conferire al capitalismo è stata recentemente ripresa, tra gli altri, da L. PENNACCHI, *Democrazia economica. Dalla pandemia a un nuovo umanesimo*, Castelveccchi, Roma, 2021, spec. p. 72 ss.

⁹³ È chiaro che le misure introdotte per rispondere all'emergenza pandemica, tra cui la concessione di trasferimenti a fondo perduto, di garanzie pubbliche su finanziamenti, nonché l'estensione della cassa integrazione, il differimento degli oneri tributari e contributivi e la moratoria sui prestiti, hanno reso per le imprese marginale l'opzione di ricorrere a una forma di supporto, come quella offerta dal Patrimonio Rilancio, sia per le condizionalità che la caratterizzano che per la complessità dell'attivazione dell'ausilio.

⁹⁴ Un primo segnale, in questo senso, si può ricavare dalla previsione dell'art. 7-sexies della legge n. 156/2021 che, con un meccanismo di condizionalità, che prevede una necessaria sottoscrizione di risorse aggiuntive da parte di investitori istituzionali, inclusa Cdp, ha destinato due miliardi, originariamente iscritti in conto residui nel bilancio del Mef come risorse per il Patrimonio Rilancio, al Mise, al fine di rafforzare il Fondo Nazionale Innovazione. Il trasferimento di risorse è senz'altro volto a sviluppare il *venture capital*, attraverso cui opera tale Fondo, ma in esso si può leggere è anche un segnale della tortuosità che sta connotando il percorso di attivazione del Patrimonio Rilancio.

⁹⁵ L'importanza di questi profili è stata recentemente sottolineata da Banca d'Italia nell'*Audizione sulle tematiche relative allo squilibrio della struttura finanziaria delle imprese italiane che rischia di essere determinato dalla pandemia da Covid-19*, tenutasi il 19 marzo 2021 alla Camera dei deputati disponibile su <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2021/De-Vincenzo-18.03.2021.pdf>.

⁹⁶ Ciò è valso soprattutto per le società sulle quali Cdp esercita direzione e coordinamento, come per il caso di Cdp Industria. Particolarmente rilevante è poi il caso di Cdp Reti, essendo, come si è detto, strutturata per la *partnership* industriale con soggetti esteri.

⁹⁷ Si tratta di una delle interessanti considerazioni formulate del gruppo di studio (composto,

Da qui discende una complessiva dispersione della capacità delle società partecipate di incidere sul sistema nazionale integrato delle filiere produttive, nonché la stessa difficoltà di fornire un giudizio sulle scelte di investimento della Cdp, delle quali, in effetti, può accadere di cogliere la razionalità economica ma meno la logica complessiva di fondo e la correlata proiezione strutturale per l'economia italiana⁹⁸.

6. L'azionariato di Stato e la Cassa depositi e prestiti davanti alla sfida del Piano nazionale di ripresa e resilienza

L'arrivo dei fondi del piano *Next Generation EU* e l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) potrebbero costituire un'occasione preziosa per modellare un moderno profilo della Cassa depositi e prestiti, inserendola all'interno di una nuova visione dell'intervento pubblico in economia che, come è stato sottolineato, non declini più l'idea di rilevanza strategica in rapporto al percorso di specializzazione guidato dai mercati⁹⁹.

In questo scenario, va però rimarcato che un perfezionamento delle funzioni e una ridefinizione delle regole di *governance* della Cdp difficilmente potrebbero essere efficaci se non coincidessero con l'elaborazione di un moderno campionario di mezzi politica industriale e con un ripensamento complessivo dell'organizzazione dell'azionariato statale, anche a livello amministrativo¹⁰⁰.

Invero, il Pnrr, a una prima lettura, non pare offrire una visione d'insieme chiara né delle future strategie di politica industriale, né del ruolo che, all'interno di esse, potrebbero giocare le società pubbliche¹⁰¹. Sarebbe un grave errore, tuttavia, ritenere che le sei «missioni» previste nel piano¹⁰² possano essere declinate in una logica strettamente orizzontale, ricorrendo a molteplici progetti di spesa¹⁰³, senza individuare le principali traiettorie tecnologiche da

tra gli altri, da Fabrizio Barca, Edoardo Reviglio e Andrea Roventini) che ha elaborato, per conto del Forum Disuguaglianze e Diversità, il rapporto *Missioni strategiche per le imprese pubbliche italiane, Un'opportunità per guidare lo sviluppo del Paese*, 2020, p. 35 ss. Il documento, anche per la parte di proposte, merita un'attenta lettura.

⁹⁸ In questo senso, già G. VIESTI, *Alcuni problemi di governance della politica industriale italiana*, in F. ONIDA-G. VIESTI (a cura di), *La nuova politica industriale*, Passigli, Firenze, 2016, p. 50.

⁹⁹ Cfr. C. POZZI-E. CASSETTA, *Politiche industriali e assetti istituzionali per il cambiamento strutturale*, in *L'industria*, 2020, p. 596 e L. CRESTI-M. LUCCHESI-M. Pianta, *Una politica industriale per il dopo-pandemia in Italia*, *L'industria*, 2020, p. 607 ss. Per una prima ricostruzione dei profili di diritto del Pnrr si veda, invece, M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 2021, p. 1 ss.

¹⁰⁰ Cfr. E. FELICE, U. PAGANO, *Il declino dell'economia italiana. Una riflessione che parte dal pensiero di Marcello De Cecco*, in *L'industria*, 2019, p. 193, sottolineando la percorribilità di una strada che, partendo da riforme della burocrazia e dal ruolo delle imprese statali, conduca verso un modello di sviluppo fondato su innovazione e produzioni ad alto contenuto tecnologico, preferibilmente in un contesto di integrazione delle politiche industriali a livello europeo.

¹⁰¹ Cfr. M. Pianta, *La politica industriale al tempo del PNRR*, in *Il Mulino*, 2021, p. 152 ss.

¹⁰² Le missioni previste sono: digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute. Tre sono le priorità trasversali: disparità regionali, disuguaglianze di genere, divari generazionali. Al di là della distinzione tra missioni e priorità trasversali, è evidente che alcune delle missioni, specie quelle riferibili alla digitalizzazione, alla transizione ecologica e all'istruzione e ricerca, hanno carattere orizzontale, riguardando praticamente tutta la società e l'economia.

¹⁰³ Non è da sottovalutare il dato, rilevato da Z. DARVAS-S. TAGLIAPIETRA, *Setting Europe's*

imprimere all'industria, i settori sui quali fare leva e i compiti e le responsabilità dei molti attori istituzionali, tra cui la Cdp¹⁰⁴ e le società in mano pubblica, chiamati a dare attuazione alle *policies* attorno a cui far crescere il sistema delle imprese¹⁰⁵.

Un nodo fondamentale resta allora quello di restituire centralità all'indirizzo e al monitoraggio istituzionale delle imprese pubbliche, liberando anche la Cdp da compiti che appaiono più la stratificazione di scelte dettate da contingenze e ideologie passate e che spingono l'istituto fuori dal suo terreno di sviluppo ideale, che è essenzialmente quello tipico delle banche di promozione¹⁰⁶.

Esperienze estere a cui guardare non mancano, a partire da quella francese dell'Agence des Participations de l'État (Ape)¹⁰⁷. Questa potrebbe utilmente essere presa in considerazione, con i necessari adattamenti, e sempre tenendo conto della delicatezza del nuovo contesto globale di reviviscenza dell'interventismo della mano pubblica nell'economia, di cui sono testimonianza, tra l'altro, l'estensione dei *golden powers* in difesa degli interessi nazionali¹⁰⁸ e

economic recovery in motion: a first look at national plans, in *Bruegel Blog*, 29 aprile 2021, per il quale l'Italia è il paese europeo a spendere per più missioni, fuori dalla transizione ecologica e digitale, che costituiscono gli obiettivi prioritari per l'Ue.

¹⁰⁴ Si deve perciò, senza dubbio, salutare con favore la previsione dell'art. 7-*quinquies*, legge n. 156/2021, che prevede che la Cdp, nell'attuazione degli interventi del Pnrr, possa svolgere un ruolo di supporto e assistenza tecnica operativa alle amministrazioni pubbliche per la gestione di fondi e per attività a ciò strumentali e connesse. Alla luce di quanto si è evidenziato, l'azione della Cdp e, più in generale, delle società in mano pubblica non può però, nell'attuale congiuntura economica, limitarsi alla, pure importante, opera di *advisor* specialistico della burocrazia nazionale e locale.

¹⁰⁵ Interessante, in tale senso, è osservare che in Francia contestualmente alla presentazione del Pnrr, il Governo ha varato anche una nuova strategia industriale, attraverso un piano, dal valore di 30 miliardi, denominato «France 2030» che, per l'appunto, focalizza l'intervento pubblico su di una serie di settori e missioni, in linea peraltro con le ultime indicazioni sulla politica industriale forniti dall'Unione europea.

¹⁰⁶ Nello stesso senso, A. PISANESCHI, *op. cit.*, spec. pp. 107-109.

¹⁰⁷ Il modello francese è stato richiamato da Romano Prodi, facendo riferimento anche all'azione del governo del francese nel settore dell'industria automobilistica e aggiungendo che l'esperienza di oltralpe potrebbe essere trapiantata in Italia con la costituzione di una *sub-holding* in seno a Cdp e con l'adozione del voto plurimo. Cfr. R. PRODI, *Proposte per rilanciare il Paese con una nuova politica industriale*, in *Il Messaggero*, 1° dicembre 2019. Diversamente, la proposta formulata dal gruppo di studio che ha redatto il citato rapporto *Missioni strategiche per le imprese pubbliche italiane, Un'opportunità per guidare lo sviluppo del Paese* si appunta sull'eventuale tripartizione tra «una funzione tecnica», da assegnare a un organo di esperti da costituire in seno al Mef, una «funzione politica», da far esercitare dal Mef in concerto con il Governo e le altre amministrazioni, anche locali, e una «funzione di presidio» essenzialmente da demandare agli amministratori delle imprese. Al di là del contenuto di tali proposte, è evidente che esse hanno come tratto comune la necessità di potenziare il sistema delle partecipazioni statali e, specie per la seconda, di fornirgli una maggiore legittimazione democratica, guardando all'Ape francese. Quanto a quest'ultima, utile, per inquadrarne funzioni e risultati, è la lettura dell'ultimo *Rapport d'Activité*, 2018-2019, disponibile su https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agence-participations-etat/Documents/Rapports-de-l-Etat-actionnaire/2019/COR_231_019_RA_APE-web.pdf.

¹⁰⁸ Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sull'evoluzione recente del *golden power*, ma vale comunque la pena evidenziare che il progressivo estendersi del campo di applicazione dell'istituto non può essere letto indipendentemente dalla recente tendenza a tornare a ragionare di «campioni nazionali», come dimostra, tra l'altro, la stessa operazione che ha investito la Cdp con riferimento alla London Stock Exchange. A maggior ragione, specie vista la natura amministrativa ma ricca di venature politiche del *golden power*, è quindi opportuno ponderare, in modo mirato, il peso da attribuire all'azionariato di Stato. Da ultimo, sui poteri speciali, si veda A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubb.*, 2020, p. 405 ss. e, su questa Rivista, A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell'economia*, 2021, p. 55 ss. Ampiamente sulle nuove sfide del potere pub-

lo sviluppo di posizioni protezionistiche, anche all'interno della stessa Unione Europea¹⁰⁹.

Non pare inopportuno, infine, aggiungere che proprio la memoria delle disfunzioni dello storico sistema delle partecipazioni statali, frutto dell'intreccio tra politica, imprese pubbliche e amministrazioni, dovrebbe fungere da stimolo a conferire una fisionomia dello Stato azionista che sia, insieme, meno accidentale, maggiormente evoluto e tecnicamente più resistente a possibili deformazioni, oltretutto attento alla valorizzazione degli *stakeholders*¹¹⁰.

Il rischio che si corre, procedendo in senso diverso, d'altronde, è quello di sminuire il valore stesso dell'innovazione istituzionale, costituita dall'aver strutturato la Cdp con caratteristiche differenti dal modello dell'amministrazione tradizionale, ingessando paradossalmente l'istituto entro regole rigide o discutibili, con il solo fine (in altro modo perseguibile) di evitare che a esso venga chiesto di svolgere un improprio e poco controllabile compito di supplenza politica.

blico, di recente G. NAPOLITANO, *I poteri pubblici di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 145 ss.

¹⁰⁹ Perfettamente rappresentate, da ultimo, dalla vicenda che ha riguardato la mancata acquisizione di Fincantieri dei Chantiers de l'Atlantique francesi (ex Stx).

¹¹⁰ Così, si è giustamente osservato che la Cdp dovrebbe restare tecnicamente equidistante dai vari interessi coinvolti nella propria azione, ma questo non dovrebbe impedire, per esempio, di coinvolgere più attivamente gli *stakeholders*, per esempio definendo patti parasociali con i soci privati per l'assegnazione di uno o più seggi negli organi delle società a favore dei portatori di interesse. Cfr. M. PALMIERI-F. VELLA, *Regole chiare per lo Stato investitore*, in *La Voce.info*, 2020, <https://www.lavoce.info/archives/68021/68021/>.

Verso il *Digital Markets Act*: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale

The path to the Digital Markets Act: objectives, tools and enforcement

di Ginevra Bruzzone *

ABSTRACT

L'articolo analizza la proposta di *Digital Markets Act*, volta ad assicurare mercati equi e contendibili nel settore digitale, alla luce dei principi europei per la qualità della regolazione. In questa prospettiva, viene anzitutto sottolineata l'importanza di definire con precisione i confini dell'obiettivo della contendibilità. In secondo luogo, è auspicato che nella fase successiva alla designazione dei *gatekeepers* vi sia un adeguato spazio per il dialogo regolatorio, al fine di assicurare che l'imposizione dei nuovi obblighi rispetti il principio di proporzionalità. Da ultimo, l'articolo affronta il tema di come trovare il giusto equilibrio tra centralizzazione e applicazione decentrata con riferimento sia al public enforcement sia al private enforcement.

Parole Chiave: *Digital Markets Act* – Concorrenza – Regolazione pro-concorrenziale – Piattaforme online – Mercati digitali

This article discusses the EU proposal for a Digital Markets Act, aimed at ensuring contestable and fair markets in the digital sector, in light of the European better regulation principles. In this perspective, it stresses the importance of a clear understanding of the boundaries of the contestability objective. Moreover, the article suggests that, once gatekeepers have been designated, the forthcoming regulation should ensure adequate room for regulatory dialogue in order to ensure that regulatory obligations comply with the proportionality principle. Finally, the article discusses how to reach a proper balance between centralized enforcement and decentralized application, looking at public and private enforcement.

Key Words: *Digital Markets Act* – Competition – Pro-competitive regulation – Online platforms – Digital markets

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli obiettivi del DMA. – 2.1. La *fairness*. – 2.2. La contendibilità. – 2.3. L'articolo 114 TFUE come base giuridica. – 3. La qualifica di *gatekeeper* e gli obblighi di condotta. – 3.1. L'impostazione del DMA rispetto ai modelli tedesco e inglese. – 3.2. La designazione dei *gatekeeper*. – 3.3. Gli obblighi dei *gatekeeper*. – 3.4. La procedura e gli spazi di dialogo regolatorio. 4. Il *public enforcement*. – 4.1. Coinvolgere le autorità nazionali senza rischiare la frammentazione. – 4.2. Il possibile ruolo dell'ECN. – 4.3. Il controllo delle concentrazioni tra DMA e concorrenza. – 5. Quale *private enforcement*. – 6. Conclusioni.

* Senior Fellow LUISS School of European Political Economy (SEP).

1. Introduzione

Il 15 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio «per mercati equi e contendibili nel settore digitale», nota come *Digital Markets Act* (DMA)¹. La base giuridica è l'articolo 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, per il ravvicinamento della normativa degli Stati membri relativa alla creazione e al funzionamento del mercato interno europeo.

La proposta di DMA si inserisce nel più ampio processo, avviato dalla Commissione europea con la comunicazione del 2015 sulla Strategia per il mercato unico digitale², volto ad approfondire le peculiarità dell'economia delle piattaforme online e dei mercati digitali per adeguare, laddove necessario, il quadro giuridico europeo.

Pur svolgendo funzioni e avvalendosi di modelli di business diversi tra loro, le piattaforme digitali presentano caratteristiche che possono giustificare la considerazione del fenomeno nel suo complesso. In primo luogo, è evidente come in pochi anni un numero limitato di questi soggetti abbia conseguito un enorme potere economico³. Un'altra caratteristica che accomuna la maggior parte delle piattaforme è l'offerta integrata di una molteplicità di servizi e la rapida espansione della gamma di servizi offerti. Rilevanti economie di scala e di scopo, l'esistenza di effetti di rete, il rilievo strategico dell'utilizzo dei dati, la possibile presenza di switching costs e di distorsioni comportamentali (*behavioral biases*) che ostacolano lo spostamento degli utenti contribuiscono a creare barriere all'entrata che pongono le grandi imprese del digitale almeno in parte al riparo dalla pressione concorrenziale sui singoli servizi offerti⁴.

Queste caratteristiche giustificano, dal punto di vista della politica pubblica, una particolare attenzione nei confronti dell'economia delle piattaforme. Tra i profili rilevanti vi sono l'impatto potenziale delle condotte delle piattaforme sull'accesso all'informazione e sul condizionamento dei comportamenti individuali, il ruolo che le piattaforme possono svolgere ai fini della rimozione dei contenuti illeciti o dannosi sul web e, in una prospettiva di buon funzionamento dei mercati, l'esigenza di mantenere un contesto economico aperto e concorrenziale e di prevenire lo sfruttamento iniquo del potere conseguito nei confronti degli utenti professionali e dei consumatori.

In linea con l'obiettivo realizzare un mercato europeo in cui la concorrenza non sia distorta, sia la Commissione europea che le autorità nazionali di con-

¹ COM(2020) 842 def.

² COM(2015) 192 def.

³ Secondo i dati riportati dalla Commissione nello Staff Working Document sulla revisione della comunicazione sul mercato rilevante [SWD(2021)199 def.], alle sette maggiori piattaforme corrisponde il 69% del valore complessivo dell'economia delle piattaforme (stimato intorno a 6000 miliardi di euro). Sui problemi di misurazione connessi all'economia delle piattaforme, cfr. Expert Group for the Observatory on the Online Platform Economy, *Measurement and Economic Indicators*, Final Report, 2020.

⁴ In alcuni ambiti il problema è più accentuato che in altri. Vi sono infatti servizi in cui gli utenti utilizzano contestualmente più piattaforme in concorrenza tra loro (c.d. multihoming). Esiste inoltre la possibilità che la concorrenza tra piattaforme svolga un ruolo di disciplina dei comportamenti, in una prospettiva dinamica. Su questi temi cfr. F. JENNY, *Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run*, 4 aprile 2021, <https://ssrn.com/abstract=3776274>; N. PETIT-D.J. TEECE, *Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition*, 20 luglio 2021, <https://ssrn.com/abstract=3229180>.

correnza dell'European Competition Network hanno, fin dal 2012 e con intensità crescente negli ultimi anni, utilizzato gli strumenti a loro disposizione per impedire condotte anticoncorrenziali e abusi di sfruttamento da parte delle grandi piattaforme⁵. La comunità antitrust ha inoltre promosso studi di mercato sul settore e avviato una serie di approfondimenti metodologici su come valutare il potere di mercato delle piattaforme e sulle sfide poste dai mercati digitali all'applicazione dei tradizionali strumenti del diritto della concorrenza⁶.

Nel contesto della strategia europea per la trasformazione digitale, il ruolo delle piattaforme online nel mercato unico è stato approfondito dalla Commissione in una prospettiva più in generale⁷. Nella comunicazione del 2017 sulla *mid-term review* della strategia è stato annunciato un primo intervento legislativo, volto ad affrontare i problemi riscontrati con riferimento alle clausole contrattuali e alle pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra piattaforme e imprese, nonché ad ovviare alla mancanza di effettivi mezzi di ricorso a tutela degli utenti professionali delle piattaforme⁸. La proposta ha portato rapidamente all'adozione, nel 2019, del cosiddetto regolamento Platform to Business (P2B) «che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online»⁹.

Il regolamento P2B impone prevalentemente obblighi di trasparenza in capo alle piattaforme che forniscono servizi di intermediazione online e, per alcuni aspetti, anche in capo ai fornitori di motori di ricerca¹⁰. Il secondo obiettivo, ossia la promozione dell'equità (*fairness*), intesa come correttezza e buo-

⁵ Cfr. la rassegna dei casi antitrust in ECN, *Joint Paper of the heads of the national competition authorities of the European Union – How national competition agencies can strengthen the DMA*, giugno 2021, https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf. A valle dei casi Microsoft della Commissione europea, che risalgono al 2004, le autorità dell'ECN hanno vagliato, a più riprese, le condotte di Google, Amazon, Facebook, Apple e Booking.

⁶ Cfr., anche per questo aspetto, gli studi indicati in ECN, *Joint Paper*, cit., p. 2. Nel dibattito ha assunto un particolare rilievo il rapporto *Competition Policy for the Digital Era*, realizzato nel 2019 per conto della Commissione europea da Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer. In seguito, la Commissione si è parzialmente discostata dalle conclusioni del rapporto per quanto attiene alla valutazione del potere di mercato. In particolare, rispetto al suggerimento di fare a meno dell'individuazione del mercato rilevante nel settore digitale, la Commissione sembra orientata a ribadire il ruolo di questa fase del processo di valutazione e ad approfondire la questione di come utilizzare al meglio lo strumento in contesti caratterizzati da piattaforme a più versanti e altamente innovativi. Cfr. Commission Staff Working Document, *Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market*, SWD(2021) 199 final. Sul modo in cui valutare il potere di mercato delle piattaforme digitali, cfr. anche International Competition Network, *Report on the results of the ICN survey on dominance/substantial market power in digital markets*, luglio 2020, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>.

⁷ Cfr. la comunicazione del 2016 sulle piattaforme online e il mercato unico digitale (COM(2016) 288 def.) e i seguenti studi pubblicati dal Joint Research Centre della Commissione: B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, 2016; N. DUCH-BROWN, *The competitive Landscape of Online Platforms*, 2017; N. DUCH-BROWN, *Platform to business relations in online platform ecosystems*, <https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/jrc109186.pdf>, 2017.

⁸ COM(2017) 228 def.

⁹ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

¹⁰ Gli obblighi di trasparenza riguardano, ad esempio, le condizioni contrattuali e le loro modifiche, le decisioni di sospendere o limitare la fornitura dei servizi di intermediazione online o di chiudere l'account, il posizionamento degli utenti commerciali nei servizi di intermediazione online e nei risultati di ricerca, l'eventuale trattamento più favorevole riservato ai beni/servizi offerti dalla piattaforma o dal motore di ricerca (c.d. *self-preferencing*), l'accesso ai dati e le cosiddette *parity clauses*.

na fede nei rapporti con l'utente commerciale, è perseguito attraverso l'introduzione di obblighi di natura procedurale¹¹ e obblighi/divieti relativi a specifiche clausole contrattuali¹².

Nell'estate 2020 la Commissione europea ha avviato una consultazione su due ulteriori iniziative legislative per adeguare la normativa europea alle sfide poste dall'economia digitale. La prima proposta consisteva nell'introduzione di un *New Competition Tool*, volto ad integrare i poteri della Commissione europea in materia di concorrenza con un nuovo strumento che, in sostanza, consentiva di avviare indagini approfondite a fronte di rilevanti criticità per il processo concorrenziale con la possibilità di imporre, al termine dell'indagine, rimedi di natura strutturale o comportamentale. La proposta aveva carattere trasversale: il *New Competition Tool* era un nuovo strumento di intervento per la tutela e promozione della concorrenza che, pur pensato principalmente per le criticità del settore digitale, avrebbe in teoria potuto essere utilizzato dalla Commissione in tutti i settori dell'economia, laddove ne fosse emersa la necessità¹³. La seconda iniziativa legislativa, denominata *Digital Services Act*, era invece volta, da un lato, a disciplinare aspetti relativi al regime di responsabilità nel contesto digitale, con particolare riguardo all'eliminazione dei contenuti illegali e alla tutela dei diritti fondamentali online, dall'altro a porre alcuni obblighi *ex ante* sulle grandi piattaforme qualificabili come *gatekeepers*¹⁴.

Nella consultazione pubblica sul *New Competition Tool*, tuttavia, sono emerse perplessità riguardo all'introduzione di uno strumento di intervento così potente e di portata generale in capo alla Commissione ad integrazione dei poteri in materia di intese, abuso di posizione dominante e controllo delle concentrazioni. Pertanto, nella successiva formulazione delle proposte legislative, presentate nel dicembre 2020, la Commissione ha modificato la rotta. Nella proposta di *Digital Services Act* è stata mantenuta la sola parte relativa alle responsabilità rispetto ai contenuti online e ad essa è stata affiancata una nuova proposta per assicurare il buon funzionamento dei mercati digitali, a complemento delle regole di concorrenza – il *Digital Markets Act*. L'idea sottostante è quella di ovviare, mediante la definizione di una serie di obblighi *ex ante*, alle potenziali conseguenze negative del potere economico delle grandi piattaforme qualificabili come *gatekeepers* (controllori dell'accesso) per una serie di *core platform services* preventivamente identificati a livello normati-

¹¹ Tra gli obblighi procedurali vi sono la notifica di un preavviso prima dell'adozione di modifiche contrattuali, l'obbligo di motivare le decisioni di sospensione, limitazione o cessazione del servizio e l'istituzione di un sistema di gestione interno dei reclami.

¹² Ad esempio, il divieto di imporre modifiche retroattive dei termini e delle condizioni contrattuali. Per un'analisi dettagliata del regolamento, cfr. Assonime, *Il regolamento europeo P2B sui rapporti tra piattaforme e utenti commerciali*, circolare n. 25/2021.

¹³ Inception Impact Assessment – New Competition Tool, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en.

¹⁴ Inception Impact Assessment – Digital Services Act package: deepening the Internal Market and clarifying responsibilities for digital services, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-internal-market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services_en; Inception Impact Assessment – Digital Services Act package: Ex ante regulatory instrument for large online platforms with significant network effects acting as gate-keepers in the European Union's internal market, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers_en.

vo¹⁵. Il nuovo strumento sarebbe intrinsecamente più rapido rispetto all'applicazione caso per caso delle regole di concorrenza.

Il *Digital Markets Act*, che ha l'ambizione di definire a livello europeo una disciplina armonizzata per le condotte unilaterali delle piattaforme, è destinato a divenire un pilastro dell'architettura del mercato interno. Al tempo stesso, va preso atto che l'obiettivo di introdurre regole generali per soggetti come le piattaforme online che, pur presentando profili comuni, hanno modelli di business molto diversi tra loro, è sfidante, soprattutto in un contesto di fortissima innovazione quale quello che ha sinora caratterizzato i mercati digitali.

Se il regolamento P2B è stato adottato rapidamente, la proposta del DMA ha da subito sollevato un vasto dibattito tra esperti di diritto della concorrenza e di regolazione, accompagnato da suggerimenti di modifica¹⁶. Sia il Regno Unito che la Germania si sono mossi in anticipo rispetto alla Commissione, seguendo un modello parzialmente diverso da quello proposto per il DMA (cfr. il successivo paragrafo 1). Il processo legislativo, alla luce dei lavori del Parlamento europeo e delle forti prese di posizione di alcuni Stati membri nel contesto del Consiglio, indica che con ogni probabilità il testo finale si discosterà per aspetti non marginali dalla proposta originaria della Commissione.

Tenendo conto di questo contesto, nel presente lavoro sono proposte alcune riflessioni sugli obiettivi del DMA (paragrafo 1), sull'impostazione della disciplina (ambito di applicazione, contenuto prescrittivo e procedure) (paragrafo 2), sull'architettura per il public enforcement (centralizzazione, ruolo delle autorità nazionali) (paragrafo 3) e sul ruolo del private enforcement (paragrafo 4).

2. Gli obiettivi del DMA

L'oggetto del DMA, come definito dall'art. 1 della proposta, è garantire che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti *gatekeeper* siano equi e contendibili in tutta l'Unione.

Nei considerando viene opportunamente sottolineato che si tratta di un si-

¹⁵ I *core platform services* identificati nella proposta di regolamento DMA, tenendo conto di una serie di indicatori di potenziali criticità, includono: servizi di intermediazione online; motori di ricerca online; social networks; servizi di video sharing; servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero (ad es. WhatsApp); sistemi operativi; servizi di cloud computing; servizi pubblicitari erogati da fornitori di uno dei *core platform services* sinora elencati.

¹⁶ Tra i contributi al dibattito, cfr. C. CAFFARRA, "Follow the Money": Mapping Issues with Digital Platforms into Actionable Theories of Harm, in *e-Competitions Platforms*, Art. N° 91579; C. CAFFARRA-F. SCOTT-MORTON, *The European Commission Digital Markets Act: a Translation*, in *VoxEU.org*, 5 gennaio 2021, <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>; CERRE, *Recommendations Paper – Making the Digital Markets Act more Resilient and Effective*, maggio 2021; A. DE STREEL-P. LAROCHE, *The European Digital Market Act Proposal: How to Improve a Regulatory Revolution*, in *Concurrences*, 2, 2021, pp. 46-63; P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, 22 febbraio 2021, <https://ssrn.com/abstract=3790276>; F. JENNY, *op. cit.*; A. KOMNINOS, *The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement*, 31 agosto 2021, <https://ssrn.com/abstract=3914932>; G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, in *Tilec Discussion Paper*, 4/2021; N. PETIT, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, settembre 2021, vol. 12, 7, pp. 529-541; D. TEECE-H.-J. KAHWATY, *Is the Proposed Digital Markets Act the Cure for Europe's Platform Ills? Evidence from the European Commission's Impact Assessment*, 12 aprile 2021, <https://lisboncouncil.net/wp-content/uploads/2021/04/TEECE-AND-KAHWATY-Dynamic-Digital-Markets1.pdf>.

stema di regole distinto dalle regole di concorrenza relative a intese, abuso di posizione dominante e operazioni di concentrazione. Anzitutto i vincoli comportamentali del DMA hanno presupposti chiaramente distinti da quelli delle norme antitrust; in particolare, per la designazione come *gatekeeper* non è richiesto l'accertamento della posizione dominante. In secondo luogo, per l'applicazione degli obblighi e dei divieti del DMA, diversamente da quanto avviene tipicamente per le regole di concorrenza, non è richiesto l'accertamento caso per caso dell'impatto, attuale o potenziale, delle condotte della piattaforma sulle variabili concorrenziali. In questo senso il DMA costituisce senza alcun dubbio uno strumento diverso e complementare rispetto alle regole di concorrenza, che può consentire una maggiore rapidità degli interventi.

Un aspetto controverso è, invece, se anche gli obiettivi finali dell'intervento di regolazione DMA, e non soltanto gli strumenti, costituiscano un sistema a sé stante, nettamente separato dal sistema delle regole di concorrenza¹⁷. La questione non si pone tanto per il perseguimento della *fairness* nelle relazioni con gli utenti, quanto quando si tratta di capire in cosa consista l'obiettivo della contendibilità. Cercheremo qui di seguito di spiegare le ragioni di questa osservazione.

2.1. La *fairness*

L'obiettivo della *fairness* nei rapporti economici, nella sua doppia accezione di equità/correttezza, non è certamente una novità nel diritto europeo.

Sin dal Trattato di Roma la lista delle condotte che possono costituire un abuso di posizione dominante indica, come primo esempio, «imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque»¹⁸. Nella prassi applicativa il profilo della *fairness* ha assunto un particolare rilievo, sia a livello europeo che a livello nazionale, in alcune fasi, anche recenti, dell'applicazione del diritto della concorrenza, ad esempio in relazione al divieto di applicazione di prezzi eccessivi nel settore farmaceutico¹⁹.

Anche al di fuori delle regole di concorrenza, nella costruzione del mercato interno sono state ripetutamente adottate misure legislative volte ad assicurare la *fairness* nei rapporti commerciali in diversi ambiti: si pensi, ad esempio, alla direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, alla direttiva (UE) 2019/63 sulle pratiche commerciali scorrette nella filiera agroalimentare e al

¹⁷ I dubbi derivano in particolare dalla formulazione del considerando 10, ai sensi del quale «(...) Il presente regolamento persegue un obiettivo complementare, per quanto non analogo, alla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato, quale definita in termini di diritto della concorrenza, e tale obiettivo consiste nel garantire che i mercati in cui sono presenti gatekeeper siano e rimangano equi e contendibili, indipendentemente dagli effetti reali, probabili o presunti sulla concorrenza in un dato mercato del comportamento di un dato gatekeeper contemplato dal presente regolamento. Il presente regolamento mira, pertanto, a proteggere un interesse giuridico diverso rispetto a tali norme e non dovrebbe pregiudicarne l'applicazione».

¹⁸ Cfr. art. 102, lett. a), TFUE. Nella legge n. 287/1990 il concetto viene tradotto in termini di "eccessiva gravosità" dei prezzi e delle condizioni.

¹⁹ Tra gli interventi della Commissaria Vestager in cui è stata richiamata la *fairness*, cfr. in particolare *Fairness and competition*, GCLC Annual Conference, Bruxelles, 25 gennaio 2018, in https://wayback.archive-it.org/12090/20191129212136/https://ec.europa.eu/commission/communication/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en. Più in generale, sul tema cfr. D. GÉRARD-A. KOMNINOS-D. WAELEBROECK, *Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications*, in *GCLC Conference Series*, 2020, n. 9.

già menzionato regolamento P2B su “equità” e trasparenza nei rapporti tra piattaforme e utenti commerciali.

La proposta di DMA si pone in continuità con il filone delle misure legislative volte ad assicurare la *fairness* nei rapporti commerciali nell’ambito del mercato interno e ripropone l’obiettivo dell’equità, riconducendo in particolare la nozione di pratica sleale alla situazione in cui si è venuto a creare uno squilibrio in termini di diritti e obblighi tra gli utenti commerciali e il *gatekeeper* e il *gatekeeper* sta traendo un vantaggio che non è proporzionato al servizio offerto²⁰.

2.2. La contendibilità

Se la *fairness* è un obiettivo di politica pubblica noto al diritto europeo, il riferimento all’obiettivo della contendibilità è invece inusuale. Presumibilmente, la Commissione non intende fare riferimento alla nozione di mercato perfettamente contendibile sviluppata nei lavori teorici di Baumol, Panzar e Willig²¹, ma al più generico obiettivo di ridurre le barriere all’entrata nei mercati digitali.

Nel diritto della concorrenza, per barriera all’entrata tipicamente si intende tutto ciò che ostacola un ingresso sul mercato da parte dei concorrenti “*timely, likely and sufficient*”, ossia in grado di contenere il potere di mercato dell’impresa. Come già ricordato, nei mercati digitali vi sono una serie di fattori, esogeni o dipendenti dal comportamento delle imprese, che possono contribuire a rendere difficile l’entrata dei concorrenti (economie di scala e scopo, rilievo della disponibilità di dati, effetti di rete, switching costs e distorsioni comportamentali, ecc.) e quindi il tema delle barriere all’entrata è centrale in una prospettiva di politica pubblica.

Sinora nel diritto europeo non vi è mai stata una politica di riduzione *sic et simpliciter* delle barriere all’entrata: l’approccio è più articolato e tiene conto, da un lato, dell’origine degli ostacoli (intervento normativo o amministrativo, caratteristiche del mercato, comportamento strategico dell’impresa) e, dall’altro, dell’esigenza di bilanciare i valori in gioco (ad esempio, diritti di proprietà intellettuale, libertà d’impresa, incentivi a investire) con la tutela di una concorrenza effettiva nei mercati interessati.

Quando gli ostacoli derivano da restrizioni normative o amministrative, l’approccio del diritto europeo è quello della rimozione delle barriere laddove non siano giustificate dal perseguimento di obiettivi di interesse generale²². Quando, invece, gli ostacoli dipendono dalle caratteristiche dei mercati o dai comportamenti delle imprese, non vi è in generale una presunzione negativa nei confronti, ad esempio, dell’esistenza di economie di scala, diritti di proprietà intellettuale, investimenti pubblicitari e così via. Possono però esserci circostanze particolari che giustificano interventi di regolazione proconcorrenziale o l’applicazione del divieto di abuso di posizione dominante per assicurare l’accesso al mercato.

Esempi di regolazione proconcorrenziale volta a facilitare l’ingresso sui mercati si trovano in una serie di settori che vanno dalle ferrovie all’energia

²⁰ Proposta DMA, art. 10, par. 2, lett. a).

²¹ W. BAUMOL-J. PANZAR-R. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, 1982. In un mercato perfettamente contendibile, a causa della completa assenza di barriere all’entrata e all’uscita, è realizzabile una concorrenza *hit and run* da parte di nuovi entranti che elimina ogni possibilità di extraprofitti anche in mercati concentrati.

²² Cfr. ad esempio la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno.

elettrica e al gas, dalle comunicazioni elettroniche agli aeroporti. Anche in questi contesti, gli interventi di riduzione degli ostacoli all'entrata, inclusi eventuali obblighi di concedere l'accesso, devono essere attentamente strutturati in modo da non pregiudicare gli incentivi a investire da parte dell'impresa regolata. Guardando all'antitrust, a fronte di un trattamento severo dell'impresa dominante che rafforza il proprio potere di mercato mediante l'imposizione di rapporti di esclusiva, nella giurisprudenza europea vi è una valutazione più circostanziata circa il carattere abusivo dei casi di rifiuto da parte dell'impresa di concedere l'accesso a una risorsa/infrastruttura (*refusal to deal*). La Corte di Giustizia, infatti, tenendo conto del bilanciamento tra la tutela degli incentivi a investire e l'aumento della concorrenza nei mercati a valle, tipicamente riconosce l'abuso solo in presenza di stringenti condizioni (indispensabilità dell'accesso alla risorsa per competere, assenza di giustificazione oggettiva per il rifiuto di dare l'accesso, verifica che il diniego dell'accesso comporterebbe l'eliminazione di una concorrenza effettiva nel mercato e, qualora siano coinvolti segreti commerciali o informazioni coperte dalla proprietà intellettuale, dimostrazione di un chiaro beneficio per i consumatori o per l'innovazione).

Alla luce di queste considerazioni, il *Digital Markets Act* si pone in discontinuità o in continuità con i precedenti filoni di intervento a seconda che l'obiettivo della contendibilità (la riduzione delle barriere all'entrata) venga considerato un obiettivo a sé stante, di tipo "redistributivo", per contrastare il potere dei *gatekeeper* o, viceversa, un obiettivo funzionale al mantenimento di una concorrenza effettiva nei mercati digitali.

Nella prima ipotesi, la proposta di DMA costituirebbe un *unicum* nel diritto europeo dei mercati, ponendo quindi problemi nuovi anche in termini di valutazione della proporzionalità delle misure adottate. Viceversa, se la riduzione delle barriere all'entrata è intesa come funzionale al mantenimento di una concorrenza effettiva, nel disegno del DMA si può tenere conto dell'esperienza di una serie di precedenti interventi di regolazione proconcorrenziale dei mercati.

La circostanza che il DMA possa essere visto, almeno nella parte relativa alla contendibilità, come una regolazione proconcorrenziale è stata sottolineata da vari autori²³. Nell'*impact assessment* e nello stesso testo del DMA vi sono indicazioni che vanno in questa direzione. Nella relazione di accompagnamento alla proposta di DMA, con riferimento alla valutazione di impatto, è ricordato che «la Commissione ha esaminato diverse opzioni strategiche per conseguire l'obiettivo generale della presente iniziativa, ossia garantire il corretto funzionamento del mercato interno *promuovendo un'effettiva concorrenza* nei mercati digitali e in particolare un ambiente delle piattaforme online equo e contendibile». Nella proposta (considerando 79), viene statuito che l'obiettivo del regolamento è «garantire l'equità e la contendibilità del settore digitale e dei servizi di piattaforma di base in particolare, *nell'ottica di promuovere l'innovazione, l'elevata qualità dei prodotti e dei servizi digitali, prezzi equi e concorrenziali, nonché un'elevata qualità e un'ampia scelta per gli utenti finali nel settore digitale*». Il focus è chiaramente non su una misura di natura redistributiva ma sull'obiettivo di assicurare le dinamiche concorrenziali nei mercati digitali.

²³ Cfr. *inter alia* H. SCHWEITZER, *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal*, 30 aprile 2021, in <https://ssrn.com/abstract=3837341>; N. PETIT, *op. cit.*

2.3. L'art. 114 TFUE come base giuridica

A volte, nel dibattito sugli obiettivi del DMA, chi sostiene che essi non includono finalità di natura concorrenziale osserva che la base giuridica è l'art. 114 TFUE e non l'art. 103 TFUE. Si tratta di una linea argomentativa poco convincente.

La Commissione ha scelto l'art. 114 come base giuridica perché per il DMA è evidente che non si sarebbe potuto fare ricorso all'art. 103 del TFUE: la disciplina va indubbiamente oltre «l'applicazione dei principi degli articoli 101 e 102 TFUE». L'alternativa di ricorrere all'art. 352 TFUE, che consente di introdurre nel diritto europeo nuovi strumenti e che è stato utilizzato in passato per l'adozione del regolamento concentrazioni, non solo avrebbe richiesto l'unanimità da parte del Consiglio ma, soprattutto, avrebbe escluso il coinvolgimento del Parlamento europeo, che appare essenziale sul piano politico in una materia così delicata.

La circostanza che l'obiettivo del DMA sia la tutela dell'equità e la riduzione delle barriere all'entrata per rafforzare una concorrenza effettiva nei mercati digitali non appare tale da pregiudicare l'applicazione dell'art. 114. Ciò che è imprescindibile ai fini del ricorso a questa base giuridica è solo che l'intervento legislativo sia funzionale alla realizzazione o al rafforzamento del mercato interno.

Paradossalmente, proprio riconoscere che non vi è una netta differenza tra gli interessi tutelati tra il DMA e la disciplina proconcorrenziale può contribuire alla realizzazione del mercato interno coerentemente con la base giuridica prescelta, perché consente di limitare il rischio di duplicazioni di interventi tra il regolamento DMA e eventuali regole nazionali di concorrenza che in sostanza perseguono obiettivi analoghi²⁴.

3. La qualifica di *gatekeeper* e gli obblighi di condotta

3.1. L'impostazione del DMA rispetto ai modelli tedesco e inglese

Per assicurare la *fairness* e la riduzione delle barriere all'entrata nei mercati digitali, la proposta di DMA prevede anzitutto una fase di verifica dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione della disciplina, cioè della qualificabilità dell'impresa come *gatekeeper* per uno o più dei *core platform services* indicati nel regolamento. Per i servizi per i quali è designata come *gatekeeper*, l'impresa è soggetta ad una serie di obblighi elencati negli articoli 5 e 6 della proposta. Gli obblighi si applicano finché perdura la qualifica di *gatekeeper*, con limitatissime possibilità di esenzione²⁵. Una volta acquisita la qualifica di *gatekeeper* vi è

²⁴ In questo senso, cfr. A. LAMADRID-N. BAYÓN FERNÁNDEZ, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal Under Article 114 TFEU and How to Fix It*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, settembre 2021, vol. 12, Issue 7, pp. 576-589.

²⁵ Esenzioni, parziali o totali, possono essere concesse dalla Commissione solo per motivi di moralità pubblica, salute pubblica e sicurezza pubblica (proposta DMA, art. 9); sospensioni temporanee, parziali o totali, degli obblighi possono essere riconosciute, in via eccezionale, solo se il *gatekeeper* dimostra che l'osservanza di quell'obbligo specifico metterebbe a rischio, a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, la redditività economica della sua attività nell'Unione europea e solo nella misura necessaria a far fronte a tale minaccia (proposta DMA, art. 8).

quindi l'applicazione automatica di una serie di obblighi identificati *ex ante*.

Il sistema del DMA si discosta, così, dai modelli tedesco ed inglese che, a integrazione delle tradizionali regole antitrust, prevedono nuove modalità semplificate per disciplinare le condotte di impresa, con un focus particolare sulle peculiarità dei mercati digitali. Entrambi i modelli contemplano una prima fase di verifica dei presupposti per l'applicazione della disciplina, che non richiede l'accertamento della posizione dominante, e la successiva imposizione di obblighi di condotta sull'impresa regolata mirati a risolvere *ex ante* le criticità relative a quella specifica impresa²⁶.

Rispetto a questi modelli, che consentono comunque una disciplina più rapida e preventiva rispetto all'accertamento *ex post* di violazioni delle regole di concorrenza, il DMA mira a semplificare ulteriormente l'applicazione delle regole, predefinendo anche gli obblighi. Proprio per questa maggiore rigidità la proposta di DMA richiede, rispetto a quei modelli, una verifica particolarmente accurata del rispetto del principio di proporzionalità dei vincoli rispetto agli obiettivi di politica pubblica.

3.2. La designazione dei *gatekeeper*

La nozione di *gatekeeper* si basa su tre requisiti cumulativi: l'impresa ha un impatto significativo sul mercato interno; gestisce un *core platform service* che costituisce un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca una tale posizione in futuro²⁷.

Per facilitare la ricognizione, la proposta introduce per ciascuno dei tre requisiti indicatori di tipo quantitativo (soglia di fatturato nel SEE o valore di mercato e presenza nella fornitura del servizio in almeno tre Stati membri; soglie in termini di utenti commerciali e utenti finali attivi; persistenza della situazione sopra soglia negli ultimi tre esercizi finanziari). Si tratta di criteri presuntivi che in teoria possono essere confutati dall'impresa dimostrando che non è soddisfatto almeno uno dei requisiti qualitativi che definiscono la posizione di *gatekeeper*. Quindi, laddove alla dimensione e al numero di utenti dell'impresa non corrispondesse, ad esempio, un significativo potere di mercato per l'assenza di significative barriere all'entrata nel servizio o per l'assenza di situazioni di *lock-in* degli utenti (*multihoming*), vi è uno spazio per evitare la designazione come *gatekeeper* e le relative conseguenze. Per i servizi digitali in cui coesistono diversi tipi di barriere all'entrata, comunque, rovesciare la presunzione appare piuttosto complicato.

L'ampiezza della nozione di *gatekeeper*, peraltro, non è l'elemento di maggiore rilievo per la verifica del rispetto del principio di proporzionalità nel DMA: ciò che conta è soprattutto quali siano le conseguenze, in termini di vincoli sull'impresa, della designazione come *gatekeeper*. Per fare un esempio, nel diritto europeo della concorrenza molte operazioni di concentrazione sono soggette ad obbligo di notifica alla Commissione europea se soddisfano le soglie quantitative indicate nel regolamento concentrazioni, ma gli effettivi casi di

²⁶ Per la normativa tedesca, cfr. la nuova sezione 19 a del GWB. Per il Regno Unito, cfr. CMA, Advice of the Digital Markets Taskforce on a new pro-competition regime for digital markets, dicembre 2020.

²⁷ Proposta DMA, art. 3.

divieto dell'operazione o di richiesta di misure correttive riguardano solo il sottoinsieme delle operazioni che, se autorizzate, avrebbero un impatto negativo rispetto agli obiettivi della disciplina.

Bisogna quindi guardare soprattutto al disegno degli obblighi previsti dal DMA e chiedersi se il sistema che ne risulta sia proporzionato rispetto agli obiettivi dell'intervento legislativo.

3.3. Gli obblighi dei *gatekeeper*

Gli artt. 5 e 6 della proposta DMA elencano diciotto prescrizioni, tratte dall'esperienza relativa a specifici servizi e comportamenti, che vengono ad assumere la natura di obblighi di regolazione generalizzati, vincolanti per tutti i *gatekeeper*. Alcuni di questi obblighi (quelli di cui all'art. 5) sono pensati come direttamente applicabili mentre per altri (quelli indicati all'art. 6) è prevista la possibilità di ulteriori specificazioni da parte della Commissione.

Il quadro è completato dagli obblighi di tipo informativo in merito ai progetti di concentrazione nel settore digitale e alle tecniche di profilazione applicate, previsti rispettivamente dagli artt. 12 e 13 della proposta.

Per rendere più facilmente comprensibile la disciplina sarebbe utile cogliere il suggerimento di vari autori di raggruppare gli obblighi di cui agli artt. 5 e 6 per categorie omogenee. Ad esempio, si potrebbe distinguere tra gli obblighi hanno prevalentemente una finalità di *fairness*²⁸, quelli che associano una dimensione di *fairness* alla facilitazione della concorrenza da parte di altre imprese²⁹, e quelli volti prevalentemente a facilitare l'azione dei concorrenti nel mercato del *core platform service* o in mercati contigui³⁰.

Se l'analisi dei singoli obblighi e dell'opportunità, in alcuni casi, di specificarli ulteriormente nel testo del regolamento esula dagli obiettivi di questa nota³¹, in generale va osservato che adeguarsi ad alcuni di essi (in particolare, quelli relativi alla portabilità, all'interoperabilità e all'accesso ai dati da parte di soggetti terzi) comporta la necessità di ingenti investimenti sul piano tecnico, economico e organizzativo. Inoltre, alcuni degli obblighi elencati nella proposta vanno a correggere condotte che possono avere altre giustificazioni rispetto

²⁸ Art. 5.d (non impedire agli utenti commerciali di sollevare questioni davanti alle autorità pubbliche); art. 5.g (trasparenza dei prezzi per i servizi pubblicitari); art. 6.1.a (divieto di utilizzare i dati relativi agli utenti commerciali per competere con loro); art. 6.1.g (trasparenza sulla performance dei servizi pubblicitari); art. 6.1.i (accesso in tempo reale degli utenti commerciali ai dati riconducibili alla loro attività sulla piattaforma).

²⁹ Art. 5.a (richiesta di consenso per combinare dati personali ricavati dal *core platform service* con dati personali provenienti da altri servizi); art. 6.1.e (divieto di restrizioni allo switching e al multihoming attraverso il sistema operativo del *gatekeeper*); art. 6.1.f (accesso degli utenti commerciali e dei fornitori di servizi ausiliari al sistema operativo utilizzato nella fornitura dei servizi ausiliari da parte del *gatekeeper* e interoperabilità); art. 6.1.h (portabilità dei dati generati dall'attività degli utenti commerciali o finali); art. 6.1.k (condizioni eque e non discriminatorie per l'accesso degli utenti commerciali agli app stores).

³⁰ Art. 5.b (divieto di *wide parity clauses*); art. 5.c (consentire agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti tramite il *core platform service* del *gatekeeper* senza avvalersi dello stesso); art. 5.e (divieto di tying tra *core platform service* e servizi di identificazione); art. 5.f (divieto di tying tra diversi *core platform services*); art. 6.1.b (consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi app preinstallata non essenziale); art. 6.1.c (consentire il side-loading di apps o app stores di terze parti, salvo che presentino rischi per l'integrità); art. 6.1.d (divieto di self-preferencing nel posizionamento); art. 6.1.j (accesso a condizioni FRAND ai dati generati dai motori di ricerca per fornitori di altri motori di ricerca).

³¹ Per un'analisi dettagliata, cfr. CERRE, *op. cit.*

alla limitazione della contendibilità dei mercati, mentre altri rilevano solo per alcuni *core platform services*.

Anche tenuto conto di queste considerazioni, la peculiare costruzione del DMA che, estrapolando dai rimedi ritenuti appropriati in casi specifici, li generalizza rendendoli regole di applicazione generale per i *gatekeepers*, può suscitare perplessità sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità. Il tema si pone soprattutto in quanto l'architettura della proposta, come anticipato, limita le possibilità di non applicazione di uno o più obblighi a circostanze del tutto eccezionali, senza spazio per un dialogo tra il *gatekeeper* e la Commissione riguardo all'appropriatezza o meno dell'imposizione di ciascun obbligo in relazione al contesto concreto.

3.4. La procedura e gli spazi di dialogo regolatorio

Ciò non significa che l'approccio fondato sulla preventiva identificazione di una lista di obblighi debba essere abbandonato e che si debba rinunciare all'obiettivo di rapidità dell'intervento regolatorio. Tuttavia, la procedura prevista nella fase tra la designazione dei *gatekeeper* e il momento in cui gli obblighi diventano vincolanti andrebbe ripensata per dare spazio a un dialogo tra l'impresa e la Commissione volto a definire, in concreto, quali degli obblighi della lista siano appropriati e proporzionati, nonché le modalità concrete per adempiere.

Attualmente la proposta prevede un orizzonte di sei mesi tra la designazione dei *gatekeeper* e l'operatività dei vincoli previsti dagli artt. 5 e 6 del regolamento, ma le possibilità di dialogo con la Commissione sono limitate alle ipotesi in cui il *gatekeeper* chieda di confrontarsi sulle modalità di implementazione dell'art. 6. Vi è una possibilità di decisioni con impegni, con un ruolo propositivo dell'impresa, ma solo nel contesto di procedimenti volti ad accertare l'inottemperanza agli obblighi da parte dell'impresa³². Salvo le limitatissime eccezioni previste dagli artt. 8 e 9, che sono di rilievo pratico quasi nullo, non è consentito a un *gatekeeper* argomentare che, nel contesto economico in cui opera, uno specifico obbligo non è appropriato o proporzionato, così come non è consentito il dialogo sulle modalità di implementazione dell'art. 5.

Questa rigidità appare particolarmente discutibile alla luce delle gravi conseguenze previste per l'impresa nel caso in cui la Commissione ritenga successivamente violato uno o più degli obblighi DMA, che vanno dall'imposizione di ammende di entità sino al 10% del fatturato totale sino all'adozione di rimedi comportamentali o strutturali.

Una via d'uscita, che anche altri autori hanno suggerito³³, consisterebbe nel passare da un modello che comporta, per la sua rigidità, un rischio di iperregolazione, a un modello più ispirato alla co-regolazione. Si tratterebbe in sostanza di utilizzare il periodo di sei mesi successivo alla designazione di *gatekeeper* per strutturare un dialogo tra l'impresa e la Commissione in cui l'impresa notifica alla Commissione come intende ottemperare agli obblighi previsti dagli artt. 5 e 6. All'interno di questo approccio, per una maggiore garanzia dei principi di better regulation, potrebbe anche essere consentito all'impresa di fare presenti eventuali ragioni per cui, per uno specifico servizio,

³² Proposta DMA, art. 23.

³³ Cfr. G. MONTI, *The Digital Markets Act - Institutional Design and Suggestions for Improvement*, in *TILEC Discussion Paper*, febbraio 2021, 2021/004.

uno o più obblighi non risultino pertinenti o proporzionati (ad esempio, perché non rispondono nel caso concreto a un problema di scarsa contendibilità per quel servizio o hanno effetti indesiderabili).

Il dialogo tra impresa e Commissione nella fase tra la designazione dei *gatekeeper* e l'operatività degli obblighi sarebbe quindi più ampio e sistematico rispetto a quello attualmente previsto dall'art. 7. Riguardando l'insieme degli obblighi a cui il *gatekeeper* viene sottoposto, questo dialogo consentirebbe alla Commissione una visione complessiva della rispondenza delle soluzioni adottate alle sfide dell'equità e della contendibilità con riferimento allo specifico *core platform service*. In questa fase potrebbe essere incluso anche un market test in modo da raccogliere il punto di vista di utenti e concorrenti sulle soluzioni proposte dall'impresa.

Al termine della fase di dialogo, la Commissione potrebbe adottare una decisione che rende vincolanti gli impegni assunti dall'impresa o, qualora non li ritenga adeguati, una decisione in cui impone il rispetto degli obblighi ritenuti appropriati nel caso concreto, in attuazione di quanto previsto dagli artt. 5 e 6.

Si verrebbe così a configurare una sorta di procedura per l'adozione di decisioni con impegni, come quella prevista per l'attuazione dell'art. 9 del regolamento (CE) n. 1/2003, che tuttavia, rispetto al modello antitrust, risulterebbe fortemente semplificata. Anzitutto, una volta designata l'impresa come *gatekeeper* rispetto a un *core platform service*, non occorre accertare ulteriormente la posizione dominante. Il dialogo regolatorio sarebbe basato su un elenco di obblighi predeterminato e non vi sarebbe la preventiva necessità in capo alla Commissione di indicare caso per caso le preoccupazioni concorrenziali. Sempre nell'ottica della semplificazione dell'intervento pubblico, il sistema comporta un'inversione dell'onere della prova, in quanto spetta all'impresa dimostrare che un obbligo di quelli previsti dagli artt. 5 e 6 non è giustificato.

Questo approccio consentirebbe di tenere conto del fatto che l'impatto in termini di equità e contendibilità di determinate condotte dipende dal contesto e può variare significativamente in relazione ai modelli di business. Nella fase di dialogo regolatorio la Commissione potrebbe, inoltre, raccogliere spunti di informazione sulle criticità del mercato che possono giustificare, nel tempo, l'aggiunta di ulteriori obblighi regolatori rispetto a quelli previsti dalla lista. Nel caso di una divergenza di visioni circa le modalità di attuazione degli artt. 5 e 6 che portasse la Commissione a non accogliere la proposta dell'impresa ma a imporre il rispetto degli obblighi con un'autonoma decisione di attuazione, il controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia sulle decisioni della Commissione costituirebbe la garanzia del rispetto del principio di proporzionalità.

4. Il public enforcement

I *core platform services* offerti dai *gatekeeper* hanno intrinsecamente una dimensione transfrontaliera, che giustifica l'adozione di regole di condotta a livello europeo. Per quanto riguarda l'applicazione di tali regole, la proposta di DMA prevede un sistema di public enforcement centralizzato, in cui la designazione dei *gatekeeper*, i compiti attinenti alla definizione degli obblighi³⁴, l'informazione sistematica sulle concentrazioni e sulle tecniche di profilazione,

³⁴ Specificazione, sospensione, esenzione, aggiornamento, eventuale estensione a più servizi.

i compiti di indagine e monitoraggio circa il rispetto della normativa e i poteri decisionali e sanzionatori sono incentrati sulla Commissione europea.

Il ruolo degli Stati membri è limitato alla possibilità per tre o più Stati membri di chiedere alla Commissione l'avvio di un'indagine per la designazione di un'impresa come *gatekeeper* (art. 33) e all'assistenza di un comitato consultivo per i mercati digitali composto da rappresentanti delle amministrazioni nazionali, a norma del regolamento (UE) n. 182/2011 sul controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione ³⁵.

Nel corso dell'iter legislativo sono state espresse da più parti richieste di un maggiore decentramento nell'applicazione del DMA, mediante il diretto coinvolgimento delle amministrazioni nazionali nell'enforcement. Sono inoltre emerse divergenze di opinioni riguardo a quali amministrazioni nazionali, nel caso, dovrebbero essere coinvolte nella fase di esecuzione della disciplina, con il BEREC e l'ECN su due fronti opposti.

4.1. Coinvolgere le autorità nazionali senza rischiare la frammentazione

Nel diritto europeo convivono diversi modelli di applicazione, centralizzata o decentrata, delle regole comuni. Con riferimento al DMA, tra le ragioni in favore di una centralizzazione delle competenze vi è il fatto che la disciplina riguarda un numero limitato di soggetti che per definizione hanno dimensioni rilevanti e operatività transfrontaliera con un impatto significativo sul mercato interno. Si tratta di una situazione analoga a quella delle banche di dimensione sistemica per le quali le competenze in materia di vigilanza, nel sistema del *Single Supervisory Mechanism*, sono centralizzate a livello europeo ³⁶, o a quella delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, per le quali il regolamento (CE) n. 139/2004 attribuisce la competenza alla Commissione europea secondo un sistema di one-stop shop ³⁷. Date le caratteristiche delle piattaforme regolate, è evidente come risulti in linea di principio preferibile affidare a un soggetto a livello europeo sia il compito di presiedere alla designazione dei *gatekeeper*, sia la specificazione degli obblighi di regolazione in dialogo con le imprese. Soluzioni decentrate comporterebbero inevitabilmente incertezze e frammentazione, in contrasto con l'ambizione della proposta legislativa di contribuire alla realizzazione di un mercato unico integrato nei settori in cui operano le grandi piattaforme.

Per le fasi di monitoraggio dell'attuazione degli obblighi e dell'evoluzione dei mercati, viceversa, non appare necessaria una centralizzazione: si può sicuramente immaginare un ruolo delle autorità nazionali in collaborazione con la Commissione.

Una situazione intermedia riguarda l'enforcement della disciplina nei casi

³⁵ Regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione. Per un commento, cfr. M. SAVINO, *La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2011, pp. 1041-1048.

³⁶ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

³⁷ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

individuali, ossia la contestazione formale e l'accertamento delle violazioni. In una prima fase di applicazione del DMA sembrerebbe preferibile l'attribuzione di massima della competenza alla Commissione, sotto il controllo della Corte di Giustizia, per favorire lo sviluppo di orientamenti interpretativi omogenei riguardo alle modalità con cui ottemperare alle prescrizioni del regolamento. Ferma restando questa impostazione, potrebbe tuttavia essere ipotizzato, per le fattispecie non problematiche o per le quali è stata maturata una consolidata esperienza applicativa, un enforcement affidato alle autorità nazionali, tenendo conto delle caratteristiche del caso e dei suoi collegamenti con l'ambito territoriale di competenza dell'autorità interessata.

A questo fine, si potrebbe adottare un approccio come quello del regolamento concentrazioni, che per le operazioni di dimensione comunitaria prevede la competenza esclusiva della Commissione ma contempera questa regola con un margine di flessibilità costituito dalla possibilità per la Commissione di rinviare il caso ad una o più autorità nazionali quando, in ragione delle caratteristiche dell'operazione, un controllo a livello nazionale risulterebbe adeguato. Si muove in questo senso la proposta congiunta dei governi francese, tedesco e olandese presentata al gruppo di lavoro del Consiglio che sta lavorando sulla messa a punto del DMA il 9 settembre 2021³⁸. Su un orizzonte temporale più ampio, ad esempio in occasione della prima revisione del DMA, si potrebbe passare a un sistema analogo a quello del regolamento n. 1/2003, in cui le violazioni possono essere accertate e sanzionate direttamente dalle autorità nazionali, sempre nel quadro di uno stretto coordinamento con la Commissione.

4.2. Il possibile ruolo dell'ECN

Per quanto riguarda l'identificazione dei soggetti a livello europeo e delle autorità nazionali a cui fare riferimento per l'enforcement, la soluzione prospettata dalle autorità di concorrenza degli Stati membri di avvalersi dell'architettura dell'European Competition Network presenta una serie di vantaggi³⁹.

Anzitutto, questa soluzione consentirebbe di avvalersi da subito di meccanismi di enforcement consolidati, che coinvolgono sia la Commissione attraverso la Direzione generale concorrenza, che le autorità nazionali. Verrebbe così soddisfatta una delle principali esigenze del DMA, ossia quella di agire rapidamente per preservare una concorrenza effettiva nei mercati digitali.

Un ulteriore beneficio dell'attribuzione della competenza alla rete delle autorità di concorrenza consiste nel fatto che, disponendo anche degli strumenti antitrust, queste autorità potrebbero ottimizzare gli interventi scegliendo, a seconda dei casi, lo strumento più adatto, prevenendo quelle duplicazioni inutili e foriere di contenzioso che spesso caratterizzano i rapporti tra regolazione e concorrenza quando le competenze sono affidate a autorità diverse tra loro.

Tra i motivi che suggeriscono di fare riferimento per l'enforcement alla rete della autorità di concorrenza vi è anche la sinergia tra l'obbligo per i *gatekeeper*, ai sensi dell'art. 12 della proposta di DMA, di informare la Commissione

³⁸ Cfr. Non-paper: *Strengthening the Digital Markets Act and its Enforcement*, 27 maggio 2021, in <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2021/05/27/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement>; Letter and Proposal: *Strengthening the Digital Markets Act and its Enforcement*, 9 settembre 2021, in <https://www.permanentrepresentations.nl/permanent-representations/pr-eu-brussels/documents/publications/2021/09/9/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement>.

³⁹ ECN, *op. cit.*

europea di tutti i progetti di operazioni di concentrazione nel settore digitale e il sistema di controllo delle concentrazioni previsto dal regolamento (CE) n. 139/2004.

4.3. Il controllo delle concentrazioni tra DMA e concorrenza

Come noto, uno degli aspetti della condotta economica delle grandi piattaforme online che ha maggiormente attirato l'attenzione negli ultimi anni è il numero delle acquisizioni di imprese, spesso di piccole dimensioni, anche in settori contigui. Vi è il timore che tramite un'aggressiva politica di crescita esterna le piattaforme possano prevenire o limitare le pressioni che potrebbero derivare dalla concorrenza effettiva o potenziale. Il DMA, tramite l'obbligo di informazione preventiva dei progetti di concentrazione delle piattaforme nel settore digitale, supera il problema dell'assenza di informazioni sistematiche sulle operazioni che, non raggiungendo le soglie previste dal regolamento europeo sulle concentrazioni e dalle norme nazionali, possono sfuggire al controllo. Questa previsione, tuttavia, resterebbe senza mordente se non fosse possibile vagliare anche l'impatto dell'operazione sulla concorrenza.

Una possibile soluzione sarebbe quella di integrare il regolamento europeo sulle concentrazioni, estendendo l'ambito di applicazione alle potenziali *killer acquisitions*, anche al di sotto delle attuali soglie. Si tratta tuttavia di una strada da considerare con cautela, in quanto potrebbe portare a una più complessiva revisione del regolamento, in cui si aprirebbero altri fronti (ad esempio, il coordinamento con la politica industriale) che renderebbero particolarmente complesso il governo del dossier.

La Commissione ha trovato una via più rapida, che consiste nel valorizzare le possibilità già offerte dal regolamento concentrazioni nella sua versione attuale. In particolare, nella comunicazione della primavera 2021 sull'art. 22 del regolamento n. 139/2004, è stato fatto presente che questa disposizione consente il rinvio da parte delle autorità nazionali alla Commissione anche di operazioni di concentrazione che non rientrano nelle soglie previste dalla normativa nazionale, purché siano suscettibili di incidere sugli scambi transfrontalieri e rischino di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato membro o degli Stati membri che presentano la richiesta⁴⁰. Per le operazioni oggetto di rinvio, la Commissione ha la competenza a esercitare il controllo previsto dal regolamento concentrazioni, verificando in particolare se dalla concentrazione derivi una riduzione significativa di una concorrenza effettiva.

Pertanto, una volta che con il DMA verrà introdotto l'obbligo di informazione preventiva sistematica circa le acquisizioni dei *gatekeeper* nel settore digitale, la Commissione, in collaborazione con le autorità nazionali ECN, potrà con ragionevole facilità organizzare un rinvio ex art. 22 che le consente di esaminare nel merito l'impatto dell'operazione sulla concorrenza.

5. Quale *private enforcement*

⁴⁰ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi*, 2021/C 113/01.

Secondo un orientamento consolidato della Corte di Giustizia, le disposizioni di un regolamento europeo che sono sufficientemente precise e non implicano l'esercizio di discrezionalità hanno effetto diretto e, in quanto tali, sono in grado di attribuire diritti individuali tutelabili davanti ai giudici nazionali. Esse possono quindi essere invocate direttamente dai soggetti interessati davanti ai giudici nazionali, senza necessità di ulteriori misure di implementazione⁴¹.

In linea di principio, pur in assenza di espressi richiami al private enforcement nella proposta di DMA, la violazione degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6 appare suscettibile di essere invocata da qualunque soggetto, pubblico o privato, ne risulti pregiudicato, davanti ai giudici nazionali. L'importanza del private enforcement come strumento di tutela dei diritti, anche rispetto al DMA, è stata sottolineata da più parti nel dibattito che è seguito alla presentazione della proposta⁴².

Rispetto allo scenario dell'immediata applicazione diretta degli artt. 5 e 6 da parte dei giudici nazionali, tuttavia, vi è un problema da non sottovalutare: allo stato attuale, non vi sono orientamenti interpretativi consolidati riguardo alle modalità con cui valutare l'ottemperanza delle imprese a tali obblighi. Per alcuni di questi, quali ad esempio gli obblighi relativi all'accesso efficace ai dati, all'interoperabilità e al divieto di *self-preferencing*, le modalità per assicurare la compliance presentano profili di indubbia complessità. La diretta applicabilità degli artt. 5 e 6 davanti ai giudici nazionali potrebbe riproporre, sul fronte del private enforcement, il problema della frammentazione degli orientamenti interpretativi che si è voluto prevenire nel public enforcement mediante la centralizzazione della competenza in capo alla Commissione.

Si possono ipotizzare alcune soluzioni per alleviare il problema dell'incertezza applicativa e della frammentazione, assicurando al contempo la tutela dei diritti.

Come scenario minimale, si potrebbero prevedere, come nel diritto della concorrenza, meccanismi di cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali, ferma restando ovviamente la possibilità per i giudici di rivolgersi alla Corte di Giustizia con domande di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Un passo ulteriore sarebbe quello di inserire nel DMA disposizioni analoghe all'art. 16 del regolamento n. 1/2003 che, per garantire l'applicazione uniforme del diritto europeo, chiede ai giudici nazionali di non adottare decisioni in contrasto con quelle già adottate dalla Commissione e, nel caso di procedimenti in corso da parte della Commissione europea, di valutare l'opportunità di sospendere il proprio procedimento⁴³.

Una soluzione più radicale consisterebbe nello specificare a livello normativo nel regolamento DMA che per l'accertamento della violazione è competente, almeno per un primo periodo di applicazione, solo il sistema di public enforcement incentrato sulla Commissione europea. In sostanza, al private en-

⁴¹ Cfr. causa 43/71, *Politi c. Ministero delle Finanze*, ECLI:EU:C:1971:122; causa C-403/98, *Azienda agricola Monte Arcosu c. Regione Sardegna*, ECLI:EU:C:2001:6; causa C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia e Superior Fruticola c. Frumar e Redbridge Produce Marketing*, parere dell'Avvocato Generale Geelhoed, ECLI:EU:C:2001:697, parr. 37, 39 e 47.

⁴² Cfr. ad esempio la proposta franco-tedesco-olandese del 27 maggio 2021, cit., e il draft report della Commissione IMCO del Parlamento europeo del 1° giugno 2021 (emendamento 28), in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/IMCO-PR-692792_EN.pdf.

⁴³ Se nel public enforcement venisse introdotta l'applicazione decentrata, andrebbe prevista un'analogia regola per le decisioni delle autorità nazionali, in analogia con quanto previsto per l'antitrust dall'articolo 9 della direttiva 2014/104/UE.

forcement rimarrebbero le azioni follow-on ed eventualmente le misure cautelari. Gli autori che sostengono questo approccio osservano che per un regolamento europeo la portata dell'effetto diretto è condizionata dalle scelte compiute nel regolamento stesso per quanto concerne il sistema di enforcement⁴⁴. In linea di principio, quindi, potrebbero essere ammesse restrizioni del ruolo del private enforcement se giustificate dall'esigenza di assicurare l'efficace applicazione delle disposizioni sostanziali.

In ogni caso, se venisse seguita questa linea di intervento, per assicurare la tutela dei diritti individuali il sistema dovrebbe prevedere chiaramente la possibilità per i soggetti interessati di denunciare possibili infrazioni degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6 alla rete del public enforcement, in modo da ottenere l'accertamento della violazione, ferma la possibilità di ricorrere poi al tribunale per i rimedi di tipo civilistico, in primis di natura risarcitoria.

6. Conclusioni

Nel momento in cui si aggiunge al quadro europeo un nuovo strumento per la regolazione dei mercati, si tratta anzitutto di identificare chiaramente gli obiettivi dell'intervento pubblico e poi di disegnare la disciplina valutando la necessità e proporzionalità delle misure di regolazione previste, tenendo conto non solo di un contesto statico ma anche dell'impatto sugli incentivi, in una prospettiva dinamica.

Per quanto concerne gli obiettivi del DMA, la riduzione delle barriere all'entrata nei mercati digitali, se collegata all'esigenza di mantenere una concorrenza effettiva nei mercati, si inserisce, come l'obiettivo dell'equità, senza particolari difficoltà nel sistema del diritto dell'Unione Europea.

Rispetto agli strumenti, l'approccio piuttosto rigido all'applicazione degli obblighi in capo ai *gatekeeper* può essere reso compatibile con il principio di proporzionalità ampliando gli spazi per il dialogo regolatorio nell'ambito della procedura.

Riguardo all'architettura istituzionale, per il public enforcement la materia oggetto di regolazione spinge a un'applicazione centralizzata da parte della Commissione europea. Tuttavia, appare possibile un maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali, non solo nel monitoraggio della disciplina ma anche nei casi di enforcement individuale relativi a presunte violazioni degli obblighi, sulla base di un meccanismo di rinvio dei casi da parte della Commissione in linea con quello già sperimentato nel controllo delle concentrazioni. La soluzione più rapida sarebbe quella di affidare il public enforcement alla rete ECN, che dispone già di meccanismi di cooperazione ampiamente sperimentati. Il private enforcement può contribuire in misura importante all'attuazione della disciplina, ma in una prima fase, in assenza di orientamenti interpretativi consolidati, dovrebbe auspicabilmente concentrarsi sulle azioni follow-on per evitare i rischi di frammentazione.

⁴⁴ Cfr. A. KOMNINOS, *The Digital Markets Act*, cit.



COMMENTI

Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico

Remarks on the European Commission's recent approach to State aids in the environmental and energy sector

di Nadia Spadaro *

ABSTRACT

Il contributo si propone di ricostruire e svolgere alcune considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico, con particolare riferimento alla recente revisione delle Linee guida 2014-2020.

Parole Chiave: Aiuti di Stato – Ambiente – Energia – Concorrenza – Disciplina anti-trust – Regolazione

The paper aims to outline and make some remarks on the recent approach of the European Commission to State aids in the environmental and energy sector, with particular reference to the recent revision of the Guidelines 2014-2020.

Key Words: State aid – Environment – Energy – Competition – Antitrust law – Regulation

ESTRATTO LINEE GUIDA

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

DISCIPLINA IN MATERIA DI AIUTI DI STATO A FAVORE DEL CLIMA, DELL'AMBIENTE E DELL'ENERGIA 2022

1. INTRODUZIONE

1. La Commissione ha assegnato al Green Deal europeo la massima priorità politica, con l'obiettivo di trasformare l'Unione in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, competitiva ed efficiente, in cui nessuno viene lasciato indietro. Gli ambiziosi obiettivi climatici della Commissione sono stati rafforzati nel 2019 con la comunicazione sul Green Deal¹, che stabilisce l'obiettivo di azzerare le emissioni nette di gas a effetto serra entro il

* Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università degli studi di Milano-Bicocca.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Il Green Deal europeo (COM(2019) 640 final).

2050. Affinché l'Unione possa procedere in modo equilibrato, realistico e prudente verso il conseguimento della neutralità climatica entro il 2050, la Commissione ha inoltre proposto di ridurre le emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55 % entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990². Questi obiettivi ambiziosi sono sanciti dalla legge europea sul clima.

2. Inoltre, dopo l'approvazione da parte del Consiglio europeo, nel dicembre 2020, dell'obiettivo di riduzione del 55 % entro il 2030³, nel mese di [luglio] 2021 la Commissione ha adottato il pacchetto "Pronti per il 55 %", che racchiude una serie di proposte legislative volte a sostenere il conseguimento di questo obiettivo e mettere l'UE sulla buona strada per la neutralità climatica entro il 2050.

3. Il conseguimento degli obiettivi di neutralità climatica, adattamento ai cambiamenti climatici, uso efficiente delle risorse e in particolare efficienza energetica, circolarità, azzeramento dell'inquinamento, ripristino della biodiversità e accompagnamento della transizione verde richiederanno sforzi significativi e un sostegno adeguato. Per il conseguimento degli ambiziosi obiettivi indicati nella comunicazione sul Green Deal saranno necessari investimenti significativi, anche nelle fonti di energia rinnovabili. La Commissione ha stimato che per conseguire gli obiettivi in materia di clima, energia e trasporti da realizzare entro il 2030, oggetto di una recente modifica che li ha innalzati, entro il 2030 occorreranno ulteriori 350 miliardi di EUR di investimenti annui rispetto ai livelli del periodo 2011-2020 e ulteriori 130 miliardi di EUR all'anno per gli altri obiettivi ambientali stimati in precedenza⁴. Considerata l'entità di questa sfida in termini di investimenti, è necessaria una mobilitazione di fondi pubblici e privati efficiente sotto il profilo dei costi. Tutti i settori saranno interessati e quindi l'intera economia dell'Unione.

4. La politica di concorrenza e in particolare le norme in materia di aiuti di Stato possono svolgere un ruolo importante nel sostenere l'Unione per il conseguimento degli obiettivi del Green Deal. La comunicazione sul Green Deal stabilisce specificamente che le norme sugli aiuti di Stato saranno riviste alla luce di tali obiettivi politici per sostenere una transizione giusta verso la neutralità climatica efficiente sotto il profilo dei costi e faciliteranno l'eliminazione graduale dei combustibili fossili, in particolare quelli più inquinanti, garantendo allo stesso tempo condizioni di parità sul mercato interno. La presente disciplina è il risultato di tale revisione.

5. L'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea stabilisce il principio del divieto degli aiuti di Stato al fine di evitare che tali aiuti falsino o minaccino di falsare la concorrenza nel mercato interno e incidano sugli scambi tra Stati membri. Tuttavia in determinati casi tali aiuti possono essere compatibili con il mercato interno a norma dell'articolo 107, paragrafi 2 e 3, del trattato.

6. Gli Stati membri devono notificare gli aiuti di Stato a norma dell'articolo 108, paragrafo 3, del trattato, ad eccezione delle misure che soddisfano le condizioni previste da un regolamento di esenzione per categoria adottato dalla Commissione a norma dell'articolo 1 del regolamento (UE) 1588/2015 del Consiglio⁵.

7. La presente disciplina fornisce orientamenti in merito alla valutazione da parte della Commissione della compatibilità delle misure di aiuto a favore dell'ambiente, compresa la tutela del clima, e dell'energia che sono soggette all'obbligo di notifica ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato. Nella presente disciplina ogni riferimento alla "tutela dell'ambiente" o alla "tutela ambientale" è da intendersi come riferimento alla tutela dell'ambiente e alla tutela del clima.

8. Ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato una misura di aiuto può essere dichiarata compatibile con il mercato interno purché siano soddisfatte due condizioni, una positiva e una negativa. La condizione positiva sancisce che l'aiuto deve agevolare lo sviluppo di un'attività economica mentre la condizione negativa sancisce che l'aiuto non deve alterare le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse.

9. Sebbene sia generalmente riconosciuto che i mercati concorrenziali tendono a produrre risultati efficienti in termini di prezzi, produttività e utilizzo delle risorse, l'intervento statale può risultare ne-

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa – Investire in un futuro a impatto climatico zero nell'interesse dei cittadini, COM(2020) 562 final.

³ <https://www.consilium.europa.eu/media/47332/1011-12-20-euco-conclusions-it.pdf>.

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0098&from=EN>.

⁵ Regolamento (UE) 2015/1588 del Consiglio, del 13 luglio 2015, sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali (GU L 248 del 24.9.2015, pag. 1).

cessario per agevolare lo sviluppo di talune attività economiche che, in assenza di aiuti, non si svilupperebbero affatto o non si svilupperebbero allo stesso ritmo o alle stesse condizioni. L'intervento contribuisce pertanto a una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva.

10. Nel contesto della tutela dell'ambiente, le esternalità ambientali, le imperfezioni dell'informazione e le difficoltà di coordinamento comportano che i partecipanti al mercato potrebbero non tenere pienamente conto dei costi e dei benefici di un'attività economica nel momento in cui adottano decisioni di consumo, investimento e produzione, nonostante gli interventi normativi. Questi fallimenti del mercato, ossia situazioni in cui è improbabile che i mercati, se lasciati a se stessi, raggiungano la piena efficienza, non conducono necessariamente al benessere ottimale dei consumatori e della società nel suo complesso, determinando livelli insufficienti di tutela ambientale in relazione alle attività economiche svolte in assenza di sostegno statale.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE E DEFINIZIONI

2.1. Ambito di applicazione

11. La presente disciplina si applica agli aiuti di Stato concessi per agevolare lo sviluppo di attività economiche in maniera tale da migliorare la tutela dell'ambiente, nonché di attività nel settore dell'energia che sono disciplinate dal trattato, nella misura in cui tali misure di aiuto rientrano nel campo di applicazione di cui alla sezione 2.2 della presente disciplina. Essa si applica pertanto anche ai settori soggetti a norme specifiche dell'Unione in materia di aiuti di Stato, salvo qualora dette norme specifiche dell'Unione stabiliscano diversamente o contengano disposizioni in materia di aiuti per la tutela dell'ambiente o nel settore dell'energia che si applicano alla medesima misura, nel qual caso prevalgono le norme settoriali specifiche. La presente disciplina prevale sul punto 17), lettera b), degli orientamenti per il settore dell'aviazione⁶ per quanto riguarda le misure di aiuto per l'ambiente a favore dei grandi aeroporti con un volume di passeggeri superiore a 5 milioni l'anno, fatte salve le future modifiche dei suddetti orientamenti.

12. La presente disciplina non si applica:

(a) alla concezione e alla fabbricazione di prodotti, di macchine o di mezzi di trasporto rispettosi dell'ambiente al fine di ridurre l'impiego di risorse naturali, né alle azioni intraprese all'interno di stabilimenti o altri impianti produttivi al fine di migliorare la sicurezza o l'igiene⁷;

(b) agli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, che sono soggetti alle norme di cui alla comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione⁸;

(c) agli aiuti di Stato per la valorizzazione della biodiversità contemplati da altre norme in materia di aiuti di Stato (in particolare le norme sulla prestazione di servizi di interesse economico generale⁹ e sugli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale¹⁰ o nella produzione primaria dei settori della pesca e dell'acquacoltura¹¹);

(d) agli aiuti di Stato a favore dell'energia nucleare.

13. Gli aiuti per la tutela dell'ambiente e l'energia non possono essere concessi alle imprese in difficoltà, così come definite dagli orientamenti della Commissione sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà¹².

14. Quando valuta gli aiuti a favore di un'impresa nei cui confronti pende un ordine di recupero per effetto di una precedente decisione della Commissione che dichiara un aiuto

⁶ Comunicazione della Commissione – Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree (GU C 99 del 4.4.2014, pag. 3).

⁷ Gli aiuti a favore dell'ambiente sono generalmente meno distorsivi e più efficaci se sono concessi ai consumatori/agli utilizzatori di prodotti rispettosi dell'ambiente piuttosto che ai produttori/fabbricanti del prodotto ecologico in questione. Ciò non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di concedere alle imprese aiuti a favore dell'ambiente per migliorare il livello di tutela ambientale delle loro attività manifatturiere.

⁸ Comunicazione della Commissione – Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (GU C 198 del 27.6.2014, pag. 1).

⁹ Comunicazione della Commissione – Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (GU C 8 dell'11.1.2012, pag. 15).

¹⁰ Orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020 (GU C 204 dell'1.7.2014, pag. 1).

¹¹ Comunicazione della Commissione – Orientamenti per l'esame degli aiuti di Stato nel settore della pesca e dell'acquacoltura (GU C 217 del 2.7.2015, pag. 1).

¹² Comunicazione della Commissione – Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà (GU C 249 del 31.7.2014, pag. 1).

illegale e incompatibile con il mercato interno, la Commissione tiene conto dell'importo dell'aiuto che deve essere ancora recuperato¹³.

2.2. Misure di aiuto contemplate dalla presente disciplina

15. La Commissione ha individuato una serie di categorie di misure a favore della tutela dell'ambiente e dell'energia per le quali gli aiuti di Stato possono, a determinate condizioni, risultare compatibili con il mercato interno a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato:

- (a) aiuti per la riduzione e l'eliminazione delle emissioni di gas a effetto serra, anche attraverso il sostegno a favore delle energie rinnovabili;
- (b) aiuti per il miglioramento delle prestazioni energetiche e ambientali degli edifici;
- (c) aiuti per l'acquisto e il leasing di veicoli da trasporto puliti (utilizzati per il trasporto aereo, stradale, ferroviario, marittimo, costiero e nelle vie navigabili interne di passeggeri e merci), aiuti per l'ammodernamento dei veicoli da trasporto affinché possano essere considerati veicoli da trasporto puliti e aiuti per attrezzature di servizio pulite;
- (d) aiuti per la diffusione delle infrastrutture di ricarica o rifornimento di veicoli da trasporto puliti e a emissioni zero;
- (e) aiuti per l'uso efficiente delle risorse e per il sostegno alla transizione verso un'economia circolare;
- (f) aiuti per la prevenzione o la riduzione dell'inquinamento non dovuto alle emissioni di gas a effetto serra;
- (g) aiuti per il risanamento di siti contaminati, il ripristino degli habitat naturali e degli ecosistemi, la tutela o il ripristino della biodiversità e soluzioni basate sulla natura per l'adattamento ai cambiamenti climatici;
- (h) aiuti sotto forma di sgravi da tasse o prelievi parafiscali;
- (i) aiuti per la sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica;
- (j) aiuti per le infrastrutture energetiche;
- (k) aiuti per il teleriscaldamento e il teleraffreddamento;
- (l) aiuti sotto forma di sgravi da prelievi sull'energia elettrica per gli utenti a forte consumo di energia;
- (m) aiuti per la chiusura di impianti alimentati a carbone, torba e scisto bituminoso;
- (n) aiuti per studi o servizi di consulenza in materia di tutela dell'ambiente e questioni energetiche.

(Omissis)

3. VALUTAZIONE DELLA COMPATIBILITÀ A NORMA DELL'ARTICOLO 107, PARAGRAFO 3, LETTERA C), DEL TRATTATO

19. La presente disciplina stabilisce i criteri di compatibilità applicabili alle misure di aiuto per la tutela del clima e dell'ambiente e per gli obiettivi in materia di energia, a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato, che sono soggette all'obbligo di notifica ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, del trattato.

20. A norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato, la Commissione può considerare compatibili con il mercato interno gli aiuti di Stato destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività economiche all'interno dell'Unione (condizione positiva), sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse (condizione negativa).

21. Per gli aiuti di cui al punto 20 la Commissione valuterà se possano essere considerati compatibili con il mercato interno esaminando i seguenti aspetti;

(a) per quanto riguarda la prima condizione (positiva), ossia gli aiuti a favore dell'ambiente e dell'energia agevolano lo sviluppo di un'attività economica:

(i) l'individuazione dell'attività economica che risulta agevolata dalla misura, dei suoi effetti positivi per la società nel suo complesso e, se del caso, della sua rilevanza per politiche specifiche dell'Unione

(cfr. sezione 3.1.1);

(ii) effetto di incentivazione dell'aiuto (cfr. sezione 3.1.2); e

(iii) nessuna violazione delle disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione

(cfr. sezione 3.1.3);

(b) Per quanto riguarda la seconda condizione (negativa), ossia gli aiuti a favore dell'am-

¹³ Cfr. la sentenza del Tribunale di prima istanza del 13 settembre 1995, TWD/Commissione, le cause riunite T-244/93 e T-486/93, ECLI:EU:T:1995:160, punto 56. Cfr. anche la comunicazione della Commissione – Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili" (C/2019/5396) (GU C 247 del 23.7.2019, pag. 1).

biente e dell'energia non alterano indebitamente le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse:

- (i) necessità dell'intervento statale (cfr. sezione 3.2.1.1);
- (ii) adeguatezza dell'aiuto (cfr. sezione 3.2.1.2);
- (iii) proporzionalità dell'aiuto (aiuto limitato al minimo necessario per raggiungere il suo obiettivo), compreso il cumulo (cfr. sezione 3.2.1.3);
- (iv) trasparenza dell'aiuto (cfr. sezione 3.2.1.4);
- (v) prevenzione degli effetti negativi indebiti dell'aiuto sulla concorrenza e sugli scambi (cfr. sezione 3.2.2); e
- (vi) raffronto tra gli effetti positivi e negativi degli aiuti (cfr. sezione 3.3).

3.1. Condizione positiva: l'aiuto deve agevolare lo sviluppo di un'attività economica

3.1.1. L'individuazione dell'attività economica che risulta agevolata dalla misura, dei suoi effetti positivi per la società nel suo complesso e, se del caso, della sua rilevanza per politiche specifiche dell'Unione.

22. In occasione della notifica degli aiuti gli Stati membri devono individuare le attività economiche che saranno agevolate dall'aiuto e il modo in cui è sostenuto lo sviluppo di tali attività.

23. Gli aiuti volti ad evitare o ridurre gli effetti negativi delle attività economiche sul clima o sull'ambiente possono agevolare lo sviluppo di attività economiche aumentando la sostenibilità dell'attività economica in questione e garantendo che tale attività possa proseguire in futuro senza creare danni ambientali inaccettabili, nonché sostenendo la creazione di nuove attività economiche e di nuovi servizi (sostegno allo sviluppo della cosiddetta "economia verde").

24. Gli Stati membri devono inoltre descrivere se e come l'aiuto contribuirà al conseguimento degli obiettivi delle politiche dell'Unione in materia di clima, ambiente ed energia e, più specificamente, i benefici attesi dell'aiuto in termini di contributo concreto alla tutela dell'ambiente, anche per quanto riguarda la mitigazione dei cambiamenti climatici, o al funzionamento efficiente del mercato interno dell'energia.

3.2. Effetto di incentivazione

25. Si ritiene che un aiuto agevoli un'attività economica soltanto quando comporta un effetto di incentivazione. Un effetto di incentivazione si verifica quando l'aiuto incoraggia il beneficiario a cambiare comportamento oppure a intraprendere un'attività economica supplementare o un'attività economica più rispettosa dell'ambiente che non svolgerebbe senza l'aiuto o svolgerebbe soltanto in modo limitato o diverso.

26. Gli aiuti non devono essere intesi a sostenere i costi di un'attività che il beneficiario dell'aiuto sosterebbe comunque e non devono compensare il normale rischio d'impresa di un'attività economica¹⁴.

27. Dimostrare un effetto di incentivazione comporta l'individuazione dello scenario di fatto e del probabile scenario controfattuale in assenza di aiuti. La Commissione effettuerà tale analisi sulla base della quantificazione di cui alla sezione 3.2.1.3.

28. La Commissione ritiene che gli aiuti siano privi di effetto di incentivazione per il beneficiario se, nel momento in cui questi presenta domanda scritta di aiuto alle autorità nazionali, l'avvio dei lavori legati al progetto o all'attività ha già avuto luogo. Qualora il beneficiario dia inizio all'attuazione di un progetto prima di presentare domanda di aiuto, gli aiuti concessi per tale progetto non saranno, in linea di principio, considerati compatibili con il mercato interno.

29. La domanda di aiuto può assumere varie forme, ad esempio può essere presentata come offerta nell'ambito di una procedura di gara competitiva. Qualunque domanda deve contenere come minimo il nome del richiedente, una descrizione del progetto o attività, compresa la sua ubicazione, e l'importo dell'aiuto necessario per realizzarlo.

30. In taluni casi eccezionali l'aiuto può comportare un effetto di incentivazione anche per progetti che sono stati avviati prima della presentazione della domanda di aiuto. In particolare si ritiene che un aiuto abbia un effetto di incentivazione nelle seguenti situazioni:

- (a) l'aiuto è concesso automaticamente sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori e senza ulteriore esercizio di alcun potere discrezionale da parte dello Stato membro e la misura è stata adottata ed è entrata in vigore prima dell'avvio dei lavori relativi al progetto o all'attività sovvenzionati, tranne nel caso dei regimi fiscali subentrati a regimi precedenti se l'attività era già coperta dai regimi precedenti sotto forma di agevolazioni fiscali;
- (b) prima dell'avvio dei lavori le autorità nazionali hanno pubblicato una comunicazione indicando di voler istituire la misura di aiuto proposta subordinatamente all'approvazione della stessa da parte della Commissione come previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, del trattato. Tale co-

¹⁴ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2013, *HGA srl e altri/Commissione*, da C-630/11 P a C-633/11 P, ECLI:EU:C:2013:387, punto 104.

municazione deve essere resa accessibile su un sito web pubblico o su altri media cui il pubblico abbia ampiamente accesso con altrettanta facilità e indicare con chiarezza il tipo di progetti che lo Stato membro propone come ammissibili e il momento a partire dal quale lo Stato membro intende considerarli ammissibili. L'ammissibilità proposta non deve essere limitata indebitamente. Prima dell'avvio dei lavori il beneficiario deve avere informato l'autorità che concede l'aiuto in merito al fatto che la misura di aiuto proposta è stata considerata una condizione necessaria per le decisioni di investimento adottate. Laddove si basi su tale comunicazione per dimostrare l'effetto di incentivazione, lo Stato membro deve fornire, all'atto di notifica dell'aiuto di Stato, una copia della comunicazione stessa e un collegamento al sito web sul quale è stata pubblicata, oppure una prova della sua accessibilità al pubblico;

(c) è concesso un aiuto al funzionamento a favore di impianti esistenti per produzioni rispettose dell'ambiente ma non esiste alcun "avvio dei lavori" data l'assenza di nuovi investimenti significativi. In tali casi l'effetto di incentivazione può essere dimostrato da un cambiamento verso una modalità di gestione dell'impianto rispettosa dell'ambiente, in luogo di una modalità alternativa più economica ma meno rispettosa dell'ambiente.

31. La Commissione ritiene che, in linea di principio, gli aiuti concessi per consentire la semplice copertura dei costi di adeguamento alle norme dell'Unione non abbiano alcun effetto di incentivazione. Di regola possono avere un effetto di incentivazione soltanto gli aiuti che consentono di andare oltre le norme dell'Unione. Tuttavia nei casi in cui la norma dell'Unione pertinente è già stata adottata ma non è ancora entrata in vigore l'aiuto può avere un effetto di incentivazione se incoraggia la realizzazione di investimenti con ampio anticipo rispetto all'entrata in vigore della norma (cfr. sezione 4.2.3 e sezione 4.5.3).

3.1.3. Nessuna violazione delle disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione

32. Se l'attività o la misura di aiuto sostenuta o le condizioni alle quali è subordinata (compreso il metodo di finanziamento quando è parte integrante della misura) comportano una violazione del pertinente diritto dell'Unione l'aiuto non può essere dichiarato compatibile con il mercato interno. Ciò può accadere ad esempio quando l'aiuto è soggetto a clausole che subordinano direttamente o indirettamente la sua concessione all'origine dei prodotti o delle attrezzature, ad esempio l'obbligo per il beneficiario di acquistare prodotti di origine nazionale.

3.2. Condizione negativa: la misura di aiuto non deve alterare indebitamente le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse

3.2.1. Riduzione al minimo delle distorsioni della concorrenza e degli scambi

3.2.1.1 Necessità dell'aiuto

33. La misura di aiuto di Stato proposta deve essere destinata a una situazione in cui può determinare uno sviluppo tangibile che il mercato da solo non è in grado di assicurare, ad esempio per porre rimedio a fallimenti del mercato in relazione ai progetti o alle attività per i quali è concesso l'aiuto. Benché sia generalmente riconosciuto che i mercati concorrenziali tendono a produrre risultati efficienti in termini di sviluppo delle attività economiche, prezzi, produttività e utilizzo delle risorse, in presenza di un fallimento del mercato l'intervento pubblico in forma di aiuto di Stato può contribuire a un funzionamento più efficiente dei mercati favorendo pertanto lo sviluppo di un'attività economica nella misura in cui il mercato non riesce, da solo, a conseguire un risultato efficiente. Gli Stati membri dovrebbero individuare i fallimenti del mercato che ostacolano il raggiungimento di un livello sufficiente di tutela ambientale o il funzionamento efficiente del mercato interno dell'energia. I fallimenti principali del mercato legati alla tutela dell'ambiente e all'energia che possono ostacolare il raggiungimento di risultati ottimali e tradursi in inefficienze sono:

(a) esternalità negative: sono molto frequentemente associate alle misure di aiuto a favore dell'ambiente e sorgono quando l'inquinamento non si riflette adeguatamente nei costi, vale a dire quando l'impresa in questione non deve farsi carico dell'intero costo dell'inquinamento. In questo caso le imprese, che agiscono nel proprio interesse, potrebbero non essere abbastanza incentivate a tenere conto delle esternalità negative della loro attività economica, né al momento di scegliere una determinata tecnologia né nel fissare il livello di produzione. In altri termini, i costi sostenuti dall'impresa non rispecchiano appieno i costi sostenuti dai consumatori e dalla società nel suo complesso. Spesso le imprese non sono pertanto sufficientemente motivate a ridurre il livello di inquinamento che producono, né ad adottare provvedimenti individuali di tutela dell'ambiente;

(b) esternalità positive: il fatto che una parte dei benefici derivanti da un investimento sia fruita non dall'investitore, bensì da operatori del mercato, potrebbe spingere le imprese a effettuare investimenti insufficienti. Le esternalità positive si verificano, ad esempio, nel caso di investimenti nell'ecoinnovazione, nella stabilità dei sistemi, nelle tecnologie nuove e innovative per le energie rinnovabili e nelle misure innovative di adattamento alla domanda oppure nel caso di misure relative

alle infrastrutture energetiche o intese a garantire l'adeguatezza della capacità di produzione che vanno a beneficio di molti Stati membri (o di un più ampio numero di consumatori);

(c) asimmetria dell'informazione: tale fenomeno si verifica in genere nei mercati caratterizzati da una discrepanza tra le informazioni di cui può disporre una parte del mercato e le informazioni a disposizione dell'altra parte del mercato. Ciò può verificarsi ad esempio quando gli investitori finanziari esterni non dispongono di tutte le informazioni sul probabile rendimento e sui rischi di un progetto. L'informazione può essere asimmetrica anche nel caso di collaborazioni transfrontaliere in cui una parte è svantaggiata rispetto all'altra a livello di informazioni detenute. Sebbene i rischi e le incertezze di per sé non conducano a un fallimento del mercato, il problema dell'asimmetria dell'informazione dipende dall'entità di tali rischi e incertezze. Sia i rischi sia le incertezze tendono ad essere più elevati nel caso di investimenti nel settore ambientale, che solitamente prevedono un periodo di ammortamento più lungo. Questo aspetto può rafforzare una propensione verso soluzioni a breve termine, che può essere aggravata dalle condizioni di finanziamento di tali investimenti, in particolare per le PMI;

(d) difficoltà di coordinamento: tali difficoltà possono pregiudicare lo sviluppo di un progetto o l'efficacia della sua struttura a causa di interessi e incentivi discordanti tra investitori (i cosiddetti "incentivi divergenti"), dei costi legati alla procedura di gara e agli accordi sulla responsabilità civile, dell'incertezza sul risultato della collaborazione e sugli effetti di rete, ad esempio la continuità della fornitura di energia elettrica. Tali difficoltà di coordinamento possono manifestarsi, ad esempio, nel rapporto tra proprietari di immobili e locatari in relazione a soluzioni efficienti sotto il profilo energetico. Le difficoltà di coordinamento possono essere aggravate da problemi di informazione, in particolare quelli riconducibili a un'asimmetria delle informazioni. Tali difficoltà di coordinamento possono anche nascere dalla necessità di raggiungere una determinata massa critica per poter avviare un progetto interessante dal punto di vista commerciale, il che può rivestire un ruolo particolarmente importante in progetti (transfrontalieri) relativi alle infrastrutture.

34. La semplice presenza di fallimenti del mercato in un determinato contesto non è tuttavia sufficiente per giustificare la necessità di un aiuto di Stato. Potrebbero già essere in atto altre politiche e misure volte a risolvere alcuni dei fallimenti del mercato individuati. Tra gli esempi figurano la regolamentazione settoriale, le norme ambientali obbligatorie dell'Unione, gli obblighi di fornitura, i meccanismi di fissazione dei prezzi, come il sistema di scambio delle quote di emissione dell'Unione (*Emissions Trading System* o ETS) e le imposte su carbonio. Le misure aggiuntive, tra cui gli aiuti di Stato, possono essere destinate unicamente ai fallimenti del mercato residuali, ossia quelli che rimangono irrisolti nonostante le altre politiche e misure adottate. È inoltre importante indicare le modalità con cui l'aiuto di Stato rafforza le altre politiche e misure in vigore finalizzate a porre rimedio agli stessi fallimenti del mercato. Risulta infatti più difficile giustificare la necessità di un aiuto di Stato se l'aiuto annulla gli effetti di altre politiche messe in atto per contrastare gli stessi fallimenti del mercato. Lo Stato membro dovrebbe pertanto segnalare anche le eventuali politiche o misure in vigore che già contrastano i fallimenti del mercato o della regolamentazione individuati.

35. La Commissione riterrà che l'aiuto è necessario se lo Stato membro dimostra che l'aiuto mira ad affrontare in maniera efficace fallimenti del mercato residuali, tenendo anche conto delle altre eventuali politiche e misure già in atto volte a risolvere alcuni dei fallimenti del mercato individuati.

36. In caso di aiuti di Stato concessi per progetti o attività che, sotto il profilo del loro contenuto tecnologico, del livello di rischio e delle dimensioni, sono simili a quelli già realizzati all'interno dell'Unione a condizioni di mercato, la Commissione riterrà, in linea di principio, che non sussiste alcun fallimento del mercato e chiederà ulteriori prove a giustificazione della necessità di un aiuto di Stato.

37. Al fine di comprovare la necessità dell'aiuto, lo Stato membro deve dimostrare che il progetto o, nel caso di regimi, il progetto di riferimento non sarebbe realizzato in assenza dell'aiuto. La Commissione valuterà tale aspetto sulla base della quantificazione di cui alla sezione 3.2.1.3 o di un'analisi specifica basata su riscontri oggettivi presentata dallo Stato membro e indicante la necessità dell'aiuto.

3.2.1.2. Adeguatezza

38. La misura di aiuto proposta deve essere uno strumento di intervento adeguato per conseguire l'obiettivo previsto dell'aiuto, il che significa che non deve esistere un strumento di politica o di aiuto in grado di conseguire gli stessi risultati in modo meno distortivo.

3.2.1.2.1. Adeguatezza degli strumenti alternativi di intervento

39. Gli aiuti di Stato non sono l'unico strumento di intervento di cui dispongono gli Stati membri per promuovere un maggiore livello di tutela dell'ambiente o per garantire l'efficienza del mercato in-

terno dell'energia. Possono essere disponibili altri strumenti più idonei, ad esempio strumenti basati sul mercato o misure dal lato della domanda relative a regolamentazione, appalti pubblici o standardizzazione, nonché l'aumento del finanziamento delle infrastrutture pubbliche e misure fiscali di carattere generale. Anche le misure non vincolanti, quali l'etichettatura ambientale volontaria e la diffusione di tecnologie rispettose dell'ambiente, possono svolgere un ruolo importante nel raggiungimento di un maggiore livello di tutela dell'ambiente ⁴⁶.

40. Misure diverse messe in atto per porre rimedio al medesimo fallimento del mercato possono risultare reciprocamente controproducenti. Ciò vale nel caso in cui per contrastare in maniera mirata il problema delle esternalità sia stato messo a punto un meccanismo efficiente basato sul mercato, ad esempio il sistema ETS dell'Unione. La realizzazione di un'ulteriore misura di sostegno volta ad affrontare lo stesso fallimento del mercato rischia di compromettere l'efficacia del meccanismo basato sul mercato. Pertanto quando il regime di aiuto mira ad affrontare i fallimenti del mercato residuali, esso deve essere strutturato in maniera tale da non compromettere l'efficienza del meccanismo basato sul mercato.

41. Il rispetto del principio "chi inquina paga", possibile grazie alla legislazione ambientale, garantisce, in linea di principio, la correzione di un fallimento del mercato legato alle esternalità negative. Pertanto gli aiuti di Stato non sono uno strumento adeguato e non possono essere concessi nella misura in cui il beneficiario degli aiuti rischia di essere ritenuto responsabile dell'inquinamento, a norma della legislazione dell'Unione o nazionale in vigore.

3.2.1.2.2. Adeguatazza dei diversi strumenti di aiuto

42. Gli aiuti di Stato per la tutela ambientale e l'energia possono essere concessi in varie forme. Ciononostante, lo Stato membro è tenuto a garantire che la forma in cui viene concesso l'aiuto sia la meno atta a generare distorsioni degli scambi e della concorrenza.

43. A tale proposito lo Stato membro è tenuto a dimostrare il motivo per cui ritiene che altre forme di aiuto potenzialmente meno distorsive, ad esempio gli anticipi rimborsabili rispetto alle sovvenzioni dirette o i crediti d'imposta rispetto agli sgravi fiscali, oppure forme di aiuto basate su strumenti finanziari quali gli strumenti di debito rispetto agli strumenti di capitale (inclusi ad esempio prestiti a tasso agevolato o con abbuono di interessi, garanzie statali o modalità alternative di finanziamento a condizioni favorevoli), siano meno appropriate.

44. La scelta dello strumento di aiuto dovrebbe essere adeguata al fallimento del mercato che la misura di aiuto si prefigge di risolvere. Se le entrate effettive sono incerte, ad esempio nel caso delle misure di risparmio energetico, un anticipo rimborsabile può costituire lo strumento più appropriato.

45. Lo Stato membro deve dimostrare che l'aiuto e la sua struttura sono idonei a conseguire l'obiettivo della misura cui è destinato l'aiuto.

3.2.1.3. Proporzionalità

46. Gli aiuti sono considerati proporzionati se l'importo dell'aiuto per beneficiario è limitato al minimo necessario per realizzare l'attività o il progetto sovvenzionato.

47. In linea di principio, gli aiuti sono considerati limitati al minimo necessario per realizzare l'attività o il progetto sovvenzionato se l'aiuto corrisponde ai costi supplementari netti (deficit di finanziamento) necessari per raggiungere l'obiettivo della misura di aiuto, rispetto ad uno scenario controfattuale in cui non vengono concessi aiuti. I costi supplementari netti corrispondono alla differenza tra i ricavi e i costi economici (compresi l'investimento e il funzionamento) del progetto sovvenzionato e quelli del progetto alternativo che verosimilmente il beneficiario dell'aiuto realizzerebbe in assenza di aiuti.

48. Una valutazione dettagliata dei costi supplementari netti non sarà necessaria se gli importi di aiuto sono determinati mediante una procedura di gara competitiva, giacché questa fornisce una stima attendibile dell'aiuto minimo richiesto dai potenziali beneficiari. La Commissione ritiene pertanto che la proporzionalità dell'aiuto sia garantita se sono soddisfatti i seguenti criteri:

- (a) la procedura di gara è competitiva, vale a dire, è aperta, chiara, trasparente e non discriminatoria, basata su criteri oggettivi definiti ex ante conformemente all'obiettivo della misura e tali da ridurre al minimo il rischio di offerte strategiche;
- (b) i criteri sono pubblicati con sufficiente anticipo rispetto al termine per la presentazione delle domande, al fine di garantire una concorrenza effettiva ¹⁵;
- (c) il bilancio o il volume stabiliti nella procedura di gara costituiscono un vincolo imprescindibile, di modo che gli aiuti non saranno prevedibilmente concessi a tutti i partecipanti;

¹⁵ In genere sono sufficienti sei settimane. Procedure nuove o particolarmente complesse potrebbero richiedere tempi più lunghi. In casi giustificati, ad esempio nel caso di procedure semplici o periodiche/ripetute, potrà essere appropriato un periodo più breve.

(d) il numero di offerenti previsto è sufficiente a garantire una concorrenza effettiva; la struttura delle procedure di gara con partecipazione insufficiente durante l'attuazione di un regime è rettificata al fine di ripristinare una concorrenza effettiva nelle procedure di gara successive o entro il più breve termine;

(e) gli adeguamenti ex post in esito alla procedura di gara (ad esempio negoziati successivi sui risultati della gara o razionamento) sono evitati in quanto potrebbero compromettere l'esito positivo della procedura.

49. I criteri di selezione della procedura di gara competitiva dovrebbero basarsi, in linea di principio, sull'importo di aiuto richiesto dal richiedente, direttamente o indirettamente legato al contributo al conseguimento dell'obiettivo della misura (ad esempio in termini di unità di tutela ambientale o unità di energia). In alcuni casi eccezionali può essere opportuno includere criteri di selezione diversi dal prezzo (ad esempio criteri ambientali, tecnologici o sociali aggiuntivi). In tali casi, tali criteri devono rappresentare non oltre il 25 % della ponderazione di tutti i criteri di selezione. Lo Stato membro deve motivare la scelta dell'approccio proposto e garantire l'adeguatezza rispetto all'obiettivo perseguito.

50. Se l'aiuto non è concesso sulla base di una procedura di gara competitiva, i costi supplementari netti devono essere determinati mediante un raffronto tra la redditività prevista dallo scenario di fatto e quella associata allo scenario controfattuale. Al fine di stabilire il deficit di finanziamento in tali casi, lo Stato membro deve quantificare, rispetto allo scenario di fatto e a uno scenario controfattuale credibile, tutti i principali costi e ricavi, la stima del costo medio ponderato del capitale (*Weighted Average Cost of Capital*, WACC) dei beneficiari per attualizzare i flussi di cassa futuri e il valore attuale netto riferito allo scenario di fatto e allo scenario controfattuale per tutta la durata del progetto. Lo Stato membro deve giustificare le ipotesi utilizzate per ciascun aspetto della quantificazione e spiegare le metodologie applicate, motivandone la scelta. In genere, i costi supplementari netti possono essere stimati calcolando la differenza tra il valore attuale netto associato allo scenario di fatto e quello relativo allo scenario controfattuale per la durata del progetto di riferimento. Per gli aiuti individuali, tali calcoli devono essere presentati a livello del piano aziendale dettagliato del progetto, mentre per i regimi di aiuti devono essere presentati sulla base del progetto o dei progetti di riferimento.

51. In un altro ipotetico scenario controfattuale, il beneficiario potrebbe non svolgere alcuna attività o non effettuare investimenti, oppure potrebbe continuare la propria attività senza alcun cambiamento. In presenza di elementi che dimostrano che questo è lo scenario controfattuale più probabile, i costi supplementari netti potranno essere calcolati approssimativamente sulla base del valore attuale netto negativo del progetto nello scenario di fatto in assenza di aiuto per la durata del progetto (dunque, ipotizzando implicitamente che il valore attuale netto dello scenario controfattuale sia pari a zero). Ciò può riguardare in particolare i progetti infrastrutturali.

52. In talune circostanze, potrebbe essere difficile individuare tutti i benefici e i costi per il beneficiario e dunque quantificare il valore attuale netto dello scenario di fatto e dello scenario controfattuale. In questi casi, si potranno applicare approcci alternativi come quelli delineati al capo 4 con riferimento a specifici tipi di aiuto, ad esempio prevedendo la concessione dell'aiuto soltanto per un importo limitato del costo ammissibile, ovvero applicando intensità di aiuto.

53. Nel caso in cui non si utilizzi una procedura di gara competitiva e l'andamento futuro dei costi e dei ricavi presenti un elevato grado di incertezza e vi sia una forte asimmetria dell'informazione, lo Stato membro può essere tenuto ad introdurre modelli di compensazione che non siano completamente ex ante, ma piuttosto una combinazione di ex ante ed ex post, oppure a introdurre meccanismi di monitoraggio dei costi o di recupero ex post, continuando nel contempo a incentivare i beneficiari a contenere al minimo i costi e a sviluppare le loro attività in modo efficiente nel corso del tempo.

(Omissis)

66. Gli aiuti potrebbero inoltre determinare una distorsione della concorrenza aumentando il potere di mercato del beneficiario o consentendogli di mantenere un potere di mercato considerevole. Anche nel caso in cui non rafforzino direttamente questo potere di mercato, gli aiuti possono incidere indirettamente, scoraggiando l'espansione dei concorrenti esistenti o inducendoli a uscire dal mercato, oppure ostacolando l'accesso di nuovi concorrenti. Tale aspetto deve essere esaminato, in particolare quando la misura di sostegno è destinata a un ristretto numero di beneficiari specifici o nel caso in cui gli operatori storici abbiano acquisito potere di mercato prima della liberalizzazione del mercato, come ad esempio accade talvolta nei mercati dell'energia. È opportuno tenerne conto anche nelle procedure di gara competitive nei mercati nascenti, quando sussiste il rischio che un operatore con una forte posizione di mercato si aggiudichi la maggioranza dei contratti e impedisca in modo significativo l'ingresso di nuovi operatori.

67. Oltre a provocare distorsioni sul mercato dei prodotti, gli aiuti incidono sugli scambi e sulla scelta dell'ubicazione. Tali distorsioni possono insorgere tra gli Stati membri, quando le imprese operano in condizioni di concorrenza transfrontaliera o quando prendono in considerazione diverse ubicazioni per i loro investimenti. Gli aiuti miranti a preservare un'attività economica in una regione del mercato interno o a sottrarla ad altre regioni nel mercato interno possono avere come effetto quello di trasferire attività o investimenti da una regione a un'altra senza esercitare un impatto ambientale netto. La Commissione verificherà che gli aiuti non determinino effetti negativi manifesti sulla concorrenza e sugli scambi. Ad esempio gli aiuti per il conseguimento di obiettivi ambientali ed energetici che determinano solamente una dislocazione dell'attività economica senza migliorare il livello di tutela ambientale esistente negli Stati membri non saranno considerati compatibili con il mercato interno.

3.3. Raffronto tra gli effetti positivi dell'aiuto e gli effetti negativi sulla concorrenza e sugli scambi

68. Da ultimo la Commissione opererà un raffronto tra gli effetti negativi della misura di aiuto sulle condizioni della concorrenza e degli scambi e gli effetti positivi dell'aiuto previsto sulle attività economiche sostenute, incluso il contributo dell'aiuto alla tutela dell'ambiente e agli obiettivi della politica energetica e, più in particolare, alla transizione verso attività ecosostenibili e al conseguimento degli obiettivi giuridicamente vincolanti previsti dalla legge europea sul clima.

69. Nell'ambito di tale raffronto la Commissione presterà particolare attenzione all'articolo 3 del regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio¹⁶, compreso il principio "non arrecare un danno significativo", o ad altre metodologie comparabili. Inoltre nell'ambito della valutazione degli effetti negativi sulla concorrenza e sugli scambi, la Commissione potrà tenere conto, se opportuno, delle esternalità negative dell'attività sovvenzionata, laddove tali esternalità alterino la concorrenza e gli scambi tra Stati membri in misura contraria al comune interesse, creando o aggravando inefficienze di mercato, tra cui in particolare quelle esternalità che possono ostacolare il conseguimento degli obiettivi climatici previsti dal diritto dell'UE¹⁷.

70. La Commissione riterrà la misura di aiuto compatibile con il mercato interno soltanto se gli effetti positivi superano quelli negativi. Nei casi in cui la misura di aiuto proposta non affronti in modo adeguato e proporzionato un fallimento del mercato ben individuato, ad esempio per via del carattere temporaneo del beneficio apportato e delle distorsioni a lungo termine che ne derivano, come indicato al punto 65, gli effetti distorsivi negativi sulla concorrenza tenderanno ad essere superiori agli effetti positivi della misura. È quindi probabile che la Commissione concluda che la misura di aiuto proposta è incompatibile.

71. Le misure che comportano un sostegno diretto o indiretto ai combustibili fossili, in particolare a quelli più inquinanti, hanno scarse probabilità di produrre effetti positivi sull'ambiente e spesso hanno effetti negativi di rilievo in quanto possono aumentare le esternalità ambientali negative nel mercato. La stessa osservazione si applica alle misure che comportano nuovi investimenti nel gas naturale, a meno che non sia dimostrata l'assenza di un effetto di lock-in. In linea di principio, sarà pertanto improbabile che la valutazione di tali misure si concluda con un bilancio positivo, come spiegato al capo 4.

72. Altri fattori da prendere in considerazione per determinare il bilancio complessivo di talune categorie di regimi di aiuto in determinati casi sono i seguenti:

- (a) un obbligo di valutazione ex post, come descritto al capo 5; in tali casi la Commissione può limitare la durata del regime (generalmente a quattro anni o meno) con la possibilità di notificare nuovamente la proroga in un momento successivo;
- (b) un obbligo, in assenza di procedura di gara competitiva, di notifica individuale di progetti di sostegno che presentano determinate dimensioni o caratteristiche;
- (c) un obbligo di fissare una scadenza temporale per le misure di aiuto.

(Omissis)

¹⁶ Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088 (GU L 198 del 22.6.2020, pag. 13).

¹⁷ Cio` puo` accadere anche quando l'aiuto falsa il funzionamento di strumenti economici adottati per internalizzare queste esternalità negative (ad esempio influenzando sui segnali di prezzo provenienti dal sistema di scambio di quote di emissione dell'Unione o da un altro strumento analogo).

Sommario: 1. Gli aiuti di Stato nella prospettiva del *Green deal*. – 2. La rivisitazione della disciplina in materia di aiuti di Stato nel settore energetico e ambientale. – 3. Le nuove Linee guida in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia – 4. Il delicato equilibrio tra tutela ambientale e tutela della concorrenza. – 5. Conclusioni.

1. Gli aiuti di Stato nella prospettiva del *Green Deal*

La coscienza ormai condivisa da quasi tutta la comunità internazionale dell'esistenza di un'emergenza climatica e della improrogabile necessità di un'azione comune per il suo superamento ha trovato espressione in importanti negoziati e accordi internazionali che si sono susseguiti con sempre maggiore frequenza negli ultimi cinquant'anni¹⁸. L'urgenza è sentita in modo particolarmente forte nel contesto Eurounitario, ove ha dato luogo ad importanti e numerosi interventi delle Istituzioni europee, volti a privilegiare le istanze di protezione dell'ambiente nel contesto delle decisioni che attengono alla sfera di competenza dell'Unione e, in particolare, alla disciplina antitrust.

Tra il 2018 e il 2019, le Istituzioni Europee hanno adottato una serie di atti in vista del raggiungimento degli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi, preannunciati con la comunicazione *Clean Energy for All Europeans*¹⁹ e definiti *Clean Energy Package*²⁰. Alla fine del 2019, in particolare, la Commissione europea ha adottato il c.d. *Green Deal*²¹, che, come noto, si propone l'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050, nonché l'obiettivo intermedio della riduzione delle stesse di almeno il 50-55 per cento

¹⁸ Da ultimo, l'accordo di Parigi sul clima, siglato il 22 aprile 2016, all'esito della ventunesima Conferenza delle Parti della UNFCCC (*United Nations Framework Convention on Climate Change*), è il punto di arrivo dei negoziati avviati già all'indomani dell'entrata in vigore del Protocollo di Kyoto e durati oltre dieci anni. Per una completa disamina delle tappe che hanno condotto all'accordo di Parigi, si veda S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2016, p. 81 ss.

¹⁹ Comunicazione COM 860 (2016) della Commissione Europea al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 30 novembre 2016.

²⁰ Direttiva UE 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio 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; 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; regolamento UE 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima; direttiva UE 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; direttiva UE 2018/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 dicembre 2018, che modifica la Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica; regolamento UE 2019/943 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sul mercato interno dell'energia elettrica; regolamento UE 2019/941 del Parlamento europeo e del Consiglio 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 Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 che istituisce un'Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; direttiva UE 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE.

²¹ Comunicazione COM (2019) 640 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, dell'11 dicembre 2019.

rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030, mediante una transizione ecologica che consenta di mantenere il benessere e la coesione sociale all'interno dell'Unione.

Il *Green Deal*, in particolare, non è solo un piano di azione per superare l'emergenza climatica, ma è un vero e proprio progetto di trasformazione dell'Unione Europea anche dal punto di vista economico e sociale. In considerazione della stretta connessione tra l'ambiente e il benessere delle persone che lo abitano, invero, la Commissione individua la finalità stessa del *Green Deal* nella realizzazione di “una società giusta e prospera”, dotata di un'economia moderna, competitiva ed efficiente, in cui nessuno “viene lasciato indietro”²².

È evidente che il raggiungimento della neutralità climatica ed il conseguimento dei connessi obiettivi individuati nell'adattamento ai cambiamenti climatici, di uso efficiente delle risorse, di efficienza energetica, circolarità, ripristino della biodiversità e accompagnamento della transizione verde non possono essere realizzati senza un adeguato sostegno economico²³. In quest'ottica, il Piano di investimenti del *Green Deal*²⁴ individua gli aiuti di Stato come l'indispensabile strumento di finanziamento della c.d. transizione energetica, ritenuta ormai l'imprescindibile passaggio per il superamento dell'emergenza climatica²⁵.

Come noto, la disciplina del Trattato in tema di aiuti di Stato, al fine di tutelare il mercato unico a fronte del rischio di compartimentazione dello stesso, quale conseguenza degli aiuti concessi dagli Stati alle imprese nazionali, si fonda sul principio per cui gli aiuti sono incompatibili con il mercato interno dell'Unione, nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri (art. 107, §1 TFUE), sì che essi possono essere erogati solo previa autorizzazione obbligatoria da parte della Commissione.

Le deroghe al principio di incompatibilità previste dal Trattato sono, in determinati casi, applicabili *ipso iure* e, in altri casi, in forza di una valutazione ampiamente discrezionale della Commissione. L'art. 108 TFUE, in particolare, prevede che la Commissione, dopo aver ricevuto la notifica dell'aiuto da parte di uno Stato membro e aver effettuato una valutazione preliminare, ove nutra dubbi sulla sua compatibilità con il mercato comune, possa avviare un esame formale, all'esito del quale può escludere la natura di aiuto di Stato della misura oppure considerarla tale e stabilirne la compatibilità o meno con il mercato interno dell'Unione.

Rispetto alla disciplina del Trattato, che resta invariata, la tendenza che sembra emergere dagli ultimi interventi di normazione secondaria dell'Unio-

²² Si veda l'introduzione al *Green Deal* europeo, in particolare il punto 1 e il punto 2.2.

²³ Si veda il punto 3 dell'introduzione della Bozza delle nuove Linee guida (*Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*), ove si specificano anche le stime di investimenti che la Commissione europea ha ritenuto necessari per conseguire gli obiettivi del *Green Deal*.

²⁴ Comunicazione COM (2020) 21 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato delle regioni, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile – Piano di investimenti del Green Deal europeo*, del 14 gennaio 2020.

²⁵ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Green Deal europeo*, del 11 dicembre 2019, ove si ribadisce, diverse volte, il ruolo essenziale della transizione energetica dai combustibili fossili alle energie rinnovabili nel raggiungere gli obiettivi di superamento dell'emergenza climatica. Si veda, in particolare, il punto 2.1.2.

ne²⁶, conformemente a quanto auspicato nel Piano di investimenti del *Green Deal* è, come si vedrà, quella di ampliare le ipotesi di aiuti consentiti e indirizzare la valutazione di compatibilità dell'aiuto nel senso di privilegiare le considerazioni ambientali.

2. La rivisitazione della disciplina in materia di aiuti di Stato nel settore energetico e ambientale

La priorità attribuita dall'Unione Europea al raggiungimento degli obiettivi del *Green Deal* emerge già dai numerosi recenti interventi delle Istituzioni europee sul piano delle misure di sostegno rivolte agli Stati membri per il superamento della crisi sanitaria. Per la ripresa dai danni sociali ed economici provocati dalla pandemia, l'Unione, invero, ha disposto ingenti finanziamenti che per la maggior parte sono strettamente correlati agli obiettivi del *Green Deal* e diretti a favorire riforme ed investimenti volti alla loro realizzazione²⁷. In quest'ottica, in particolare, la Commissione ha adottato dalle “*guiding templates*” per indirizzare gli Stati membri alla determinazione degli schemi di aiuto dei propri *Recovery Plans*²⁸, finalizzati ad ottenere i finanziamenti concessi in base al *Recovery and Resilience facility*²⁹, in linea con la disciplina europea in tema di aiuti di Stato.

Inoltre, in attuazione del Piano di investimenti del *Green Deal*³⁰, l'Unione

²⁶ Ci si riferisce al regolamento UE n. 2021/1237 della Commissione europea, del 23 luglio 2021 recante modifica del regolamento UE n. 651/2014 della Commissione europea del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE, nonché alla proposta di riforma delle attuali Linee Guida: comunicazione della Commissione europea, COM (2014), 28 giugno 2014, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, prorogata fino all'entrata in vigore della riforma, prevista per il primo gennaio 2022 (si veda la Bozza di comunicazione della Commissione europea, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit.).

²⁷ Si vedano la comunicazione COM (2020) 1863 della Commissione del 19 marzo 2020, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, e le ulteriori modifiche COM (2020) 2215 del 3 aprile 2020, COM (2020) 3156 dell'8 maggio 2020, COM (2020) 4509 del 29 giugno 2020, COM(2020) 7127 del 13 ottobre 2020 e COM (2021) 564 del 28 gennaio 2021; Si veda inoltre, il regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

²⁸ *Recovery and facility (RRF) guiding templates*, dell'11 febbraio 2021, in www.ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/rrf-guiding-templates.

²⁹ Il *Recovery and Resilience Facility* è il programma cardine di *Next Generation EU*, quale piano di supporto finanziario alle riforme ed investimenti adottati dagli Stati membri, volto a mitigare l'impatto economico e sociale della pandemia rendendo al contempo le economie e società europee più sostenibili, resilienti e preparate alla transizione ecologica e digitale, adottato in base all'accordo raggiunto dal Consiglio europeo il 21 luglio 2020 (EUCO 10/20).

³⁰ Il Piano di investimenti del *Green Deal* europeo, Comunicazione COM (2020) 21 del 14 gennaio 2020, cit. al punto 4.3 prevede espressamente la concessione di un maggiore margine di flessibilità agli Stati membri per il finanziamento della trasformazione di processi di produzione per renderli climaticamente neutri o per gli aiuti destinati al miglioramento dell'efficienza energetica degli edifici, per il teleriscaldamento, per la chiusura delle centrali a carbone e, infine, destinati all'economia circolare. Sono previsti, inoltre, aiuti a finalità settoriale relativi al finanziamento pubblico alle imprese che decarbonizzano i loro sistemi industriali passando all'uso dell'energia elettrica; gli investimenti che migliorano l'efficienza energetica degli edifici e aumentano la produzione di energia rinnovabile; aiuti allo sviluppo di infrastrutture strategiche che non

ha effettuato una profonda rivisitazione della stessa normativa di riferimento in materia di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico, prevedendo, la concessione di un maggiore margine di flessibilità agli Stati membri che decidano di finanziare la transizione energetica. La Commissione ha, invero, significativamente modificato il c.d. Regolamento di esenzione³¹, introducendo un importante ampliamento degli aiuti che sono ritenuti *a priori* compatibili e per i quali gli Stati membri sono esentati dall'obbligo di notifica dell'aiuto. In particolare, sono state introdotte, in un quadro che già prevedeva numerose ipotesi di aiuti ritenuti ammissibili³², ulteriori significative semplificazioni delle regole applicabili agli aiuti in favore di misure relative all'efficienza energetica degli immobili (art. 38), nonché nuove esenzioni per gli aiuti a favore di infrastrutture di ricarica elettriche e per l'approvvigionamento di idrogeno accessibile al pubblico per i veicoli di strada a bassa emissione di carbonio (art. 36-*bis*).

Per gli aiuti che non rientrano nell'ambito delle esenzioni per categoria previste dal Regolamento e che sono soggetti all'obbligo di notifica alla Commissione, il controllo di compatibilità deve effettuarsi sulla base delle Linee guida 2014-2020 (attualmente ancora in vigore)³³, che prevedono l'accertamento che la misura di sostegno sia volta al perseguimento di un interesse comune, sia necessaria, adeguata, proporzionale, trasparente e produca un effetto di incentivazione³⁴. Il cuore della valutazione di compatibilità consiste, in particolare, in un'operazione di bilanciamento tra l'effetto distorsivo della concorrenza prodotto dalla misura e i vantaggi che la stessa può determinare nel caso specifico in punto di tutela dell'ambiente, definita come «*qualsiasi azione volta a porre rimedio o a prevenire un danno all'ambiente fisico o alle risorse naturali causato dalle attività del beneficiario, a ridurre il rischio di un tale danno o a promuovere un uso più razionale delle risorse naturali, ivi inclusi le misure di risparmio energetico e l'impiego di fonti di energia rinnovabili*»³⁵.

In tale contesto, le esigenze di tutela ambientale possono già assumere una rilevanza determinante, consentendo di ritenere compatibile l'aiuto laddove il beneficio in termini di contributo al conseguimento dell'obiettivo ambientale superi lo svantaggio concorrenziale. Invero, le finalità di produzione di un più elevato livello di tutela dell'ambiente, di agevolazione della transizione ver-

hanno un impatto sulla concorrenza e sul commercio e gli incentivi per la chiusura delle centrali a carbone.

³¹ Regolamento UE n. 2021/1237 della Commissione Europea, del 23 luglio 2021 recante modifica del Regolamento UE n. 651/2014 della Commissione Europea del 17 giugno 2014, cit.

³² La sezione 7 del Regolamento 651/2014 cit., agli artt. 36 ss. prevedeva già la compatibilità, a determinate condizioni ed entro determinate soglie, per gli aiuti agli investimenti a favore di misure di efficienza energetica, di progetti per l'efficienza energetica degli immobili, della cogenerazione ad alto rendimento, della produzione di energia da fonti rinnovabili, nonché per gli aiuti al funzionamento volti a promuovere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, anche in impianti su scala ridotta. Sono, inoltre, ritenuti *a priori* compatibili, sempre alle condizioni previste dal Regolamento, gli aiuti sotto forma di sgravi da imposte ambientali in conformità della direttiva 2003/96/CE, gli aiuti agli investimenti per teleriscaldamento e teleraffreddamento efficienti sotto il profilo energetico, per le infrastrutture energetiche, per gli studi ambientali, il riciclaggio e riutilizzo dei rifiuti e il risanamento dei siti contaminati.

³³ Si veda la Comunicazione COM (2014), 28 giugno 2014, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, cit., attualmente ancora in vigore.

³⁴ Si veda il procedimento di valutazione dettagliatamente descritto nelle sue diverse fasi al punto 3 della *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, cit., in particolare dai § 23 a 10.6.

³⁵ Si veda il § 19 della *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, cit.

so un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, competitiva e a basse emissioni di CO₂, nonché della realizzazione di un sistema energetico sostenibile e sicuro sono contemplati nelle Linee guida come obiettivi di interesse comune che possono condurre ad un giudizio di compatibilità della misura con il mercato interno³⁶. Inoltre, il c.d. criterio dell'effetto incentivante consente una valutazione positiva dell'aiuto laddove esso sia volto a favorire l'adeguamento delle imprese alla disciplina europea che debba ancora entrare in vigore o l'adozione di misure che superino gli standards minimi richiesti della normativa europea. Di tal guisa, tale criterio, anche prima che i nuovi standards previsti dal *Green Deal*³⁷ venissero ritenuti vincolanti in base alla legge europea sul clima³⁸, consentiva già una valutazione positiva degli aiuti alle imprese che vi si fossero adeguate o che avessero adottato standards eventualmente più stringenti (rispetto a quelli dell'Unione) previsti dallo Stato membro di appartenenza.

Tale disciplina, già spiccatamente improntata alla considerazione delle istanze di protezione ambientale, è stata sottoposta ad una significativa revisione dalla Commissione, che ha adottato nuove Linee guida, la cui entrata in vigore è prevista per il primo gennaio 2022 e che si connotano per il riconoscimento agli Stati membri di una maggiore libertà di azione nel concedere misure di sostegno economico alle imprese impegnate nella transizione energetica³⁹.

3. Le nuove Linee guida in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia

Le nuove Linee guida sono state significativamente nominate *Climate, Energy and Environmental Aid Guidelines* per enfatizzare l'inclusione del clima tra i principali obiettivi di tutela cui è predisposta la nuova disciplina.

Invero, si prevede un ampliamento dell'ambito di applicazione rispetto alle precedenti Linee guida che consenta di tenere conto, nel bilanciamento tra gli effetti positivi e quelli negativi della misura di sostegno, degli obiettivi politici della neutralità climatica, nonché della sicurezza dell'approvvigionamento energetico e della prevenzione del rischio di delocalizzazione dovuto agli oneri connessi all'energia⁴⁰.

In particolare, nell'ottica di sostenere la transizione energetica ed il processo di decarbonizzazione, la Commissione fornisce indicazioni operative che si

³⁶ Si veda il punto 3.2.1.1. al § 30 della *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, cit.

³⁷ Si vedano i punti 2.1.5, 2.1.6 e 2.1.8 del *Green Deal*, cit.

³⁸ La legge europea sul clima è entrata in vigore il 29 luglio 2021, rendendo vincolante l'obiettivo della neutralità climatica dell'Unione entro il 2050 (regolamento UE n. 2021/1119 della Commissione europea del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il Regolamento (UE) 2018/1999).

³⁹ Bozza di Comunicazione della Commissione europea, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit.

⁴⁰ Sulla opportunità della revisione delle Linee guida si veda L. HANCHER, *Il regime generale degli aiuti di Stato in materia di energia ed ambiente: la comunicazione della Commissione del 2014 e la sua prossima revisione*, in E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *Gli aiuti di Stato: profili generali e problematiche energetiche*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 197 ss.

muovono su due fronti. Da un lato, essa spinge chiaramente per la chiusura degli impianti inquinanti, laddove prevede la possibilità che vengano considerati compatibili con il mercato interno, a norma dell'art. 107 paragrafo 3, lettera c) del Trattato, gli aiuti volti a compensare la chiusura anticipata di impianti a carbone, torba e olio combustibile che siano ancora profittevoli (paragrafo 4.12); Dall'altro lato, la Commissione favorisce le imprese che operano in settori considerati importanti per la realizzazione della transizione ecologica e che non erano contemplati nella precedente versione delle Linee guida, quali la mobilità sostenibile, la biodiversità e le nuove fonti di energia rinnovabile⁴¹.

In quest'ottica, la nuova disciplina si applica, nella misura in cui non trovi attuazione il Regolamento di esenzione, agli aiuti a favore della mobilità "pulita"⁴² nel settore aereo, stradale, ferroviario, marittimo, costiero e nelle vie navigabili interne di passeggeri e merci. In particolare, si prevede la possibilità di concedere aiuti per l'acquisto e il leasing di veicoli puliti nonché per l'installazione di infrastrutture di ricarica e rifornimento degli stessi; Si prevede, inoltre, la possibilità di concedere aiuti per la ristrutturazione volta al miglioramento del rendimento energetico e ambientale degli edifici, nonché per ripristinare gli habitat naturali e gli ecosistemi degradati⁴³.

Anche l'importo degli aiuti e lo spettro degli strumenti di sostegno sono significativamente ampliati rispetto alla precedente versione delle Linee guida. Gli Stati membri possono, invero, finanziare regolarmente fino al 100% del costo dei progetti di decarbonizzazione a condizione che vi sia un cambiamento di comportamento da parte dei beneficiari che porti a una decarbonizzazione accelerata (effetto incentivante), che il mercato non avrebbe altrimenti consentito e sempre che non si realizzi una sovra compensazione per i beneficiari⁴⁴. Inoltre, sono introdotte nuove misure di sostegno, come i c.d. *Carbon Contract for Difference*, che, utilizzati negli ultimi anni per le misure di produzione di energia elettrica, consentono alle aziende di ridurre al minimo l'incertezza sui ricavi legata agli investimenti in tecnologie a basse emissioni di carbonio. Le imprese che si impegnano in tali investimenti possono vendere i crediti realizzati nel mercato delle emissioni di carbonio e che derivano dalle minori emissioni prodotte ad un prezzo prefissato in precedenza. Se il prezzo di mercato risulterà più basso, la differenza verrà integrata dallo Stato, configurando così una forma di aiuto, che la Commissione considera favorevolmente nel sostegno alla transizione ecologica⁴⁵.

⁴¹ Si vedano i punti 4.2.; 4.3.; 4.6; 4.9 della Bozza delle nuove Linee guida, cit.

⁴² Si veda la definizione di veicolo pulito fornita nella Bozza delle nuove Linee guida cit. al paragrafo 2.4. punto 18 (20).

⁴³ Si noti che la disciplina delle nuove Linee guida trova applicazione in relazione agli aiuti di Stato per la valorizzazione della biodiversità per quanto non specificamente previsto e disciplinato da Comunicazione della Commissione COM (2012) 8, *Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico* dell'11 gennaio 2012, dalla Comunicazione della Commissione COM (2014) 204, *Orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020*, del 1° luglio 2014 e dalla Comunicazione della Commissione COM (2015) 217, *Orientamenti per l'esame degli aiuti di Stato nel settore della pesca e dell'acquacoltura* del 2 luglio 2015.

⁴⁴ Si veda la nota esplicativa che accompagna la Bozza delle nuove Linee guida, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., p. 2.

⁴⁵ Si veda, sul punto, T. GERRES, P. LINARES, *Carbon Contract for differences: their role in European industrial decarbonization*, in *Climate Strategies*, 2020, p. 1 ss., in www.jstor.org/stable/resrep26784.

Accanto alla significativa estensione dell'ambito di applicazione e della tipologia degli aiuti, le nuove Linee Guida prevedono una maggiore flessibilità per gli Stati membri che non hanno più l'obbligo di notifica individuale per i progetti verdi di ampia portata rientranti in regimi approvati e hanno minori incombenze in relazione alla valutazione di compatibilità.

Per quanto il procedimento di valutazione resti essenzialmente legato all'accertamento delle condizioni già previste dalle Linee guida 2014-2020, in punto di perseguimento di un interesse comune, necessità dell'intervento statale, adeguatezza della misura di aiuto, effetto di incentivazione, proporzionalità e trasparenza dello stesso, gli impegni degli Stati in termini di prova delle specifiche condizioni risultano alleggeriti, derivandone una complessiva semplificazione della procedura.

In relazione all'effetto di incentivazione, ad esempio, gli Stati non devono più fornire alla Commissione delle prove inconfutabili del fatto che l'aiuto abbia un impatto effettivo sulla decisione di investimento ed una descrizione esauritiva dello scenario controfattuale che si realizzerebbe in assenza di aiuti⁴⁶. La nuova disciplina prevede solo l'*individuazione*, da parte dello Stato, dello scenario di fatto e del *probabile* scenario controfattuale in assenza di aiuti, senza richiedere più un'analisi che metta a confronto i livelli delle attività previste in presenza ed in assenza di aiuti, per valutare se la redditività del progetto in assenza dell'aiuto sia di fatto inferiore al risultato che l'impresa avrebbe registrato attuando il progetto alternativo. In particolare, l'analisi della Commissione sull'effetto incentivante si baserà sulla quantificazione, operata in sede di valutazione della proporzionalità dell'aiuto, dell'importo minimo necessario per realizzare l'attività; Tale valutazione, tuttavia, è ritenuta superflua se gli importi di aiuto sono determinati mediante una procedura di gara competitiva e, poiché, di fatto, nelle nuove Linee guida, la procedura di gara viene individuata quale meccanismo standard che gli Stati membri devono adottare per la concessione degli aiuti, ne risulta che, salvo eccezioni⁴⁷, la valutazione della proporzionalità dell'aiuto e, di conseguenza, dell'effetto incentivante, sarà molto meno dettagliata di prima.

L'introduzione della procedura di gara è prevista per ridurre la sovra-compensazione e le distorsioni del mercato derivanti dalla concessione degli aiuti e descritta, nei suoi aspetti essenziali nelle stesse Linee guida⁴⁸. Inoltre, per aumentare la trasparenza, garantire che la flessibilità aggiuntiva sia ben calibrata e incentivare i portatori di interessi a partecipare all'elaborazione delle misure di sostegno, le nuove Linee Guida introducono l'obbligo di una consultazione pubblica da parte degli Stati membri prima della notifica di ogni schema di supporto alla Commissione. In particolare, ad eccezione di casi partico-

⁴⁶ Si veda il paragrafo 3.2.4.2., punti 58 ss. della Bozza delle nuove Linee guida, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, cit.

⁴⁷ La procedura di gara è esclusa per quelle ipotesi in cui le misure di sostegno devono, in linea di principio, essere concesse allo stesso modo a tutte le imprese operanti nello stesso settore e che si trovino in una condizione identica o simile rispetto agli obiettivi della misura di aiuto, poiché, in tali casi, la concessione dell'aiuto non delinea un'alterazione del gioco della concorrenza. Così, ad esempio, è esclusa la procedura di gara per i regimi di sostegno alla decarbonizzazione adottati sotto forma di sgravi fiscali da imposte o prelievi parafiscali: si veda il punto 95 della *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit.

⁴⁸ Si veda, in particolare, i punti 48 e 49 nonché 89 ss. della Bozza delle nuove linee guida, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit.

lari⁴⁹, la consultazione pubblica è espressamente considerata un passaggio necessario affinché lo Stato possa giustificare l'ammissibilità di una misura di sostegno, soprattutto quando questa è rivolta solo ad alcune imprese o attività che competono con altre non sovvenzionate, comportando la prevedibile conseguenza di una distorsione della concorrenza.

4. Il delicato equilibrio tra tutela ambientale e tutela della concorrenza

L'orientamento della Commissione europea che emerge dagli ultimi interventi di revisione della precedente disciplina in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico è chiaramente quello di delineare un ampliamento del regime derogatorio al principio di incompatibilità degli aiuti di Stato sancito dal Trattato. Si intende, in particolare, sostenere il processo di adeguamento della produzione ad una tecnologia verde ed il progressivo abbandono dei combustibili fossili obbligando le imprese a degli investimenti che le stesse possono non essere in grado di sostenere in autonomia⁵⁰, cercando di mantenere entro livelli minimi la fisiologica alterazione del gioco della concorrenza che ne deriva. Tale scelta è l'indice di un significativo cambio di paradigma dell'Unione Europea, che non sembra porre più la politica della concorrenza sulla stessa prima linea in cui si trovano le politiche regolamentari ambientali ed energetiche⁵¹ ma ammettere un rilassamento della disciplina antitrust a fronte delle improcrastinabili esigenze di tutela ambientale.

Tale impostazione è, peraltro, condivisa da ampia dottrina⁵², che percepisce la sostenibilità come un progresso economico, per contribuire al quale possono essere ammessi accordi o altre misure anticoncorrenziali.

Si ritiene, in particolare, che la soluzione del conflitto tra concorrenza e protezione ambientale vada individuata nel sacrificio della concorrenza, a condizione che le imprese "autorizzate" alla deroga della disciplina antitrust producano sufficienti benefici in termini di sostenibilità, da compensare i consumatori degli effetti anticoncorrenziali delle misure adottate⁵³. Del resto, si rileva⁵⁴

⁴⁹ Si veda il punto 86 della Bozza delle nuove linee guida, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit.

⁵⁰ J. MAILLO, *Balancing environmental protection, competitiveness and competition: a critical assessment of the GBER and the EEAG*, in *European State Aid Quarterly*, 1, 2017, p. 4 ss.; L. HANCER, *Can the Treaty State aid regime come to the rescue of climate change?*, *ivi*, p. 1 ss.

⁵¹ Tale impostazione è emersa chiaramente nella recente conferenza sulla politica di concorrenza che contribuisce al *Green Deal europeo Competition policy contributing to the European Green Deal conference*, del 4 febbraio 2021, i cui atti sono accessibili in webcast.ec.europa.eu/competition-green-deal-conference.

⁵² C. TOWNLEY, *Article 81 EC and public policy*, Bloomsbury, Oxford, 2009; S. KINGSTON, *Greening EU competition law and policy*, Cambridge University Press, New York, 2011; G. MONTI, *Four options for a greener competition law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, vol. 11, n. 3-4, p. 124 ss.; S. HOLMES, *Climate change, sustainability and competition law*, in *Journal of antitrust enforcement*, 8, 2020, p. 354 ss.; M. DOLMANS, *Sustainable competition policy*, in *Competition Law and Policy Debate*, vol. 5, issue, 4 e vol. 6, issue 1, marzo 2020.

⁵³ L'orientamento ideologico cui ci si riferisce viene definito "green antitrust" da M.P. SCHINKEL-L. TREUREN, *Green antitrust: friendly fire in the fight against climate change*, in S. HOLMES-D. MIDDELSCHULTE-M. SNOEP (eds.), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, cit.

che, con il Trattato di Lisbona, è stata effettuata la precisa scelta politica di non includere il riferimento alla concorrenza nell'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea per cui, ad oggi, la libera concorrenza non rappresenta più in sé un obiettivo dell'Unione, che, invece, *“si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa...”*.

Tuttavia, lo sviluppo sostenibile dell'Europa, ai sensi dello stesso art. 3 del Trattato, si fonda pur sempre su *«una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva...»* per tutelare la quale gli Stati si sono espressamente impegnati ad implementare la disciplina antitrust⁵⁵. Il regime di libera concorrenza assume, invero, sin dalle origini dell'Unione, un ruolo centrale nella realizzazione e consolidamento dell'economia di mercato rispetto all'intero sistema giuridico-economico europeo assicurando la trasmissione degli impulsi di politica economica e segnali di prezzo necessari a stimolare gli investimenti e a favorire l'innovazione⁵⁶. Coerentemente, l'art. 11 TFUE prevede l'integrazione degli obiettivi ambientali nell'attuazione della politica della concorrenza, laddove dispone che *«le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»*.

L'equilibrio tra le istanze di protezione ambientale e la tutela della concorrenza risulta allora particolarmente delicato e, per quanto il cambio di paradigma cui assistiamo sia giustificato e doveroso per superare l'emergenza climatica, occorre che le ampie deroghe alla disciplina antitrust e il rilassamento della concorrenza che ne deriva siano controbilanciati da effettivi benefici ambientali⁵⁷.

Inoltre, su un piano più generale, pare a chi scrive che, se l'ampliamento del regime derogatorio al principio di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno possa avere effetti positivi nel superamento del periodo emergenziale, sul lungo periodo l'integrazione tra meccanismi di mercato e interessi ambientali, auspicata dal Trattato e dallo stesso *Green Deal*, potrebbe essere più efficacemente realizzata mediante una stringente attività di regolazione volta, ad esempio, a valorizzare gli aspetti di convergenza tra la logica concorrenziale e la tutela dell'ambiente.

La dottrina ha, del resto, già da tempo messo in evidenza che l'ambiente può rappresentare un elemento qualitativo di differenziazione dei prodotti che permette alle imprese di sfuggire alla competizione diretta sui prezzi con i concorrenti⁵⁸ e che alcune strategie aziendali volte a realizzare un prodotto

⁵⁴ S. HOLMES, *Climate change, sustainability, and competition law*, cit., p. 360 ss.

⁵⁵ Si veda, in particolare, il Protocollo del Trattato sull'Unione europea n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza del 9 maggio 2008.

⁵⁶ Sul punto si veda N. PESARESI, relazione al webinar *Conversazione sugli aiuti di Stato: profili generali e problematiche energetiche*, Milano-Bruxelles, organizzato da Aiden l'8 marzo 2021, in www.associazioneaidden.it.

⁵⁷ Si veda C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2021, p. 81; Si veda, altresì, V. MUSARDO, *Green Deal and incentive effect: what is truly environmental aid?*, in *European State Aid Quarterly*, 2, 2021, p. 218 ss. che auspica un'interpretazione più stringente del requisito dell'effetto incentivante, tale da consentire alla Commissione di ritenere compatibile l'aiuto solo se il cambiamento di comportamento indotto dallo stesso sia tale da porsi in linea con gli obiettivi del *Green Deal*.

⁵⁸ Si è, in particolare, osservato che l'impegno dell'impresa nel diminuire i costi sociali della propria attività assume rilevanza quale strategia per massimizzare i profitti, rilevando una significativa e positiva relazione tra libera concorrenza e responsabilità sociale dell'impresa (e corre-

maggiormente concorrenziale possono avere un effetto positivo in termini di impatto ambientale⁵⁹. Il taglio dei costi di produzione è, infatti, spesso determinato dalla riduzione dei materiali utilizzati, del consumo di energia e degli sprechi. Inoltre, anche l'adozione di modalità più efficienti di progettazione del prodotto e di realizzazione del processo produttivo, oltre a determinare un risparmio in termini di costi di produzione, possono comportare vantaggi ambientali; le emissioni inquinanti sono, invero, spesso, una manifestazione di spreco dal punto di vista economico laddove derivano da un inefficiente o incompleto utilizzo di risorse, che impone all'impresa un ulteriore spreco di energie in attività di trattamento, conservazione e smaltimento di materiali non utilizzati.

Lo sforzo di ridurre le emissioni inquinanti e l'economia di mercato si possono, dunque, muovere su binari paralleli, che si fondano sull'uso efficiente degli *inputs*, l'utilizzo di materiali meno costosi e la minimizzazione di attività non necessarie. In quest'ottica, la concorrenza può rappresentare una risorsa importante nella soluzione del problema ambientale⁶⁰, imponendo di limitare le deroghe alla disciplina antitrust allo stretto necessario.

5. Conclusioni

Gli aiuti di Stato sono sempre più concepiti come l'indispensabile strumento di finanziamento della c.d. transizione energetica, ritenuta ormai l'imprescindibile passaggio per il superamento dell'emergenza climatica e la realizzazione degli obiettivi che l'Unione si è posta con il *Green Deal*. Tali misure consentiranno di sostenere il processo di adeguamento della produzione ad una tecnologia verde ed il progressivo abbandono dei combustibili fossili, obbligando le imprese a degli investimenti che le stesse non sarebbero in grado di sostenere in autonomia.

Nell'ottica di rendere il ricorso agli aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico più agevole, come si è visto, la Commissione ha sottoposto a revisione la disciplina della materia, introducendo importanti modifiche al Regolamento di esenzione e adottando delle nuove Linee guida, che si caratterizzano per un significativo ampliamento del regime derogatorio al principio di incompatibilità degli aiuti di Stato sancito dal Trattato.

La prospettiva in cui si muove la Commissione, in particolare con la rivisitazione delle Linee guida, è quella un ampliamento dell'ambito di applicazione delle stesse e della rideterminazione dei criteri di compatibilità degli aiuti, così

lati benefici ambientali): si vedano S. AMBEC-P. LANOIE, *Does it pay to be green? A systematic overview*, in *Academy of Management Perspectives*, 2008, vol. 2, issue 4, p. 45 ss.; D. FERNANDEZ-KRANZ-J. SANTALÒ, *When necessity becomes a virtue: the effect of product market competition on corporate social responsibility*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 19, 2, 2010, p. 453 ss.; C. FLAMMER, *Does corporate social responsibility lead to superior financial performance? A regression discontinuity approach*, in *Management Science*, 2015; P. AGHION-R. BÉNABOU-R. MARTIN-A. ROULET, *Environmental preferences and technological choices: is market competition clean or dirty?*, in *National bureau of economic research*, 2020.

⁵⁹ M.E. PORTER-C. VAN DER LINDE, *Towards a new conception of the environment-competitiveness relationship*, in *Journal of economic perspectives*, vol. 9, n. 4, 1995, p. 106; T. BERNAUER-L. CADUFF, *In whose interest? Pressure group politics, economic competition and environmental regulation*, in *Journal of Public Policy*, vol. 24, n. 1, 2004, pp. 99 e 112.

⁶⁰ S. HOLMES, *Climate change, sustainability, and competition law*, cit., p. 335.

da poter tenere conto, nel procedimento di valutazione, di obiettivi politici più ampi, che comprendano la neutralità climatica. In quest'ottica, le diverse fasi della valutazione di compatibilità operate dalla Commissione sono significativamente semplificate e le incombenze probatorie in capo agli Stati allentate e controbilanciate da una procedura di gara che gli stessi devono, di regola, porre in essere per concedere l'aiuto.

L'attenuazione della preminenza sin qui accordata alla tutela della concorrenza per consentire il superamento della crisi climatica rileva un importante cambio di paradigma dell'Unione Europea, indispensabile per fronteggiare la situazione emergenziale. Nel lungo periodo, tuttavia, l'auspicata integrazione delle politiche ambientali e concorrenziali potrebbe richiedere anche una più stringente attività di regolazione, che ne valorizzi gli aspetti di convergenza.



COMMENTI

L'intreccio fra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e normativa in tema di protezione dei dati personali: il caso Facebook approda al Consiglio di Stato

The intertwining of unfair commercial practices and personal data protection discipline: the Facebook case before the Italian Council of State

di **Simone Franca** *

ABSTRACT

Il presente contributo costituisce un commento alla sentenza del 29 marzo 2021, n. 2631, con cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata rispetto alla qualificazione come pratica commerciale scorretta dell'utilizzo dei dati dei propri utenti da parte di Facebook per finalità commerciali e di profilazione. Il commento è suddiviso in tre parti. In primo luogo, si riflette sulla portata del rilievo economico del dato a partire dal caso in esame. In secondo luogo, si affronta il tema del rapporto tra disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette e normativa sul trattamento dei dati personali, nel contesto del più ampio dibattito relativo al rapporto tra norme consumeristiche e norme settoriali. Infine, sulla scorta di una riflessione comparata con l'ordinamento tedesco relativamente al cd. caso Facebook, si tenta di evidenziare la problematicità della regolazione dei dati personali – con particolare riguardo al ruolo delle diverse autorità competenti – nell'ambito del mercato europeo.

Parole Chiave: Pratiche commerciali scorrette – Dati personali – Contrasto – Mercato digitale – Antitrust

This contribution is a commentary of the judgement of 29 March 2021, no. 2631, whereby the Sixth Section of the Council of State ruled on the qualification of Facebook's use of its users' data for commercial and profiling purposes as an unfair commercial practice. The commentary is divided into three parts. Firstly, we will deal with the relevance of the economic value of data, starting from the case at hand. Secondly, we will address the relationship between unfair commercial practices and personal data processing rules, in the context of the broader debate on the relationship between consumer and sector-specific rules. Eventually, by embracing a comparative perspective with the German legal system regarding the so-called Facebook case, we will try to stress the problematic nature of the regulation of personal data – with particular regard to the role of the several competent authorities – in the European market.

Key Words: Unfair commercial practices – Personal data – Conflict – Digital market – Antitrust

* Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università di Trento.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 29 MARZO 2021, N. 2631. –
PRES. S. SANTORO; EST. S. TOSCHEI**

Estratto

«[...] [L]a patrimonializzazione del dato personale, che nel caso di specie avviene inconsapevolmente (ad avviso dell'Autorità nel momento in cui accusa una informazione ingannevole nell'esercizio della pratica in questione), costituisce il frutto dell'intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell'utente – a fini commerciali.

[...] È indubbiamente vero che la nozione di "trattamento" del dato personale, per come emerge dalla lettura dell'art. 4, par. 2, GDPR, si traduce in un ambito di riferibilità amplissimo rispetto all'utilizzo del dato e che dunque la disciplina speciale unionale di tutela dei dati personali estende il proprio ambito di applicazione fin dove può giungere qualsiasi forma di relazione umana o automatica del dato personale, tuttavia non può ritenersi possibile, né una tale conclusione è traibile dall'esame norme del GDPR (ivi compresi i "considerando") e dagli orientamenti in materia espressi dalla Corte di Giustizia UE, che l'ambito di applicazione della disciplina speciale ed esclusiva (anche nel senso che esclude l'applicazione di altre discipline) possa essere "assoluta".

Una siffatta conclusione sarebbe irragionevole, dal momento che ogni scienza giuridica o comportamento umano (finanche attraverso meccanismi automatici collegati all'utilizzo di strumenti informatici o digitali) coinvolge inevitabilmente dati personali.

Riconoscere dunque la assoluta specialità del settore riferibile alla tutela dei dati personali condurrebbe, inevitabilmente, ad escludere in radice, l'applicabilità di ogni altra disciplina giuridica. Ferma dunque la riconosciuta "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy adottati dai Paesi membri in materia di tutela di ogni strumento di sfruttamento dei dati personali, deve comunque ritenersi che allorché il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche.

[...] Le surriprodotte considerazioni, ad avviso del Collegio, vanno interpretate non nel senso della creazione di "compartimenti stagni di tutela" ma della esigenza di garantire "tutele multilivello" che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia "sfruttato" a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore. Nell'appena descritta accezione non viene in emersione la commercializzazione del dato personale da parte dell'interessato, ma lo sfruttamento del dato personale reso disponibile dall'interessato in favore di un terzo soggetto che lo utilizzerà a fini commerciali, senza che di tale destino l'interessato conosca in modo compiuto le dinamiche, fuorviato peraltro dalle indicazioni che derivano dalla lettura delle condizioni di utilizzo (come nel caso di specie) di una "piattaforma informatica".»

Massime

Integra gli elementi di una pratica commerciale sleale, perché ingannevole, lo sfruttamento tramite trasmissione a terzi per utilizzi a fini commerciali, ad opera del gestore di una piattaforma di social network, dei dati personali che l'utente abbia messo a disposizione per fruire gratuitamente dei servizi offerti dalla piattaforma, qualora di tale impiego non sia data all'interessato adeguata informazione, in modo da comprendere che, a fronte dei vantaggi connessi al servizio, si realizza l'automatica profilazione dell'utente.

In tema di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, la pre-attivazione di una piattaforma di social network che preveda di default un'autorizzazione generale all'impiego dei dati personali non costituisce una pratica commerciale aggressiva, laddove l'autorizzazione sia seguita da una serie di passaggi in cui l'utente può decidere se e quali dati condividere.

SOMMARIO: 1. Introduzione: i fatti alla base della controversia. – 2. La patrimonializzazione del dato e il suo rilievo nella controversia. – 3. Il problema del contrasto fra disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e normative settoriali. – 3.1. L'applicazione delle regole relative alla soluzione del contrasto nel caso in esame. – 3.2. Le ricadute della complementarietà nella prospettiva del coordinamento. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione: i fatti alla base della controversia

Con sentenza del 29 marzo 2021, n. 2631, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla questione relativa alla qualificazione come pratiche commerciali scorrette delle condotte poste in essere dalla società Facebook, attraverso l'utilizzo dei dati dei propri utenti per finalità commerciali e di profilazione.

Al fine di comprendere meglio la portata del giudizio in esame è opportuno illustrare il contenuto dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti, AGCM) e ricostruire lo svolgimento dei due gradi di giudizio.

L'AGCM instaurava una procedura volta a verificare l'integrazione da parte delle società Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd di due pratiche commerciali scorrette.

In primo luogo, l'AGCM contestava la violazione degli artt. 20, 21 e 22 del codice del consumo da parte delle due società – e dunque l'integrazione di una pratica commerciale scorretta – per non aver fornito ai loro utenti, in fase di attivazione dell'*account*, un'informativa che li rendesse adeguatamente edotti della raccolta e dell'utilizzo dei loro dati per finalità informative e/o commerciali¹ (pratica a)). Secondo l'AGCM, infatti, gli utenti, a fronte dell'asserita gratuità della fruizione del servizio, sarebbero indotti ad assumere una decisione di natura commerciale (la registrazione e la permanenza nel *social network*) che non prenderebbero altrimenti.

In secondo luogo, l'AGCM rilevava la violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del consumo e, pertanto, l'integrazione di una pratica commerciale aggressiva: infatti, gli utenti del *social network* sarebbero coartati a consentire alle società di Facebook e a terzi la raccolta e l'utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che li riguardano in modo inconsapevole e automatico, attraverso un sistema di preselezione del consenso rispetto alla cessione dei dati che induce gli utenti a mantenere tale sistema attivo, per evitare limitazioni all'utilizzo del servizio di *social network* (pratica b)).

In ragione delle condotte riscontrate, l'AGCM disponeva, oltre all'irrogazione di due distinte sanzioni amministrative di pari importo, l'obbligo di pubblicazione di una dichiarazione rettificativa e di porre fine alle infrazioni nel termine di 90 giorni.

A fronte del provvedimento, Facebook Ireland Ltd. proponeva ricorso al Tar Lazio, in cui avanzava numerosi profili di censura attinenti al difetto assoluto di attribuzione dell'AGCM², nonché alla violazione di alcuni parametri normativi³

¹ Rispetto al rilievo dell'informativa in questa fattispecie si v. A. DAVOLA-R. PARDOLESI, *Protezione dei dati personali, tutela della concorrenza e del consumatore (alle prese con i 'dark pattern'): parallele convergenti?*, in *Foro it.*, III, 2021, p. 339. Rispetto al ruolo dell'informativa per la trasparente informazione degli interessati, sia consentito rinviare a S. FRANCA, *L'informativa trasparente nel trattamento dei dati personali da parte della pubblica amministrazione*, in *Nuove aut.*, 1, 2020, pp. 223 ss.

² Anzitutto, Facebook rilevava un difetto assoluto di attribuzione dell'AGCM, giacché: in primo luogo, non sussisteva una pratica qualificabile come "commerciale", giusta la gratuità del servizio offerto da Facebook; in secondo luogo, la disciplina da applicare era solo quella relativa alla protezione dei dati personali; in terzo luogo, sussisteva la competenza della sola Autorità capofila (i.e. l'Autorità privacy irlandese) e non dell'Autorità italiana (ivi incluso il Garante per la protezione dei dati personali), in base all'art. 56 del GDPR.

³ Facebook rileva, nella specie, la violazione della riserva di regolamento prevista dall'art.

e di alcuni principi fra cui quelli di legalità, di specialità sul piano sanzionatorio e di proporzionalità⁴.

Il TAR Lazio, con sentenza n. 260/2020⁵, ha disposto l'annullamento parziale del provvedimento impugnato, accogliendo le censure relative alla contestazione della pratica *b*) e, contestualmente, respingendo quelle relative alla pratica *a*). In particolare, con riferimento alla pratica *a*), il giudice di prime cure ha rilevato che i dati personali, giusta la loro patrimonializzazione nella moderna economia digitale, possono rappresentare una controprestazione contrattuale e, pertanto, il loro sfruttamento in violazione del codice del consumo può dar luogo a pratiche commerciali scorrette. Né può inibire una simile conclusione la contestuale violazione delle regole in tema di protezione dei dati personali, giacché codice del consumo e GDPR sono in un rapporto di complementarietà; con la conseguenza che non sussiste neppure il rischio di un effetto plurisanzionatorio rispetto alla stessa condotta. Con riguardo alla pratica *b*), il TAR osserva che l'istruttoria dell'AGCM è viziata da un travisamento in punto di fatto: il sistema di preselezione del consenso, infatti, non comporta alcuna trasmissione di dati. La trasmissione di dati avviene solo successivamente, dopo una serie di passaggi, in cui l'utente sceglie se e quali dei suoi dati condividere per accordare l'integrazione tra le piattaforme.

In seguito, Facebook Ireland Ltd. proponeva appello con numerosi motivi, in relazione al mancato annullamento del provvedimento con riferimento alla pratica *a*)⁶. Anche l'AGCM proponeva appello, rispetto all'annullamento del provvedimento con riguardo alla pratica *b*), nella parte in cui il TAR rilevava un travisamento dei fatti da parte dell'AGCM⁷.

Nella sentenza di appello, i giudici di Palazzo Spada hanno confermato la portata del giudizio di primo grado, svolgendo però ulteriori argomentazioni a conferma del medesimo.

Rispetto alla pratica *a*), il giudice, sulla scorta di una previa analisi relativi

288, comma 2, TFUE, nonché del codice del consumo e della disciplina relativa alla protezione dei dati.

⁴ Facebook denunciava la violazione dei principi di legalità/prevedibilità, di specialità in materia sanzionatoria e di proporzionalità, in quanto la sanzione sarebbe stata irrogata sulla base di una interpretazione estensiva vietata ai sensi dell'art. 7 CEDU (legalità/prevedibilità), nonostante si sarebbero dovute irrogare le sole sanzioni previste nel GDPR in presenza di un unico fatto storico integrante la condotta (specialità in materia sanzionatoria); in subordine, si contestava l'eccessiva gravosità degli obblighi di pubblicare la dichiarazione rettificativa e di porre rimedio alle infrazioni in 90 giorni.

⁵ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2020, nn. 260 e 261, su cui si v. G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. inf.*, 3, 2020, p. 650 ss.; M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, 14, 2020, p. 226; E. FAZIO, *Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico alla data-driven economy*, in *Dir. ec.*, 3, 2020, p. 665 ss.

⁶ Sostanzialmente, si reiterano le censure già mosse con il ricorso introduttivo dinanzi al TAR, ossia: 1) difetto assoluto di attribuzione del potere di sanzionare le due società da parte dell'AGCM per insussistenza di pratiche commerciali scorrette; 2) difetto assoluto di attribuzione *ratione materiae* con riferimento all'AGCM; 3) violazione della riserva di regolamento, per come fissata dall'art. 288, comma 2, TFUE; 4) violazione del principio di specialità in materia sanzionatoria e della legge 24 novembre 1981, n. 689; 5) violazione dell'art. 56 del GDPR; 6) violazione del principio di legalità/prevedibilità; 7) inesistenza di qualsivoglia condotta in violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette; 8) violazione del principio di proporzionalità quanto all'obbligo di pubblicazione della dichiarazione rettificativa e alle misure imposte per superare la pretesa condotta illecita.

⁷ Secondo il TAR, la "pre-attivazione" della piattaforma Facebook non implicava un automatico trasferimento di dati, ma introduceva l'utente in una serie di passaggi ove questi era in grado di decidere se ed eventualmente quali dati permettere alla piattaforma di condividere.

alla patrimonializzazione dei dati personali, ha rilevato che non sussiste alcun contrasto fra disciplina consumeristica e disciplina in materia di protezione dei dati, intendendole come componenti di un unitario sistema multilivello di tutela.

Con riguardo alla pratica *b)*, il giudice d'appello ha ritenuto che il meccanismo di *opt-in* preimpostato non impedisca all'utente di comprendere modalità e finalità di utilizzo e che, in base a come è strutturata la piattaforma, non sia integrato l'elemento della "aggressività" della pratica commerciale posta in essere da Facebook.

Sulla scorta dell'argomentazione riportata nella sentenza in commento pare opportuno isolare alcune questioni: *a)* il rilievo della patrimonializzazione del dato nell'ambito dell'attività negoziale; *b)* il rapporto tra la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette e di protezione dei dati e le sue ricadute sulla sfera di competenza dell'AGCM e del Garante per la protezione dei dati.

2. La patrimonializzazione del dato e il suo rilievo nella controversia

Un punto cardine della pronuncia in commento, già oggetto di approfondimento nell'ambito della sentenza del giudice di prime cure, attiene al valore patrimoniale del dato raccolto e utilizzato da Facebook al fine di radicare la competenza dell'AGCM rispetto alla verifica della sussistenza di una pratica commerciale scorretta.

Nella sentenza del TAR Lazio veniva rilevato come i dati personali non siano tutelabili solo nella prospettiva della tutela di un diritto fondamentale dell'individuo, bensì come un «*“asset” disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di “controprestazione” in senso tecnico di un contratto*»⁸: in particolare, si valorizzava la patrimonializzazione del dato come elemento costitutivo del dato medesimo, che giustifica l'imposizione di obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni in capo agli operatori del mercato coinvolti in un trattamento di dati. Di conseguenza, la fornitura del servizio da parte di Facebook ai suoi utenti si qualifica come una pratica commerciale – in cui i dati sono la controprestazione del servizio –, la cui scorrettezza discende dal fatto che Facebook non informa adeguatamente gli utenti in ordine all'uso remunerativo fatto dei dati forniti, a fronte di una asserita gratuità del servizio.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, pur ammettendo che il dato personale costituisca una *res extra commercium*, giusta la natura fondamentale del diritto che l'individuo ha sui propri dati, evidenzia come esso dovrebbe essere ritenuto "patrimonializzato" con l'intervento sui dati da parte di Facebook, tramite la cessione del dato a terzi (e la contestuale profilazione dell'utente) per finalità commerciali. Non verrebbe in rilievo, dunque, «*la commercializzazione del dato personale da parte dell'interessato, ma lo sfruttamento del dato personale reso disponibile dall'interessato in favore di un terzo soggetto che lo utilizzerà a fini commerciali, senza che di tale destino l'interessato conosca in modo compiuto le dinamiche*»⁹.

In questa prospettiva, diversamente da quanto rilevato dal TAR, non è il

⁸ Punto 6 TAR Lazio, cit., n. 260/2020.

⁹ Punto 8 della sentenza in commento.

dato (come fosse una merce) ad essere oggetto di una controprestazione, ma piuttosto il diritto di sfruttamento del dato per fini commerciali.

Per meglio comprendere la divaricazione tra gli orientamenti del TAR Lazio e del Consiglio di Stato è opportuno richiamare il retroterra teorico della visione patrimoniale del dato, in particolare rispetto alla conciliabilità fra la natura fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali e la capacità di questi ultimi di essere sfruttati economicamente.

In effetti, nella sentenza in commento, la premessa della riflessione sulla patrimonializzazione del dato è rappresentata dall'idea – avanzata dalla società ricorrente – che la natura fondamentale dei diritti che l'individuo ha rispetto ai propri dati possa comportare una (almeno parziale) indisponibilità dei dati stessi e, in particolare, l'impossibilità che essi possano fungere da corrispettivo rispetto ad un'altra prestazione. Tale considerazione, evidentemente, era strumentale a sostenere la gratuità del servizio offerto da Facebook, gratuità confermata dal fatto che un diritto fondamentale non potrebbe costituire la controprestazione del servizio¹⁰: non sussistendo altro che l'utente fornisce a Facebook, al di là dei propri dati per fruire del servizio, allora il servizio stesso sarebbe stato correttamente presentato come gratuito.

A ben vedere, una visione così netta appare affondare le proprie radici sulla problematica disciplina dei diritti della personalità, come il diritto al nome, all'immagine e anche alla riservatezza¹¹.

Come noto, benché gli aspetti patrimoniali connessi ai diritti della personalità abbiano sempre trovato forme di riconoscimento nell'ordinamento¹², siffatti diritti sono stati concepiti come diritti di natura difensiva, ossia come situazioni soggettive che proteggono l'individuo rispetto ad interferenze esterne¹³.

¹⁰ Nella specie, la società ricorrente osservava anche che l'indisponibilità dei dati personali come corrispettivo si evincerebbe anche da alcuni riferimenti: *in primis*, il considerando 24 della direttiva 2019/770 del 20 maggio 2019 (ove si rileva la necessità di riconoscere che «la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce»); *in secundis*, dal parere del 14 marzo 2017, n. 4 del Garante europeo per la protezione dei dati, che ha posto in luce la problematicità di riconoscere i «dati come controprestazione» (cfr. punto 4 della sentenza in commento).

¹¹ In tema cfr., *ex multis*, G. ALPA-G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile. Le persone e la famiglia*, I, Utet, Torino, 2019; M. BESSONE-G. FERRANDO, voce *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 193 ss.; R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 145 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 355 ss.; ID., *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss.; A. NICOLUSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011, 133 ss.; R. PARDOLESI, *Diritti della personalità*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1, 2005, p. 3 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato, II (1967-1987)*, Cedam, Padova, 1988, p. 422 ss.; ID., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, Roma, 1991, p. 1 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005; ID., *Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'UE*, in *Dig. Disc. Priv.*, Agg. 2013, Utet, Torino, 2013, p. 92 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995; ID., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 1 ss.; P. VERCELLONE, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, in *Quaderni del CSM*, 1996, 85, p. 505 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 545 ss.; ID., voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. Priv.*, XIII, Utet, Torino, 1995, p. 430 ss.

¹² P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, cit., p. 2; G. RESTA, *Autonomia privata*, cit., p. 242; G. ALPA-G. RESTA, *op. cit.*, p. 373.

¹³ Come rileva V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, cit., p. 436, pur nel contra-

Una simile prospettiva è stata progressivamente sottoposta a critica¹⁴: da questo angolo visuale mette conto segnalare, in particolare, l'impostazione che ha qualificato i diritti della personalità come diritti «*a struttura duplice e contenuto complesso*», in cui convivono tanto l'elemento ideale, riguardante la tutela della persona, quanto quello patrimoniale, dando conto della presenza in essi di profili personali e patrimoniali¹⁵. Tale sviluppo, lungi dall'avere un rilievo solo teorico, ha concrete implicazioni sul piano pratico, perché impone di configurare la disciplina dei diritti della personalità in modo da garantire non solo la loro protezione dagli altri soggetti dell'ordinamento, ma anche di consentire, entro certi limiti, la loro circolazione e la loro idoneità a fungere da corrispettivo¹⁶, oltretutto la loro tutela sotto il profilo patrimoniale¹⁷. Più precisamente, per un verso, si esce dalla logica strettamente difensiva, che non appare compatibile con le moderne economie digitali¹⁸; per altro verso, non si concepiscono i diritti della personalità come situazioni giuridiche soggettive completamente disponibili, ma li si sottopone ad un regime "speciale" di circolazione¹⁹.

Ad ogni modo, che la disciplina dei dati personali abbia questa duplice na-

sto tra sostenitori della teoria monista e della teoria pluralista dei diritti della personalità – ovvero i sostenitori del diritto della personalità, rispettivamente, come situazione soggettiva unitaria o come pluralità di situazioni soggettive – è sempre prevalsa la configurazione in senso difensivo di tali situazioni giuridiche soggettive come veri e propri diritti assoluti. Sull'approccio difensivo ai diritti della personalità cfr. in part. G. ALPA-G. RESTA, *op. cit.*, p. 366 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 15.

¹⁴ Con particolare riferimento alla riservatezza, cfr. F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 7, 1998, p. 614, secondo cui la dottrina e la giurisprudenza più avvertite avevano avviato il processo di sviluppo da una concezione negativa di tale diritto (ossia come potere di inibire la circolazione delle informazioni) ad una positiva (come governo del flusso di informazioni). Più in generale, rispetto all'evoluzione dei diritti della personalità, è necessario tenere conto di una pluralità di fenomeni, segnatamente della costituzionalizzazione dei diritti della personalità, il progresso tecnologico, il mutamento del contesto socio-economico, la giuridificazione del corpo, nonché la patrimonializzazione e contrattualizzazione della personalità: su tali articolati fenomeni si v., per tutti, G. ALPA-G. RESTA, *op. cit.*, p. 271 ss. e p. 365 ss.

¹⁵ Su tale configurazione dei diritti della personalità cfr. G. RESTA, *Autonomia privata*, cit., p. 245. Rispetto a tale prospettazione cfr. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 95, che valorizza le ricadute di ordine pratico di tale prospettazione rispetto alle regole contrattuali che hanno ad oggetto i diritti della personalità; B.M. RUSSO, *Spunti di riflessione in materia di danno patrimoniale da violazione del diritto alla gestione economica degli attributi della personalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2020, p. 2155, nota 17 che enfatizza la portata monistica di tale prospettazione.

¹⁶ V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, cit., p. 436.

¹⁷ Può essere utile svolgere un esempio per comprendere la portata di tale tesi. Come si legge in G. RESTA, *Autonomia privata*, cit., p. 334 ss., pur tenendo fermo il principio dell'inalienabilità come elemento caratteristico della circolazione dei diritti della personalità è possibile utilizzare altre forme negoziali, come il contratto ad effetti costitutivi che, nella specie, consentirebbe di concedere all'avente causa un diritto nuovo che pur non estinguendo il diritto del disponente, ne limita alcune facoltà.

¹⁸ Rispetto alle criticità della concezione difensiva dei diritti della personalità, specie nel contesto costituzionale cfr. S. RODOTÀ, *Ipotesi*, cit., p. 71; in una prospettiva non incentrata tanto sui diritti della personalità, ma sulle libertà costituzionali cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 7; A. BARBERA, sub art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Artt. 1-12*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 71.

¹⁹ Sembra dunque residuare uno spazio significativo per l'autonomia contrattuale, in particolare per quanto attiene agli attributi immateriali della personalità. In tema cfr. G. RESTA, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 100 ss.

tura appare confermato anche dal diritto positivo, in particolare dal GDPR. Infatti, il GDPR, pur qualificando il diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale – anche se non qualificabile come prerogativa assoluta –²⁰, contiene altresì una disciplina che mira alla definizione di un regime di libera circolazione dei dati personali. Una simile aspirazione, già propria della previgente direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio²¹, si ricava pianamente dal testo del GDPR²² che pone come obiettivo dell'intero regolamento la circolazione dei dati all'interno del mercato europeo, analogamente a quanto avviene rispetto alla circolazione di fattori di produzione, quali le merci e i lavoratori²³. In questa prospettiva, il sistema eurounitario si struttura come un sistema di regole di natura speciale atte a rimuovere gli ostacoli alla circolazione di dati e a favorirla, in modo da avviare la creazione di un mercato unico dei dati²⁴, pur se ciò non equivale ad assimilare questi ultimi a beni privati²⁵ e il diritto sui dati personali ad un diritto proprietario di matrice individuale²⁶.

Adattando tali considerazioni – relative alla duplice natura del diritto riferito ai propri dati personali – alla riflessione relativa alla sussistenza di una pratica commerciale scorretta posta in essere da Facebook, si evince che la natura fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali non può spostare i termini della questione²⁷. Se infatti la pratica commerciale è definita come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, po-

²⁰ Infatti, pur se il considerando n.1 del GDPR afferma che «La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale», il considerando n. 4 dispone che «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemplato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità» osservando altresì «le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica».

²¹ Cfr. Considerando n. 3 del GDPR.

²² Basti considerare che il GDPR viene denominato come Regolamento «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)».

²³ Se, infatti, il considerando n. 13 afferma la necessità di «assicurare un livello coerente di protezione delle persone fisiche in tutta l'Unione e prevenire disparità che possono ostacolare la libera circolazione dei dati personali nel mercato interno», tanto sembra in linea con quanto previsto dall'art. 26 TFUE. Sul ruolo delle libertà fondamentali dell'Unione Europea rispetto alla creazione e alla tenuta del mercato interno, tenendo conto anche dei fattori di criticità, cfr. in part. K.J.M. MORTELMANS, *The functioning of the internal market: the freedoms*, in P.J. KUIJPER-F. AMTENBRINK-D. CURTIN-B. DE WITTE-A. McDONNELL-S. VAN DEN BOGAERT (ed. by), *The Law of the European Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 469 ss.

²⁴ Si tratta di un'aspirazione che si evince chiaramente al punto 3 del documento COM (2020)66 final *Una strategia europea per i dati*. Rispetto alla configurabilità di un mercato dei dati personali si v. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Esi, Napoli, 2020, p. 15 ss.

²⁵ Oltre ai riferimenti citati *supra* alla nota 10, cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in AA.VV., *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 127.

²⁶ Sul punto cfr., per tutti, M. MIDIRI, *Privacy e antitrust*, cit., p. 216.

²⁷ Non costituisce una opzione, infatti, la de-patrimonializzazione dei dati, anche valorizzandola natura fondamentale del diritto su essi, come rilevato in G. ALPA-G. RESTA, *op. cit.*, p. 566.

sta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori» (art. 18, lett. d) cod. cons.), allora la fornitura del servizio di per sé gratuito da parte di Facebook, ma dietro il conferimento di un diritto di sfruttamento del dato (che non coincide con l'intero diritto fondamentale al dato personale) per fini commerciali si configura a tutti gli effetti come una pratica commerciale scorretta²⁸.

Sulla scorta di quanto sinora rilevato, la ricostruzione dei giudici di Palazzo Spada appare dunque condivisibile nella misura in cui non assimila i dati a "merci": essa pare inoltre propiziare una maggiore considerazione della natura complessa delle situazioni giuridiche che insistono sui dati personali.

3. Il problema del contrasto fra disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e normative settoriali

La riflessione sulla patrimonializzazione del dato costituisce, invero, uno snodo argomentativo che si salda alla valutazione relativa alla possibile sovrapposizione tra norme a tutela del consumatore e norme in tema di protezione dei dati (con evidenti ricadute anche sull'intreccio fra le competenze dell'AGCM e del Garante Privacy). Tale questione è riconducibile al tema più generale del coordinamento fra norme in materia di tutela del consumatore e norme settoriali e, a cascata, al rapporto tra le competenze dell'AGCM e delle Autorità settoriali: al fine di un più agevole inquadramento di tale questione è opportuno ripercorrere brevemente gli sviluppi del dibattito che l'hanno riguardata.

Il tema della sovrapposizione fra la normativa in tema di pratiche commerciali scorrette e le altre normative settoriali è stato ampiamente dibattuto negli ultimi decenni, dando luogo ad una serie di conflitti giurisprudenziali e interventi normativi in cui si sono inserite anche le istituzioni eurounitarie. Le ragioni dell'importanza della soluzione al problema del raccordo fra le diverse normative sono molteplici: in primo luogo, un assetto coordinato delle normative fa sì che gli interventi delle diverse Autorità indipendenti possa avvenire senza sovrapposizioni o duplicazioni procedurali, nell'interesse delle Autorità medesime (e, in senso più lato, del buon andamento della pubblica amministrazione), ma anche degli operatori privati, che potrebbero così avere come riferimento un quadro regolativo che fornisca loro una ragionevole certezza; in secondo luogo, è necessario evitare che un operatore possa essere punito due volte con riferimento allo stesso fatto²⁹.

²⁸ Infatti, la condotta di Facebook, così come descritta, incide sulla autodeterminazione del consumatore, minandola, come richiesto dall'interpretazione corrente dell'art. 20 cod. cons. (per tutti, L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, cfr. p. 2678 ss.). Cfr. inoltre Commissione, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali del 25 maggio 2016*, spec. p. 28, ove la Commissione europea afferma che «i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto», con la conseguenza che il loro utilizzo per fini commerciali, senza che ciò sia adeguatamente comunicato, può costituire una ingannevole omissione di informazioni rilevanti (in tema si v. pure S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Media Laws*, 3, 2019, p. 134).

²⁹ Rispetto a tali problematiche date dalla sovrapposizione fra competenze, cfr., nella letteratura, G.M. BARSÌ, *Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei setto-*

Sulla scorta di tali esigenze, si è reso necessario interpretare il quadro normativo di riferimento per evincere un criterio in grado di determinare tanto le norme applicabili, quanto l'Autorità competente con riguardo a ciascuna fattispecie, ma, prima ancora, per comprendere quando sussista un effettivo contrasto fra differenti discipline. In questa prospettiva, il nodo del dibattito è stato rappresentato, essenzialmente, dall'interpretazione dell'art. 19, comma 3, del codice del consumo, che recepisce nell'ordinamento italiano l'art. 3, comma 4 (anche alla luce del considerando n. 10) della direttiva 2005/29/CE. Il menzionato art. 19, comma 3, deputato a delimitare l'ambito di applicazione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, dispone che «*[i]n caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*». La disposizione, non molto perspicua, presuppone la definizione di cosa si intenda per "contrasto". Rispetto a tale lemma controverso si sono poste diverse interpretazioni.

Secondo una prima tesi, sostenuta dal TAR Lazio, il contrasto va inteso in senso stretto, sussistendo unicamente quando la disciplina settoriale regola aspetti del tutto peculiari delle pratiche commerciali scorrette, senza escludere che le norme relative a queste ultime rimangano generalmente applicabili: in altri termini, se le norme settoriali non si pongono in un rapporto di antinomia con quelle generali, resta fermo un rapporto di complementarietà tra le due tipologie di norme³⁰.

A tale tesi se ne è opposta un'altra, sostenuta dal Consiglio di Stato³¹, se-

ri regolati approda in Corte di Giustizia. Commento a Consiglio di Stato, sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167, in questa Rivista, 1, 2017, p. 156; R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in *Giustamm.it*, 3, 2013, p. 2; F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in *giustamm.it*, 2015, p. 2, il quale evoca anche il diritto ad una buona amministrazione; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nel diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 69 ss.; L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2012, pp. 954-955. In giurisprudenza, cfr., in part., Cons. Stato, ad. plen., 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 15 e 16.

³⁰ Rispetto a tale orientamento, cfr., TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 gennaio 2010, n. 306; Id., 21 gennaio 2010, n. 647; Id., 27 gennaio 2010, n. 19892; Id., 19 maggio 2010, n. 12364, nonché, più recentemente, Id., 10 gennaio 2020, n. 260 e Id., 27 marzo 2014, n. 3398, con nota di D. MARESCA-L. CEFFALO, *Il riparto di competenze in materia ferroviaria tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità di Regolazione dei Trasporti alla luce della sentenza Arenaways del T.A.R. Lazio*, in questa Rivista, 2, 2014, p. 260 ss. In dottrina, rispetto alla logica della complementarietà, cfr. G. DELLA CANANEA, *Complementarietà e competizione per le autorità indipendenti*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2010, spec. p. 315 ss.; B. RABAI, *op. cit.*, p. 104 ss.; G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, in *P.A. Pers. e amm.*, 1, 2020, p. 131 ss.

³¹ Si segnala che tale ricostruzione si ricollega, originariamente, a Consiglio di Stato, parere della sez. I, n. 3999/2008. Sulla portata di tale parere, che ha sollevato non poche critiche in dottrina, cfr. L. ARNAUDO, *Concorrenza tra autorità indipendenti. Noterelle bizzarre intorno a un parere del Consiglio di Stato*, in *Giur. comm.*, 6, 2010, p. 926 ss., ove si mettono in luce gli effetti positivi di una soluzione non monistica (come quella del parere), bensì basata sulla concorrenza tra Autorità; M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 5, 2010, p. 698 ss., il quale mette in luce che la ricostruzione del Consiglio di Stato, fondata sulla teoria degli ordinamenti giuridici speciali, si pone in contrasto con la visione unitaria del mercato europeo; A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, *ivi*, 2, 2011, p. 218, secondo cui la soluzione del parere andrebbe applicata ai soli casi di contrasto e non alla generalità dei rapporti tra normative

condo cui il contrasto sussiste non solo quando vi è una vera e propria antinomia normativa, ma anche qualora il rapporto tra due norme si ponga in termini di (anche parziale) sovrapposizione³², nei casi in cui vi sia una «*difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione*»³³.

Tale seconda tesi è stata applicata, inizialmente, nel rapporto tra settori di discipline, imponendo così un raffronto non tra singole fattispecie, ma tra la normativa in tema di pratiche commerciali scorrette e la singola normativa di settore, prese entrambe nella loro interezza³⁴. Successivamente, anche tenendo conto che tale orientamento limitava fortemente l'ambito applicativo della normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette³⁵, esso è stato sottoposto a parziale revisione³⁶, senza però che ne conseguisse una

differenti; V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel "macro-settore creditizio e assicurazioni"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, p. 334 ss.; ID., *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel settore del credito*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, p. 401 ss.; B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in questa *Rivista*, 1, 2016, pp. 100-103, che aderisce alle menzionate critiche di Clarich e Meli.

³² Sul punto cfr. F. BERNARDI, *Il diritto «generale» delle pratiche commerciali scorrette e le discipline «settoriali»*, in *Pers. e merc.*, 2, 2019, pp. 31-32; F. CINTIOLI, *op. cit.*, pp. 7-8; R. GAROFOLI, *op. cit.*, par. 2.2.

³³ Punto 5 adunanza plenaria 11 maggio 2012, n. 11. Sulla portata del giudizio, si vedano Cfr. R. CAPONIGRO, *op. cit.*; F. DELL'AVERSANA, *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *Forumcostituzionale.it*, 2012; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 7, 2013, p. 1 ss.; R. GAROFOLI, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, p. 233 ss.; B. RABAI, *op. cit.*, p. 106 ss.; L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 953 ss. Applicando dunque il criterio di specialità inteso secondo la cd. teoria monista (dunque senza consentire che possano darsi rapporti di specialità reciproca), si è deciso che dovesse trovare applicazione la disciplina sulle comunicazioni elettroniche come disciplina "speciale" rispetto a quella relativa alle pratiche commerciali scorrette. Quanto alla teoria monista, la prevalente giurisprudenza della Cassazione, seguendo tale teoria, ritiene che il criterio di specialità sia l'unico che deve essere utilizzato per stabilire quando vi sia un concorso apparente di norme (Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2017, n. 20664).

³⁴ Infatti, come rilevato dallo stesso Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699) il riferimento alla specialità fra norme è stato solo declamatorio: «[d]all'analisi della motivazione della sentenza riportata risulta come la Plenaria del 2012 abbia applicato il criterio di specialità non mediante un confronto tra le singole fattispecie astratte regolate dalle norme (apparentemente) concorrenti, ma mediante un confronto tra il settore generale delle pratiche commerciali scorrette e quello speciale delle comunicazioni elettroniche».

³⁵ Di fatto, il criterio della specialità "per settori" si risolveva fisiologicamente nell'applicazione della sola normativa speciale. Si tratta di una preoccupazione manifestata dalla Commissione in sede di apertura della procedura di infrazione n. 2169/2013 (cfr. Commissione, Lettera di messa in mora, 18 ottobre 2013, n. 16683, disponibile all'indirizzo: <http://www2.difesadelcittadino.it/wp-content/uploads/COMMISSIONE-EUROPEA.pdf>). Il legislatore italiano si era nel frattempo allineato all'Adunanza plenaria del 2012, riconoscendo all'AGCM, con l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette, «*escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra Autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati*». Dopo l'apertura della procedura di infrazione, il legislatore italiano è intervenuto nuovamente abrogando l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 e riconoscendo all'AGCM la possibilità di intervenire anche nei settori "speciali" per sanzionare le pratiche commerciali scorrette, mantenendo ferme le competenze dell'Autorità di settore a regolare le medesime fattispecie. Successivamente, è stata anche riconosciuta la possibilità di ricorrere a protocolli di intesa per disciplinare la collaborazione fra le diverse autorità e il dovere di richiedere un parere all'Autorità di settore (cfr. l'art. 27, comma 1-bis, codice del consumo, introdotto con l'art. 1, comma 6, lett. a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21).

³⁶ Cons. Stato, ad. plen., 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4, con note di M.S. BONOMI, *Tutela del*

revisione della nozione di contrasto, che risultava essere ancora comprensiva delle ipotesi di mera sovrapposizione fra norme³⁷.

L'opposizione tra queste due reverse ricostruzioni è stata, infine, superata dalla Corte di Giustizia³⁸. La Corte di Lussemburgo, in linea con quanto rilevato precedentemente dalla Commissione³⁹, ha decretato che il lemma di «contrasto» va inteso come «*un rapporto tra le disposizioni cui si riferisce che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle*»⁴⁰. Pertanto, il contrasto sussiste solo quando disposizioni al di fuori della direttiva 2005/29/CE, disciplinano «*aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali*», imponendo «*ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili*» con quelli stabiliti dalla menzionata direttiva. Dunque, diviene chiaro che il contrasto sussiste solo quando vi sia una in-

consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2016, p. 793 ss.; A.M. ROVATI, *La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le Autorità di regolazione?*, in questa *Rivista*, 2, 2016, pp. 141-159. Sulla portata di tale giudizio, cfr. pure A. BOSCO, *op. cit.*, pp. 79-81; B. RABAI, *op. cit.*, p. 109 ss.

³⁷ Infatti, i giudici di Palazzo Spada si sono posti sostanzialmente in linea con l'Adunanza del 2012 quanto alla nozione di contrasto, preferendo però dar spazio ad un altro criterio di matrice penalistica per la soluzione di esso, e ciò quello di assorbimento o consunzione. Sulla scorta delle riflessioni legate alla cd. teoria pluralistica (secondo cui non è plausibile ricorrere al solo criterio di specialità per dirimere i concorsi apparenti di norme) si ricorre dunque ad un criterio che non opera tra settori di disciplina o, comunque, fra fattispecie astratte, bensì tra fattispecie concrete, risolvendo il contrasto in favore dell'illecito più grave e dotato di maggiore disvalore. In sostanza, applicando il criterio di assorbimento, la condotta consistente nella violazione di una disciplina "speciale" costituisce il presupposto per una "progressione" nell'illecito, che sfocia in una condotta più grave, rappresentata dalla perpetrazione di una pratica commerciale scorretta: di conseguenza, trova applicazione la disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette e non quella in tema di comunicazioni elettroniche, approdando dunque ad un risultato diametralmente opposto rispetto a quello raggiunto nel 2012. In prospettiva critica rispetto a tale pronuncia, cfr. B. RABAI, *op. cit.*, p. 112 ss.: secondo l'Autrice, in primo luogo, è almeno dubbio che la soluzione adottata in un caso di pratiche commerciali aggressive (connotate cioè ontologicamente da un maggiore disvalore) possa applicarsi anche in caso di pratiche commerciali scorrette; in secondo luogo, non è chiaro se la regola della consunzione si presti ad essere una regola generale o da impiegare caso per caso.

³⁸ Corte Giust., sez. II, sentenza 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, con note di B. ACCONCIAIOCO, *Carte SIM contenenti servizi a pagamento preimpostati e pratiche commerciali aggressive. La tutela dei consumatori può prevalere sulle regole del mercato?*, in *Giustiziavivile.com*, 2019, 4, p. 7; F. BARTOLINI, *Inertia Selling Within Electronic Communications Services. The Role of National Regulatory Authorities in Light of the Speciality Principle*, in *The Italian Law Journal*, 2019, 2, pp. 693-709; A. CORRERA, *La CGUE sulla tutela del consumatore nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *DPCE online*, 4, 2018, pp. 1177-1184; V. MOSCA, *Verso un equilibrio nel riparto di competenze per la tutela del consumatore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2019, pp. 195-206; A. PISTILLI, *Pratiche commerciali aggressive e servizi di telecomunicazione*, in *Dir. ind.*, 2019, 3, pp. 235-240; I. SPEZIALE, *Le discipline sulle pratiche commerciali scorrette al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 12, 2019, pp. 2595-2604.

³⁹ Si fa riferimento ai rilievi svolti in sede di apertura della procedura di infrazione n. 2169/2013 (menzionata *supra* alla nota 35) nei confronti dell'Italia, ove si lamentava una sostanziale violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Ciò che più interessa è che, secondo la Commissione, il «contrasto» non va inteso anche come mera sovrapposizione, bensì come opposizione o incompatibilità fra norme. Cfr. Commissione, *Lettera di messa in mora*, 18 ottobre 2013, n. 16683, disponibile all'indirizzo: <http://www2.difesadelcittadino.it/wp-content/uploads/COMMISSIONE-EUROPEA.pdf>.

⁴⁰ Corte Giust., sez. II, sentenza 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, punto 60.

compatibilità⁴¹ e non già una mera sovrapposizione fra discipline⁴².

In tale misura, la Corte di Giustizia ha dato un'indicazione di massima – del resto in linea con l'idea di salvaguardare l'autonomia procedurale degli Stati membri⁴³ – rispetto al rapporto tra normativa in tema di pratiche commerciali scorrette e normativa settoriale, da cui si ricava che, in caso di contrasto, si applica il criterio di incompatibilità, mentre, nel caso di mera sovrapposizione, le due discipline convivono.

3.1. L'applicazione delle regole relative alla soluzione del contrasto nel caso in esame

Alla luce di tali considerazioni si può ora meglio comprendere il significato del giudizio in commento. Già il giudice di prime cure aveva rilevato come una sovrapposizione fra i diversi apparati normativi fosse da escludere. In particolare, il TAR si era richiamato all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, secondo cui la disciplina a protezione del consumatore non trova applicazione, in caso di contrasto con una disciplina di settore, solo qualora quest'ultima preveda in capo ai professionisti obblighi incompatibili con quelli disposti dalla prima. Secondo il TAR, un simile rapporto di incompatibilità non sussisteva in forza del rapporto di complementarietà fra la disciplina di protezione del consumatore e di tutela dei dati personali. In questo senso, il TAR Lazio pare recuperare l'orientamento cui si è fatto cenno *supra*, relativamente alla natura complementare del rapporto tra disciplina a tutela del consumatore e regolazioni settoriali.

Il Consiglio di Stato, invero, affronta in modo molto più sintetico la questione. Nella sentenza in commento, infatti, il collegio si limita a rilevare che la sovrapposizione fra diritto consumeristico e disciplina dei dati personali è esclusa dal fatto che le due discipline sono connotate da specialità; oltre a ciò, il collegio osserva che sarebbe impossibile riconoscere alle regole sulla tutela dei dati personali una assoluta specialità – tale da escludere, cioè, l'applicabilità della normativa in tema di pratiche commerciali scorrette –, considerato che pressoché ogni attività umana (o automatizzata) prevede il trattamento di dati personali. Dunque, il Consiglio di Stato non fa alcuna menzione della tesi della complementarietà.

Tuttavia – e benché non espressamente –, l'esito del ragionamento del Consiglio di Stato parrebbe allineato alla prospettiva della complementarietà fatta propria dal Tar Lazio. Il giudice d'appello, infatti, all'esito del proprio ragionamento afferma che «*la disciplina della tutela della privacy e il codice del consumo presentano ambiti operativi differenti e non contrastanti*»⁴⁴, che non

⁴¹ Lo spostamento verso il criterio di incompatibilità è notevole: come rilevato successivamente dallo stesso Consiglio di Stato, «*[i]l primo criterio presuppone che le due discipline presentino aspetti comuni e aspetti differenti. Il secondo criterio presuppone che tra le due discipline sussista una complessiva divergenza di contenuti che non ne consenta neanche l'astratta coesistenza*» (Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, punto 11.3, con nota di B. RABAI, *Ancora sul riparto di competenze tra Autorità Antitrust e Autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette*, in questa Rivista, 2, 2019, pp. 366-378).

⁴² Sul punto cfr. in part. V. MOSCA, *op. cit.*, pp. 203-204; I. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 2603.

⁴³ In relazione al fatto che la normativa in tema di pratiche commerciali scorrette sia ispirata a tale principio cfr., per tutti, G. ROMAGNOLI, *L'espansione della competenza sanzionatoria di Agcm. Note sulla – dubbia – separazione delle prerogative di regolazione e sulla pretesa (sostanziale) marginalizzazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in *Giustamm.it*, 4, 2016, par. 4.

⁴⁴ Punto 9 della sentenza in commento.

si sovrappongono nemmeno sul piano sanzionatorio e che anzi concorrono a tratteggiare un unitario sistema multilivello di tutela. In assenza di un contrasto, in effetti, non assume rilievo il criterio di incompatibilità da ultimo indicato dalla Corte di Giustizia, per dare contenuto all'art. 19, comma 3, cod. cons. Se così è, pare allora di doversi concludere che le due discipline, di protezione del consumatore e di tutela dei dati personali, possano essere intese come complementari, nel senso che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette va ad aggiungersi a quella di protezione dei dati personali senza con ciò determinare alcun contrasto.

3.2. Le ricadute della complementarità nella prospettiva del coordinamento

La prospettazione relativa alla generale complementarità tra l'azione di diverse Autorità – che, come visto, appare ricavabile dal giudizio in esame – merita maggiore approfondimento.

È opportuno evidenziare, in prima battuta, che essa trova supporto in più argomenti.

Anzitutto, la moltiplicazione dei sistemi di controllo e degli interessi tutelati, affidati a plurime Autorità indipendenti, non comporta solo la diffusione di una pluralità di regole e procedimenti⁴⁵, ma anche la necessità di creare un quadro concorde nel segno della complementarità: è proprio il particolare assetto degli interessi ove interagiscono diverse Autorità a portare verso tale soluzione⁴⁶. Né può spostare una simile considerazione la ripresa dello schema degli ordinamenti sezionali – che potrebbe giustificare la definizione di assetti di competenza e di disciplina di stampo autonomo –, giacché la normativa europea, pur se settoriale, muove nella prospettiva del mercato unico, eliminando o almeno attenuando i diversi fattori che possono portare ad una sua frammentazione⁴⁷.

Infine, ciò emerge nella particolare disciplina del diritto alle pratiche commerciali scorrette: come rimarcato anche dall'avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona lo scopo della direttiva 2005/29/CE fa sì che essa rappresenti il «nucleo di un sistema generale di protezione nel quale, alle proprie disposizioni, si integrano quelle già esistenti in taluni settori disciplinati dall'Unione»⁴⁸.

⁴⁵ Con riferimento alla frammentazione e diffusione dei poteri come fattore di moltiplicazione delle autorità indipendenti cfr. C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 69 ss., p. 80; A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Passigli Editori, Firenze-Antella, 1997, p. 87 ss. Sulle conflittualità che scaturiscano dai rapporti orizzontali tra autorità indipendenti e sulle sue cause, cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 76 ss. Con riguardo alla proliferazione degli interessi pubblici tutelati e alla loro cura da parte delle autorità indipendenti, cfr. F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, *Dir. proc. amm.*, 2, 2001, p. 442 ss.; G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle Authorities*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli Editori, Nantella-Firenze, 1997, p. 246 ss.; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *op. cit.*, p. 55 ss.

⁴⁶ Cfr. G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, p. 314 ss., spec. p. 318.

⁴⁷ M. CLARICH, *Le competenze*, cit., pp. 698-699.

⁴⁸ Conclusioni dell'avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona presentate il 31 maggio 2018 nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17, p.to 94. Peraltro, anche al di là della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, il diritto eurounitario ha sempre incentivato anche altre forme di cooperazione, ad esempio, tra Autorità di tutela della concorrenza e Autorità settoriali, ma an-

Se, dunque, lo schema della complementarietà permette di inquadrare in modo diverso il rapporto tra diverse normative e Autorità, esso non assicura di per sé che non possano darsi sovrapposizioni (o veri e propri “contrast”) ⁴⁹. Si pensi, ad esempio, al fatto che la violazione di obblighi informativi – che siano relativi al trattamento dei dati, alle scelte commerciali, ecc. –, pur avendo una portata differente nelle varie discipline, può richiedere una valutazione almeno in parte simile da parte delle diverse Autorità competenti. Inoltre, si consideri che la violazione di una norma di una delle discipline può costituire per certi versi un presupposto per la sanzione di un illecito ai sensi dell'altra disciplina: in particolare, la violazione di regole relative al trattamento dei dati può rappresentare spesso ⁵⁰ la condizione per integrare una fattispecie di pratica commerciale scorretta riguardante l'utilizzo dei suddetti dati ⁵¹.

Pur entro la cornice data dalla complementarietà, pertanto, si pone il problema di disciplinare forme di coordinamento che attuino un regime di leale collaborazione fra le diverse Autorità, nella prospettiva di evitare duplicazioni procedimentali ⁵². A titolo esemplificativo, si può fare riferimento all'utilità di una condivisione di informazioni, documenti e anche valutazioni: una simile condivisione può senz'altro agevolare sia in termini di celerità che di costi le fasi istruttorie delle diverse Autorità coinvolte.

Per di più, nel caso di specie, l'esigenza di individuare opportune forme di coordinamento appare urgente per almeno due ordini di considerazioni.

che nell'ambito di organizzazioni di regolatori nazionali con al vertice la Commissione: sul punto cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 180. Con riferimento alla cooperazione all'interno del settore della concorrenza, rispetto alla direttiva 1/2019, cfr. F. GHEZZI-B. MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della Concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2017, spec. pp. 1058-1060; E. LATORRE, *La Direttiva n. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina "antitrust" dell'Unione europea*, in *Eurojus.it*, 2019, 3, spec. pp. 252-253; A.M. ROMITO, *La direttiva (UE) 1/2019: l'evoluzione del "public enforcement" del diritto europeo della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2020, pp. 341-358.

⁴⁹ Da un diverso angolo visuale, quello della teoria della complessità, può rilevarsi come la sovrapposizione tra plessi normativi evochi il problema dei vincoli contrastanti, dato dai *trade-off* che si generano tra diversi apparati normativi. In tema, sia consentito rinviare a S. FRANCA, *La semplificazione delle modalità di trattamento dei dati personali da parte della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 649 e alla letteratura ivi citata.

⁵⁰ Va però tenuto presente che la violazione della protezione dei dati potrebbe non apparire al consumatore come un *vulnus* alla propria posizione, se si accoglie il cd. *privacy paradox*: secondo tale paradosso, la maggiore analiticità nello studio dei dati dei consumatori porterebbe ad una più agevole individuazione delle esigenze del consumatore. In tal guisa, il consumatore avrebbe un risparmio di tempo, dato dal fatto che gli operatori del mercato che analizzano i suoi dati riuscirebbero a proporre un bene o un servizio che corrisponde ai *desiderata* del consumatore. Sulla portata del paradosso cfr., fra i molti, S. BARTH-M.D.T. DEJONG, *The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behaviour – A systematic literature review*, in *Telematics and Informatics*, 34, 7, 2017, p. 1038 ss.; M. MIDIRI, *Privacy e antitrust*, cit., p. 213 ss.; ID., *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Dir. inf.*, 2, 2021, p. 112 ss.

⁵¹ Cfr. in tema *infra*, con riferimento all'ordinamento tedesco, *sub* par. 4. Una simile indicazione si ricava anche nel giudizio in commento, per quanto riguarda la condotta b), relativa alla supposta pratica aggressiva posta in essere da Facebook rispetto alla pre-attivazione della piattaforma. L'indagine relativa al condizionamento dell'utente sul piano commerciale presuppone una previa analisi delle modalità di trattamento dei propri dati (cfr. l'argomentazione del Consiglio di Stato ai punti 15-16 della sentenza in commento).

⁵² In questa prospettiva, cfr. F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 10. Sulla necessità di strutturare il coordinamento fra autorità in senso paritario, cfr. M. CLARICH, *Le autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 41.

In primo luogo, le sovrapposizioni tra disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette e disciplina di protezione dei dati personali paiono fisiologicamente più frequenti di quelle che avvengono tra la prima e altre discipline settoriali. Infatti, entrambe le normative – sulle pratiche commerciali scorrette e sulla tutela dei dati personali –, benché definite come “speciali” dal Consiglio di Stato, hanno un ambito applicativo piuttosto ampio (in ragione dell’ampiezza delle nozioni di “pratiche commerciali scorrette” e di “trattamento dei dati personali”), che peraltro si riflette anche sulla natura trasversale dell’AGCM e del Garante Privacy, in quanto Autorità contraddistinte non dalla competenza per singoli settori di regolazione, bensì dall’essere teleologicamente orientate alla salvaguardia di interessi generali⁵³, nella specie l’interesse del consumatore e dell’interessato dal trattamento di dati personali.

In secondo luogo, lo sviluppo progressivo del mercato unico digitale assume sempre maggiore rilievo tanto sul piano economico, che sul piano giuridico, rappresentando un’estensione del mercato unico che produce un forte valore aggiunto per cittadini e imprese⁵⁴, ma che rende necessario, per il suo sviluppo, stabilire un adeguato contemperamento tra le libertà economiche e la salvaguardia dei diritti fondamentali⁵⁵.

Ciò impone dunque di riflettere sull’elaborazione di strumenti che possano assicurare il coordinamento. Nell’economia del presente testo non è possibile esitare troppo su questo punto, ma giova ricordare che, anche sotto la spinta del legislatore italiano⁵⁶, siffatti strumenti sono stati rinvenuti in atti di tipo consensuale, ossia i protocolli di intesa, stipulati fra le diverse Autorità competenti. Benché i protocolli di intesa non siano strumenti di per sé esenti da critiche e sia invece auspicabile il ricorso anche ad altri strumenti (in particolare, si auspica nella letteratura un intervento del legislatore)⁵⁷, è chiaro che essi po-

⁵³ Sull’individuazione di tali autorità come trasversali o a competenza generale, cfr. M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti. Report annuale – 2013 – Italia*, in *Iuspublicum.it*, 4, 2012, p. 11; E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *An. giur. ec.*, 1, 2020, p. 53; P. FUSARO, *op. cit.*, p. 3; R. GAROFOLI, *op. cit.*, par. 1; R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto, Roma, 2020, p. 324 ss. In tale definizione, secondo gli Autori citati, rientrano sia l’AGCM che il Garante Privacy. Con specifico riferimento alla competenza generale dell’AGCM si vedano A. POLICE, *op. cit.*, spec. p. 71; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, spec. p. 509.

⁵⁴ Cfr. G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus.it*, fasc. speciale, 2020, p. 13. Si tratta di indicazioni che si ricavano facilmente dagli atti di *soft law*, fra cui COM (2010) 245 def., 19 maggio 2010, *Un’agenda digitale europea*; COM (2015) 192 final, 6 maggio 2015, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*; SWD (2015) 100 final, *A Digital Single Market Strategy for Europe: Analysis and evidence*, 6 maggio 2015; COM (2015) 550 final, 28 ottobre 2015, *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese*. Rispetto alle proposte su servizi e mercati digitali cfr., per tutti, M. MIDIRI, *Le piattaforme*, cit., p. 115 ss.

⁵⁵ A. SAIJA, *Protezione dei dati personali, tutela del consumatore e concorrenza: un rapporto in evoluzione*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *op. cit.*, p. 103. Si noti che la medesima esigenza si registra anche rispetto all’interazione tra disciplina *antitrust* e disciplina dei dati personali come emerge in M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in questa *Rivista*, 2, 2020, p. 228.

⁵⁶ Ci si riferisce all’art. 27, comma 1-bis, del codice del consumo, introdotto con l’art. 1, comma 6, lett. a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, menzionato *supra* alla nota 35.

⁵⁷ Per una panoramica relativa ad altre opzioni *de jure condito* e *de jure condendo*, cfr. M. CLARICH, *Le competenze*, cit., spec. pp. 703-705, il quale pone anche in luce come i protocolli di intesa scontentino due problemi: i) la necessità di un consenso tra autorità nell’autolimitarsi; ii) la possibilità che l’autolimita di ciascuna autorità possa essere revocato.

trebbero tracciare forme di coordinamento di vario tipo. Tali forme di coordinamento consensuale, compatibili con la natura discrezionale dei poteri (anche sanzionatori) esercitati dalle Autorità indipendenti⁵⁸, hanno infatti il vantaggio di porre un quadro di riferimento per il reciproco autolimitare delle Autorità, dando maggiore certezza agli operatori del mercato, precludendo (o almeno riducendo) altresì la possibilità che si dia luogo a duplicazioni procedurali o che si violi il *ne bis in idem* sanzionatorio⁵⁹. Scorrendo i diversi protocolli sottoscritti da AGCM si possono ricavare diverse tipologie e strumenti di coordinamento: la costituzione di gruppi di lavoro permanenti, in particolare in sede pre-istruttoria rispetto alle condotte degli operatori emerse nelle diverse attività di vigilanza; lo scambio di documenti, dati e informazioni sui procedimenti avviati, tramite modalità condivise; l'individuazione comune di fattispecie che richiedono specifica attenzione⁶⁰.

In questa prospettiva, appare particolarmente problematica la persistente assenza di un protocollo d'intesa tra il Garante Privacy e (almeno) l'AGCM che vada a disciplinare i casi in cui si intrecciano le due differenti discipline. Si segnala, però, un recente sviluppo, con riferimento al tema dei *big data*: l'AGCM, l'AGCOM e il Garante Privacy hanno, infatti, svolto delle indagini conoscitive in forma congiunta, relativamente a tale tema⁶¹. All'esito di tali indagini, le Autorità hanno avanzato la proposta di instaurare un "coordinamento permanente" che riguardi le rispettive attività di *enforcement* e di *advocacy*⁶². Da tale angolo visuale, il contesto appare, dunque, maturo per superare, secondo un approccio autenticamente trasversale a più settori⁶³, la carenza di coordinamento sinora stigmatizzata.

4. Osservazioni conclusive

Le riflessioni sinora svolte portano a sviluppare alcune considerazioni a margine della sentenza in commento del Consiglio di Stato.

Al di là delle specifiche questioni esaminate, infatti, nel corso della trattazione pare emergere un dato trasversale, ovvero la necessità di una maggiore considerazione della disciplina relativa ai dati personali nella corrente economia di mercato che coinvolge anche i dati medesimi. Tale spunto è emerso, in primo luogo, rispetto al contesto negoziale, ove una visione della protezione dei dati personali come diritto fondamentale indisponibile, rischia di porre in ombra le componenti autenticamente patrimoniali di tale posizione giuridica

⁵⁸ Su tale compatibilità, cfr. G. ROMAGNOLI, *Concorrenza*, cit., p. 138. Per una riflessione più ampia sulla natura e tipologia della discrezionalità propria dell'azione delle autorità indipendenti, si v., per tutti, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 67 ss.

⁵⁹ G. ROMAGNOLI, *Concorrenza*, cit., p. 138 ss.; F. CINTIOLI, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁶⁰ Cfr., in particolare, l'art. 1 del Protocollo d'intesa AGCM – AGCOM, 23 dicembre 2016; gli artt. 1 e 3 del Protocollo d'intesa AGCM – ANAC, 11 dicembre 2014; l'art. 1 del Protocollo d'intesa AGCM – AEEGSI, 23 ottobre 2014; l'art. 2 del Protocollo d'intesa AGCM – Banca d'Italia, 14 ottobre 2014.

⁶¹ AGCM, AGCOM e Garante Privacy, *Indagine conoscitiva sui Big data* del 10 febbraio 2020, disponibile al sito www.agcm.it.

⁶² AGCM, AGCOM e Garante Privacy, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 120 ss.

⁶³ Cfr. in tema E. FAZIO, *op. cit.*, p. 653 ss.

soggettiva: senza giungere alla problematica assimilazione dei dati a beni privati, è tuttavia necessario assicurare una considerazione della patrimonialità del dato più aderente agli assetti di mercato contemporanei. In secondo luogo, tanto affiora anche con riferimento all'interazione tra normativa sui dati personali e sulle pratiche commerciali scorrette, ove la logica della complementarità non offre ancora sufficienti spunti per realizzare un autentico coordinamento tra i diversi plessi normativi.

Il problema che sorge ha significative ripercussioni sul piano pratico, giacché si è di fronte ad un quadro normativo poco chiaro in ordine alla disponibilità del diritto alla protezione dei dati personali e alla sanzionabilità di comportamenti relativi all'utilizzo dei dati medesimi, creando un'incertezza che va a detrimento di tutti i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati: gli interessati dal trattamento dei dati, che scontano una tutela incerta delle proprie posizioni; gli operatori del mercato che non possono contare su una certezza sufficiente del quadro di riferimento; e, infine, le Autorità di regolazione e vigilanza, che si scontrano con possibili sovrapposizioni e duplicazioni procedurali che minano il buon andamento della propria azione.

Allo stato è perciò evidente l'urgenza di assicurare il giusto rilievo del dato personale come *asset* patrimoniale, in particolare garantendo un coordinamento fra la disciplina dei dati personali e le altre discipline, settoriali o meno.

Giova peraltro osservare come il problema non si ponga unicamente nel rapporto fra le due discipline di protezione dei consumatori e di tutela dei dati. A tale riguardo, può essere utile svolgere alcune brevi riflessioni in prospettiva comparata con l'ordinamento tedesco.

In tale ordinamento, infatti, si è recentemente registrato un caso di sanzione da parte dell'Autorità *antitrust* tedesca della società Facebook per abuso di posizione dominante (*Bundeskartellamt*)⁶⁴. Il caso ha avuto notevole risonanza nel panorama giuridico⁶⁵ e presenta tratti di somiglianza con la fattispecie oggetto del presente commento⁶⁶.

Il *Bundeskartellamt* ha irrogato una sanzione a Facebook per violazione del divieto di abuso di posizione dominante ai sensi del § 19, comma 2, n. 2 della

⁶⁴ Si tratta della procedura instaurata dal *Bundeskartellamt* il 02 marzo 2016 e decisa il 06 febbraio 2019, con decisione n. B6-22/16.

⁶⁵ Fra i numerosi commenti, si vedano J. BARTH, *Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch. Der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt*, Nomos, Baden-Baden, 2020; G. COLANGELO-M. MAGGIOLINO, *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S.*, in *TTLF Working Papers*, 31, 2018; A. DAVOLA-R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 340 ss.; S. LOUVEN, *Kartellrecht als Hebel für die Durchsetzung des Datenschutzrechts? Eine kritische Besprechung der Entscheidung des BKartA gegenüber dem Unternehmen Facebook vom 9.2.2019*, in *Computer und Recht*, 6, 2019, pp. 352-358; M. MERIANI, *Digital platforms and the spectrum of data protection in competition law analyses*, in *European competition law review*, 2, 2017, pp. 89-95; M. MIDIRI, *Privacy e antitrust*, cit., p. 220 ss.; ID., *Le piattaforme*, cit., p. 122 ss.; J. MOHR, *Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts v. 6.2.2019*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2019, pp. 265-273; R. PARDOLESI-R. VAN DEN BERGH-F. WEBER, *Facebook e i peccati da Konditionenmissbrauch*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2020, p. 507 ss.; R. PODSZUN-M. DE TOMA, *Die Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, 41, pp. 2977-3056; G. SCHNEIDER, *Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's investigation against Facebook*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 4, 2018, pp. 213-225; M.N. VOLMAR-K.O. HELMDACH, *Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation*, in *European Competition Journal*, 2-3, 2018, pp. 195-215.

⁶⁶ Oltre a quanto si dirà *infra*, cfr. analoghi rilievi di A. DAVOLA-R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 340 ss.; M. MIDIRI, *Privacy e antitrust*, cit., p. 220 ss.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Legge contro le restrizioni della concorrenza, d'ora in avanti, GWB): in particolare, l'Autorità tedesca riscontrava l'abuso delle condizioni contrattuali relative all'uso dei dati personali, nell'ambito del mercato tedesco individuato come mercato rilevante. Per giungere a tale conclusione, il *Bundeskartellamt* ha preliminarmente accertato che le condizioni poste da Facebook (ricavabili dalla sua *data policy*) si ponevano in contrasto con la disciplina in materia di dati personali: tale accertamento veniva svolto senza un previo confronto con l'Autorità tedesca per la protezione dei dati personali.

I provvedimenti sanzionatori del *Bundeskartellamt* sono stati impugnati da Facebook.

Allo stato, il ricorso non è stato deciso ed è stato sollevato un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, ma sono emersi già profili di interesse nella fase cautelare davanti all'*Oberlandesgericht* (d'ora in avanti, OLG) Düsseldorf⁶⁷ e, in fase di appello cautelare, dinanzi al *Bundesgerichtshof* (d'ora in avanti, BGH)⁶⁸.

L'OLG Düsseldorf aveva disposto la sospensione dei provvedimenti emanati nei confronti di Facebook, rilevando che la condotta di tale società non potesse essere qualificata come abuso di posizione dominante sia perché l'istruttoria dell'Autorità era parsa carente, sia perché gli utenti di Facebook erano da ritenersi consapevoli della portata del trattamento svolto dalla società con i loro dati⁶⁹.

Di diverso avviso il BGH che, in sede di impugnazione della pronuncia dell'OLG, ha invece osservato – sempre in via cautelare – che l'abuso delle condizioni contrattuali da parte di Facebook può essere qualificabile come un abuso di posizione dominante⁷⁰, negando, dunque, che difetti la competenza in capo al *Bundeskartellamt*⁷¹.

Dato che la questione si trova ancora *sub iudice*, non essendo stata pronunciata, allo stato, alcuna sentenza di merito – e peraltro in attesa del responso della Corte di Giustizia, adita con rinvio pregiudiziale⁷² – è ancora presto per trarre conclusioni sulla risoluzione della controversia.

Il caso in questione presenta sicuramente tratti differenti con quello posto al giudice italiano, in particolare perché il problema di coordinamento nel primo si è posto tra la normativa *antitrust* (e non sulle pratiche commerciali scorrette) e la normativa relativa ai dati personali. Tuttavia, e al di là di tutti gli spunti che si possono trarre nel giudizio in parola sul fronte del diritto *antitrust*, il giudizio appare significativo sotto più versanti rispetto al discorso che si sta in questa sede conducendo.

In primo luogo, pare riconoscersi tanto nella giurisprudenza⁷³ quanto nella

⁶⁷ Oberlandesgericht Düsseldorf, decisione cautelare del 26 August 2019, n. VI-Kart 1/19.

⁶⁸ *Bundesgerichtshof*, decisione cautelare del 23 giugno 2020, n. KVR 69/19.

⁶⁹ OLG, cit., 2019, n. VI-Kart 1/19, p.to 72. In particolare, era parsa carente la prova del pregiudizio alla concorrenza, nonché il nesso causale tra tale pregiudizio e la violazione accertata dall'autorità tedesca.

⁷⁰ Come si nota in R. PARDOLESI-R. VAN DEN BERGH-F. WEBER, *op. cit.*, p. 517, in questa riflessione, l'analisi del BGH in punto di protezione dei dati è molto circoscritta, segnando così un approccio differente da quello proprio dell'OLG.

⁷¹ Cfr. in part. BGH, cit., 2020, n. KVR 69/19, p.to 126.

⁷² Il rinvio è stato richiesto con pronuncia dell'OLG Düsseldorf, decisione del 24 marzo 2021 – Kart 2/19.

⁷³ Il BGH rileva infatti che, benché l'uso dei dati da parte di Facebook non credi per sé un

letteratura⁷⁴ tedesche il rilievo della patrimonializzazione del dato, senza incorrere in soluzioni estreme, tese cioè a negare in radice la considerazione del valore economico del dato ai fini della circolazione o, di contro, ad assimilarlo ad un mero bene privato⁷⁵.

In secondo luogo, si pone significativamente in luce il rilievo di norme che fondano la cooperazione tra Autorità. Nel caso tedesco, almeno con riferimento all'Autorità *antitrust*, il legislatore federale ha infatti previsto una norma che consente il coordinamento, in particolare tramite lo scambio di informazioni, tra il *Bundeskartellamt* e altre Autorità, ivi inclusa quella che tutela i dati personali⁷⁶. È pur vero che tale forma di coordinamento non pare del tutto sufficiente, specie se si considera la criticità consistente nel conferire al *Bundeskartellamt* la potestà di accertare una violazione della disciplina dei dati personali, benché ai soli fini dell'accertamento di un illecito *antitrust*. Il conferimento di un simile potere dovrebbe comunque essere associato, in prospettiva *de iure condendo*, almeno ad un momento di coordinamento con l'Autorità di protezione dei dati personali, che mantiene la propria competenza rispetto alla violazione del diritto dei dati personali⁷⁷.

In terzo luogo, si pone un problema ulteriore, anche se solo a livello astratto. La disciplina federale del coordinamento, benché funzioni sul piano nazionale, non tiene conto del fatto che, rispetto a una violazione della disciplina in tema di dati personali, ai sensi del GDPR, potrebbe essere competente l'Autorità di un altro Stato membro: il che porta condivisibilmente parte della dottrina tedesca a richiedere un intervento da parte del legislatore eurounitario⁷⁸, benché non vada trascurato il rilievo di moduli cooperativi transnazionali⁷⁹.

pregiudizio di stampo economico al consumatore, è indubbio il valore economico dei dati, assunto dimostrato in dottrina e anche dalla capitalizzazione di soggetti come Google e Facebook (BGH, cit., 2020, n. KVR 69/19, punti 60-61). A dire il vero, il valore economico dei dati è rimarcato anche nel giudizio cautelare di primo grado (OLG, cit., 2019, n. VI-Kart 1/19, p.to 33).

⁷⁴ Cfr., ex multis nella dottrina tedesca, C. PAULUS-J. BERG, *Daten als Vermögenswert des Schuldners*, in *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2019, p. 2133 ss.; U. KORNMEIER-A. BARANOWSKI, *Das Eigentum an Daten – Zugang statt Zuordnung*, in *Betriebs-Berater*, 22, 2019, p. 1219.

⁷⁵ Il BGH qualifica (con categorie tipiche dei beni) i dati come incorporei, non rivali, non esclusivi e non soggetti a usura hanno le caratteristiche di essere non rivali, non esclusivi e non soggetti a usura, richiamandosi a A. SCHMID-K.J. SCHMIDT-H. ZECH, *Rechte an Daten - zum Stand der Diskussion*, in *sic! - Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, 11, 2018, p. 627 ss.; U. KORNMEIER-A. BARANOWSKI, *op. cit.*, pp. 1219-1225 (BGH, cit., 2020, n. KVR 69/19, p.to 61).

⁷⁶ Cfr. § 50f GWB.

⁷⁷ La dottrina tedesca ha individuato diversi rischi rispetto alla scelta di consentire al *Bundeskartellamt* di svolgere accertamenti autonomi di siffatte violazioni: la possibilità che siano prese decisioni contraddittorie tra autorità *antitrust* e autorità di *data protection*; la lesione del principio di efficienza, rispetto all'agire separato di più autorità; il pregiudizio all'indipendenza dell'autorità di protezione dei dati. In tema cfr. J. BARTH, *op. cit.*, p. 127 ss.; M.N. VOLMAR-K.O. HELMDACH, *op. cit.*, p. 211; T. KÖRBER, *Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?*, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 4, 2019, p. 194. La problematicità della sovrapposizione fra competenze *antitrust* e di altre autorità rispetto all'uso di piattaforme tecnologiche sui dati è stata sollevata anche dalla dottrina italiana: cfr. in part. R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Merc. conc. reg.*, 1, 2019, p. 81 ss.; M. RAMAJOLI, *La tutela*, cit., p. 228, la quale indica pure alcune soluzioni alternative per gestire i problemi di tali piattaforme, al di fuori della regolazione *antitrust*.

⁷⁸ J. BARTH, *op. cit.*, p. 153, p. 163.

⁷⁹ Da questo punto di vista, si segnala il modello del *Digital clearing House*, propugnato dal Garante Europeo per la protezione dei dati (EDPS, Opinione del 23 settembre 2016, n. 8 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data). Si tratta di un *network*, la cui

Anche i cenni svolti all'ordinamento tedesco, dunque, paiono porsi in linea con le riflessioni sinora svolte.

Muovendosi ora in una prospettiva più generale, può osservarsi quanto segue.

Pur se pare fortemente auspicabile un intervento del legislatore (nazionale ed eurounitario) al fine di assicurare un quadro regolativo uniforme e certo che assicuri il corretto funzionamento del “mercato” dei dati, *de iure condito* permane lo spazio per riflettere maggiormente sulla portata e sulle potenzialità degli strumenti di coordinamento. Tuttavia, e affinché tale riflessione sia davvero fruttifera, pare necessario e utile partire dalla piena accettazione del contenuto patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali: considerazione che, come visto, pare ancora controversa⁸⁰. In questa prospettiva, una più chiara configurazione teorica del diritto alla protezione dei dati personali può senz'altro essere d'ausilio, scongiurando gli esiti cui potrebbe condurre il persistente riferimento ad una logica, poco aderente al reale, come quella strettamente difensiva. In particolare, l'idea del diritto alla protezione dei dati personali come diritto «*a struttura duplice e contenuto complesso*», nella misura in cui tiene separati l'aspetto ideale e l'aspetto patrimoniale dei dati, consente di guardare alla patrimonializzazione dei dati con maggiore disinvoltura, come ad un fenomeno che non va ostacolato, bensì regolato. In un quadro così ricostruito, che non rinnega il valore patrimoniale del dato, vi è lo spazio – e ciò vale tanto nella prospettiva *de iure condendo*, quanto in quella *de iure condito* – per una regolazione efficace e garantista dei dati, che tenga conto delle interazioni tra norme e competenze differenti e che si collochi entro il modello di tutela multilivello evocato dal Consiglio di Stato.

adesione è su base volontaria, che vede partecipi Autorità di regolazione, *policy makers*, ricercatori e anche altri *stakeholders*. Su tale *network* cfr. E. FAZIO, *op. cit.*, p. 672 ss.

⁸⁰ Basti considerare le riflessioni svolte *supra* sub par. 2 in merito alla patrimonializzazione del dato e, in particolare, gli argomenti portati a difesa della società Facebook nel caso in commento (cfr. *supra* nota 10).



COMMENTI

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione. Commento a Cons. Stato n. 8354/2020 in materia di servizio idrico integrato e *full cost recovery*

Judicial review of regulation. Comment to Cons. Stato 8354/2020, dealing with water utility and full cost recovery principle

di Giorgio Martino *

ABSTRACT

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione costituisce un problema che stenta a trovare una soluzione organica, nonostante molti anni di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. La sentenza in commento, relativa ad un atto di regolazione tariffaria in materia di servizio idrico integrato, offre interessanti spunti di riflessione sul parametro da adottare nel controllo giurisdizionale e sulla applicabilità del c.d. sindacato di maggiore attendibilità alla funzione di regolazione delle autorità indipendenti. Inoltre, la pronuncia affronta il delicato problema dell'attuazione del principio del *full cost recovery* nel settore idrico, sul quale, a ormai dieci anni di distanza dal referendum del 2011, continuano a permanere significative incertezze.

Parole Chiave: Sindacato giurisdizionale – Autorità indipendenti – Regolazione – Servizio idrico integrato – *Full cost recovery*

Judicial review of regulation is a critical issue in both literature and case-law. The commented decision deals with tariff regulation of water utility and it is worth discussing, especially as regards the standard of judicial review on complex economic assessments by authorities. Moreover, the decision addresses the implementation of “full cost recovery principle”, which remains a delicate problem, even ten years after the 2011 referendum.

Key Words: *Judicial review – Independent authorities – Regulation – Water utility – Full cost recovery*

ESTRATTO: SENTENZA CONS. ST., SEZ. VI, N. 8354 28.12.2020

1.6 (...) In tema di sindacato del giudice amministrativo sull'attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore; l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo “intrinse-

*Dottorando di ricerca in scienze giuridiche, *curriculum* “Amministrazione, mercato e giustizia penale”, Università di Pisa.

co", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.

(...)

2.3 L'affermazione secondo cui il riconoscimento del Capitale Circolante Netto limitato al servizio idrico integrato sarebbe motivato dal fatto che solo quest'ultima è l'attività regolata, mentre le "Altre attività idriche" sarebbero erogate dall'operatore professionale sulla base di una libera scelta di convenienza economica, non coglie nel segno.

Tale presa di posizione giustificerebbe al più l'integrale disconoscimento del rilievo tariffario delle "Altre attività idriche" – per i ricavi quanto per i costi –, ma non certo la contraddittoria impostazione per cui, in relazione alle medesime attività non regolate, i ricavi vengono indistintamente portati a detrazione della tariffa, mentre il Capitale Circolante Netto viene escluso dal computo dei costi.

(...)

3.2 (...) Il meccanismo per cui i conguagli si determinano necessariamente in un periodo di tempo successivo rispetto al periodo di fatturazione deriva da una scelta regolatoria relativa alla determinazione della tariffa del settore idrico (...). Accade quindi che, quando i consumi effettivi sono risultati inferiori rispetto a quelli prefigurati (derivando da tale erronea previsione la fissazione di tariffe troppo basse), ricavi che non si materializzano durante l'esercizio finanziario in cui viene erogato il servizio vengono quindi corrisposti all'operatore in modo differito, al fine di ristabilire un'equivalenza dal punto di vista finanziario.

Poiché il gestore sopporta un costo oggettivo, derivante dal fatto che il livello delle tariffe inizialmente fissato – dall'ente di governo dell'ambito, nell'osservanza del metodo tariffario regolato dall'Autorità cui la tariffa viene trasmessa per l'approvazione – si è rivelato insufficiente a coprire i costi del servizio, il riconoscimento di questo costo finanziario non può essere disconosciuto.

L'Autorità deve quindi prevedere, in sede di determinazione del conguaglio, un correttivo a copertura dell'onere finanziario sui conguagli, il quale non ha nulla a che vedere con la generale "rischiosità" del servizio idrico integrato "rispetto a quella media di mercato", misurata dal coefficiente β , il quale opera (...) un mero raffronto fra i rendimenti nel settore considerato e quelli di altri settori comparabili.

(...)

4.2 (...) Secondo un criterio di prognosi postuma, avuto cioè riguardo alle conoscenze disponibili nel periodo tariffario transitorio (necessariamente più limitate, in assenza di precedenti, rispetto a quelle disponibili al momento dell'elaborazione del metodo definitivo), la primigenia scelta dell'Autorità di includere il rischio legato alla sofferenza dei crediti commerciali nei rischi residuali coperti dal β – che rappresenta la misura della rischiosità sistematica del Servizio Idrico Integrato, individuando per tale parametro un valore pari a 0,8, pari peraltro al più elevato valore riconosciuto dall'Autorità nella regolazione degli altri servizi a rete – non pare di per sé irragionevole.

(...)

Massime

Autorità indipendenti – attività di regolazione – sindacato giurisdizionale – intrinseco – non sostitutivo

In tema di sindacato del giudice amministrativo sull'attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore; l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto (1).

Regolazione – servizio idrico – tariffe – Capitale Circolante Netto – mancata inclusione di “altre attività idriche” – contraddittorietà – illegittimità

L'affermazione secondo cui il riconoscimento del Capitale Circolante Netto limitato al servizio idrico integrato sarebbe motivato dal fatto che solo quest'ultima è l'attività regolata, mentre le “Altre attività idriche” sarebbero erogate dall'operatore professionale sulla base di una libera scelta di convenienza economica, non coglie nel segno.

Tale presa di posizione giustificerebbe al più l'integrale disconoscimento del rilievo tariffario delle “Altre attività idriche” – per i ricavi quanto per i costi –, ma non certo la contraddittoria impostazione per cui, in relazione alle medesime attività non regolate, i ricavi vengono indistintamente portati a detrazione della tariffa, mentre il Capitale Circolante Netto viene escluso dal computo dei costi (2).

Regolazione – servizio idrico – tariffe – conguagli – oneri finanziari – mancato riconoscimento – illegittimità

Il meccanismo per cui i conguagli si determinano necessariamente in un periodo di tempo successivo rispetto al periodo di fatturazione deriva da una scelta regolatoria relativa alla determinazione della tariffa del settore idrico (...). Accade quindi che, quando i consumi effettivi sono risultati inferiori rispetto a quelli prefigurati (derivando da tale erronea previsione la fissazione di tariffe troppo basse), ricavi che non si materializzano durante l'esercizio finanziario in cui viene erogato il servizio vengono quindi corrisposti all'operatore in modo differito, al fine di ristabilire un'equivalenza dal punto di vista finanziario.

Poiché il gestore sopporta un costo oggettivo, derivante dal fatto che il livello delle tariffe inizialmente fissato – dall'ente di governo dell'ambito, nell'osservanza del metodo tariffario regolato dall'Autorità cui la tariffa viene trasmessa per l'approvazione – si è rivelato insufficiente a coprire i costi del servizio, il riconoscimento di questo costo finanziario non può essere disconosciuto. L'Autorità deve quindi prevedere, in sede di determinazione del conguaglio, un correttivo a copertura dell'onere finanziario sui conguagli, il quale non ha nulla a che vedere con la generale “rischiosità” del servizio idrico integrato “rispetto a quella media di mercato”, misurata dal coefficiente β , il quale opera (...) un mero raffronto fra i rendimenti nel settore considerato e quelli di altri settori comparabili (3).

Regolazione – servizio idrico – tariffe – perdite da morosità – inclusione nel parametro di rischio generico – legittimità

Secondo un criterio di prognosi postuma, avuto cioè riguardo alle conoscenze disponibili nel periodo tariffario transitorio (necessariamente più limitate, in assenza di precedenti, rispetto a quelle disponibili al momento dell'elaborazione del metodo definitivo), la primigenia scelta dell'Autorità di includere il rischio legato alla sofferenza dei crediti commerciali nei rischi residuali coperti dal β – che rappresenta la misura della rischioosità sistematica del Servizio Idrico Integrato, individuando per tale parametro un valore pari a 0,8, pari peraltro al più elevato valore riconosciuto dall'Autorità nella regolazione degli altri servizi a rete – non pare di per sé irragionevole (4).

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale: la travagliata storia del servizio idrico integrato dalla legge Galli all'istituzione di AEEGSI. – 2. La delibera AEEGSI n. 585/2012 sul metodo tariffario transitorio nel servizio idrico. – 2.1. *Segue:* il contenzioso sulla delibera di AEEGSI e lo svolgimento del giudizio che ha condotto alla sentenza in commento. – 2.2. *Segue:* i punti salienti della decisione. – 3. La conferma del c.d. sindacato di attendibilità come modello di riferimento per il controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione. – 4. L'applicazione concreta del sindacato di attendibilità. – 5. Gli incerti confini del principio del *full cost recovery* nel servizio idrico integrato. – 5.1. *Segue:* il regime dei conguagli e l'allocatione del rischio. – 6. Brevi considerazioni conclusive e spunti *de iure condendo*.

1. Inquadramento generale: la travagliata storia del servizio idrico integrato dalla legge Galli all'istituzione di AEEGSI

La controversia oggetto della pronuncia in commento riguarda la legittimità

della delibera 2012/585/R/IDR¹ adottata dall'allora AEEGSI, con la quale si definiva il c.d. Metodo Tariffario Transitorio per determinare le tariffe del servizio idrico integrato per il biennio 2012-2013.

Prima di entrare nel merito delle specifiche questioni affrontate dal Consiglio di Stato, occorre una breve premessa circa l'evoluzione del servizio idrico e il contesto giuridico-istituzionale nel quale venne approvata la delibera oggetto del giudizio. A tal proposito, è senz'altro utile ricordare che la nozione di servizio idrico integrato venne introdotta dalla c.d. legge Galli del 1994²: tale intervento normativo mirava a promuovere una maggiore efficienza del servizio in questione, attraverso l'istituzione degli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO) e l'introduzione del principio di separazione tra titolarità del servizio e gestione operativa del medesimo.

Si tratta, come è facile comprendere, di una riforma "figlia del proprio tempo", ossia dell'ondata di liberalizzazioni e privatizzazioni caratteristica degli anni '90³ del secolo scorso, propiziata dall'influsso del diritto comunitario e dall'affermazione del paradigma economico liberista. Oltre ad essere strettamente legato al descritto *background*, tuttavia, l'intervento del legislatore del 1994 aveva lo scopo di affrontare le specifiche criticità che affliggevano da tempo il servizio idrico italiano, caratterizzato da una carenza strutturale del livello di investimenti e da una eccessiva frammentazione delle gestioni: di qui la scelta di imporre, almeno quale regola tendenziale, il principio di unicità di gestione per ciascun ATO.

Sebbene la legge Galli si proponesse obiettivi piuttosto ambiziosi, la sua attuazione pratica ha incontrato innumerevoli ostacoli⁴, dando vita ad un quadro a luci ed ombre⁵. In particolare, uno dei punti critici della transizione verso un modello caratterizzato dalla scissione tra titolarità e gestione riguardava la de-

¹ Deliberazione 28 dicembre 2012 avente ad oggetto la *regolazione dei servizi idrici: approvazione metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012-2013*, pubblicata sul sito internet istituzionale di ARERA al link <https://www.arera.it/allegati/docs/12/585-12.pdf>.

² Ai sensi dell'art. 4, comma 1, legge n. 36/1994 il c.d. servizio idrico integrato comprende l'insieme dei «servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue».

³ Per una disamina si vedano, *ex multis*, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 579 ss.; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2017, p. 239 ss. Con riferimento al mutamento di paradigma da Stato interventista a Stato regolatore la letteratura è sterminata. Si vedano, *traggialtri*, F. MC GOWAN-H. WALLACE, *Towards a European Regulatory State*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 3, n. 4, 1996, p. 560 ss.; A. MAJONE-G. LA SPINA, *Lo stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; M. MORAN, *Understanding the Regulatory State*, in *British Journal of Political Science*, 32, 2002, p. 391 ss.; R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI-R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Jovene, Napoli, 2011, p. 137 ss.

⁴ Cfr. A. TRAVI, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in questa *Rivista*, 1, 2014, pp. 128-129; M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Federalismi*, 1, 2016, p. 1 ss.; L. CORTI, *Tariffe del servizio idrico: i nuovi poteri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico*, in *Riv. giur. amb.*, 6, 2014, p. 765 ss.; M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2013, p. 285.

⁵ Un'analisi quantitativa sul livello di efficienza nel settore idrico italiano si può trovare, ad esempio, nel *working paper* n. 72/2014 del Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy dell'Università Bocconi, a cura di M. BONACINA-A. CRETÌ-C. MARIOTTO-F. PONTONI, intitolato *What Determines Efficiency? An Analysis of the Italian Water Sector*. Inoltre, informazioni di grande interesse ed accuratezza possono reperirsi anche nelle relazioni annuali dell'ARERA, che è oggi competente anche per la regolazione del servizio idrico.

terminazione delle tariffe⁶, la quale doveva necessariamente tener conto di una pluralità di interessi spesso in contrasto tra loro, come la garanzia degli standard minimi del servizio universale, l'equilibrio economico e finanziario del gestore e la promozione della qualità e dell'efficienza del servizio.

Ebbene, la definizione dell'importo della tariffa, stanti gli interessi in gioco, non poteva certo essere rimessa alla libera scelta del gestore né all'apprezzamento unilaterale dei singoli enti d'ambito⁷. Per far fronte a tale problema, il legislatore del 1994 demandò la determinazione della tariffa al ministero dei Lavori pubblici⁸, su proposta dell'allora istituendo Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche⁹: si scelse dunque di attribuire la potestà di regolamentazione tariffaria ad organi del Governo centrale¹⁰.

L'evoluzione successiva, invece, si caratterizzò per un progressivo abbandono dell'opzione inizialmente prescelta, in favore dell'ormai collaudato modello della regolazione indipendente¹¹, che già si era affermato con riferimento ad altri servizi pubblici come l'energia elettrica e il gas. Il primo passo in tale direzione fu la trasformazione del Comitato in un'autorità indipendente denominata Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti¹², la quale aveva il

⁶ Per una panoramica globale dei principi giuridici ed economici sottesi alla regolazione tariffaria si veda S. VACCARI, *Le tariffe dei servizi pubblici tra teoria economica e regolazione amministrativa*, in questa *Rivista*, 2, 2020, p. 367 ss.

⁷ Cfr. S. VENIER-F. GALASSO, *Dal monopolio integrato al mercato liberalizzato: il punto di vista del gestore*, in S. ANTONIAZZI-F. MERUSI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 209, ove si sottolinea il ruolo doppiamente garantistico del regolatore, che ha il compito, da un lato, di tutelare l'utenza da eventuali abusi di posizione dominante da parte del gestore in regime di monopolio, ma, dall'altro, anche di tutelare lo stesso gestore da eventuali decisioni di riduzione delle tariffe con finalità politico-elettorali, che potrebbero impedire il pieno recupero degli investimenti effettuati.

⁸ Cfr. art. 13, legge n. 36/1994 per la complessiva procedura di approvazione delle tariffe, che richiedeva al Ministero per i Lavori Pubblici di provvedere d'intesa con il Ministero per l'Ambiente e previa consultazione

⁹ Cfr. art. 21, legge n. 36/1994: il Comitato veniva istituito presso lo stesso Ministero dei Lavori Pubblici ed era composto da sette membri, che duravano in carica cinque anni senza possibilità di riconferma. Essi venivano nominati con decreto del ministro dei Lavori pubblici di concerto con il Ministro per l'Ambiente. Tra di loro «tre sono designati dalla Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome e quattro – di cui uno con funzioni di presidente individuato con il medesimo decreto – sono scelti tra persone particolarmente esperte in materia di tutela ed uso delle acque, sulla base di specifiche esperienze e conoscenze del settore». Si trattava quindi di un organo dotato di una propria autonomia ma comunque incardinato all'interno di un ministero, perciò strutturalmente ben lontano dal paradigma della regolazione economica indipendente.

¹⁰ Con riferimento al raccordo tra i vari livelli istituzionali ed al riparto di competenze nella progressiva evoluzione del servizio idrico si segnala F. RAMPULLA, *Il governo e la gestione del ciclo integrato delle acque*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 2009, p. 255 ss.

¹¹ Per una ricognizione dei caratteri essenziali e dei fondamenti del modello, si veda M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in questa *Rivista*, 2, 2020, p. 230 ss; M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in questa *Rivista*, 2, 2018, p. 170 ss. Inoltre, sui tratti tipici dell'attività svolta dalle autorità indipendenti si possono, tra gli altri, citare S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati e relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 5, 1996, 7; F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2011; A. PREDIERI, *L'erompere della autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Bagno a Ripoli, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 1997, p. 645 ss.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1, 1997, p. 341 ss.; E. BRUTILIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati: tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹² Cfr. art. 159, d.lgs. n. 152/2006, c.d. Codice dell'ambiente. In realtà la storia di tale autorità fu molto breve: la norma che ne prevedeva l'introduzione fu abrogata dal primo decreto correttivo al "Codice dell'ambiente", d.lgs. n. 284/2006, con conseguente mantenimento del Comitato

compito di proporre i criteri per la determinazione delle tariffe, che venivano poi approvate dal Ministero dell'Ambiente¹³. Infine, nel 2011 si ultimò la transizione attribuendo le funzioni di regolazione e controllo all'allora Autorità per Energia Elettrica e il Gas (AEEG), che venne rinominata Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas ed il Servizio Idrico (AEEGSI)¹⁴.

2. La delibera AEEGSI n. 585/2012 sul metodo tariffario transitorio nel servizio idrico

Ebbene, in tale contesto l'Autorità, chiamata a definire i criteri di determinazione delle tariffe del servizio idrico integrato, adottò una prima delibera¹⁵ di carattere transitorio, applicabile soltanto agli anni 2012-2013. Peraltro, nel suo inedito ruolo di regolatore del servizio idrico, l'Autorità si trovò da subito ad affrontare un problema alquanto delicato, ossia le conseguenze del referendum popolare del 2011¹⁶, che aveva inciso sul testo dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006. Ai sensi di tale disposizione, la tariffa del servizio idrico costituiva *«il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'ente di governo dell'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio chi inquina paga»*. Con il referendum, tuttavia, venne abrogato l'inciso *«dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito»*.

Tenendo conto dell'esito della consultazione popolare, l'Autorità adottò un modello che non prevedeva l'automatico riconoscimento di un margine di profitto, ma si basava sull'integrale copertura dei costi sostenuti dal gestore, secondo il principio del *full cost recovery*. Peraltro, nel quantificare i costi rilevanti ai fini tariffari, non si teneva conto delle spese effettivamente sostenute dai gestori, ma se ne effettuava una stima standardizzata¹⁷, seconda la logica dei

per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche. L'idea di istituire un'Autorità indipendente *ad hoc*, però, tornò in auge nel 2011, quando con d.l. n. 70/2011 si istituì l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua.

¹³Cfr. art. 154, commi 2-3, d.lgs. n. 152/2006.

¹⁴ Cfr. art. l'art. 21, commi 13 e 19, d.l. n. 201/11, che ha trasferito all'Autorità *«le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici»*, precisando che tali funzioni *«vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481»* e sopprimendo contestualmente l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua. Cfr. anche il D.P.C.M. 20 luglio 2012, ove si è specificato che ad ARERA compete la definizione del *«metodo tariffario per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali (...), sulla base del riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio sostenuti dai gestori»*.

¹⁵ Delibera AEEGSI 2012/585, cit. Per una disamina del metodo regolatorio prescelto dal punto di vista economico si veda, tra i molti, A. PETRETTO, *La regolamentazione del servizio idrico integrato: struttura tariffaria e investimenti*, in S. ANTONIAZZI-F. MERUSI, *Vent'anni di regolazione accentrata*, cit., p. 225 ss.

¹⁶ Sul quale si dirà più approfonditamente *infra*.

¹⁷ La sentenza in commento spiega chiaramente che la regolazione tariffaria del servizio idrico è *«in buona parte ispirata all'utilizzo di alcune misure di costo standardizzato, anche lad-*

c.d. costi totali efficienti¹⁸ che è tipica della regolazione incentivante. In tal modo, infatti, si stimolavano i gestori a perseguire un miglioramento del livello di efficienza.

2.1. **Segue: il contenzioso sulla delibera di AEEGSI e lo svolgimento del giudizio che ha condotto alla sentenza in commento**

Il metodo tariffario messo a punto dall'Autorità fu sin da subito oggetto di diversi rilievi critici: in primo luogo, una parte della dottrina riteneva che tali criteri non fossero rispettosi dell'esito referendum del 2011, poiché permaneva la possibilità, da parte del gestore, di ottenere margini di profitto attraverso l'erogazione di un servizio pubblico¹⁹. Inoltre, come era facile attendersi alla luce del significativo livello di complessità della materia e dei notevoli interessi in gioco, si venne presto a determinare un rilevante contenzioso giudiziale, che vide la proposizione di diversi ricorsi dinanzi al giudice amministrativo competente, ossia il TAR Lombardia.

Il caso oggetto della sentenza in commento nasce da un ricorso proposto avverso la citata delibera n. 585/2012 da parte della società Acquedotto Del Fiora s.p.a., la quale gestiva il servizio idrico integrato nell'ATO n. 6 "Ombrone".

Il TAR Lombardia, con sentenza n. 982/2014²⁰, accoglieva parte delle censure sollevate. Avverso tale sentenza proponevano appello sia la società Acquedotto Del Fiora s.p.a., sia l'AEEGSI, essendo entrambe risultate parzialmente soccombenti. Il giudizio d'appello, tuttavia, veniva sospeso²¹ ex art. 295 c.p.c. dal Consiglio di Stato, in attesa che venisse definito un diverso procedimento avviato da alcune associazioni di consumatori e avente ad oggetto la medesima delibera, della quale si metteva in dubbio la compatibilità con l'esito referendario. Il Collegio, infatti, riteneva che la definizione di tale questione fosse pregiudiziale rispetto al giudizio promosso dalla società Acquedotto Del Fiora s.p.a.; ciò in quanto un'eventuale sentenza di annullamento parziale del-

dove sarebbe stato possibile ottenere una valorizzazione del costo stesso direttamente dalle scritture di bilancio della singola impresa»: cfr. Cons. Stato, n. 8354/2020, cit., par. 3.1.

¹⁸ Per una ricognizione delle principali differenze tra i diversi modelli tariffari e le ragioni del superamento del c.d. *cost of service* si veda S. VACCARI, *Le tariffe dei servizi pubblici*, cit., p. 377 ss.; per una disamina dei caratteri del c.d. *pricecap* si veda M. PASSALACQUA, *Le tariffe dei servizi pubblici tra pricecap e bisogni sociali*, in E. BANI (a cura di), *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 19 ss.

¹⁹ Cfr. e.g. S. MAROTTA, *Razionalità economica e funzione allocativa del diritto dei servizi pubblici essenziali. Brevi note sul caso delle tariffe idriche*, in *Rass. dir. pubbl. eu.*, 1-2, 2015, p. 243 ss. Sulla questione in ogni caso si tornerà più approfonditamente *infra*.

²⁰ Cfr. TAR Lombardia, Milano, sent. 16 aprile 2014, n. 982, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Cons. Stato, sez. VI, ord. 22 ottobre 2015, n. 4826, in www.giustizia-amministrativa.it. Peraltro, è interessante notare come l'ordinanza precisi che «nonostante tra le parti del presente giudizio e quelle dei giudizi pregiudiziali vi sia una identità soltanto parziale, sussistono, comunque, i presupposti per disporre la sospensione del processo ex art. 295 c.p.c. atteso che il carattere normativo della delibera impugnata rende l'eventuale sentenza di annullamento opponibile erga omnes, con la conseguenza che nessuna parte del presente giudizio potrebbe sollevare l'eccezione di inopponibilità nei propri confronti della decisione della causa pregiudiziale». È significativa l'espressa presa di posizione in favore della natura normativa della delibera, visto che la natura giuridica degli atti di regolazione delle autorità indipendenti è da sempre oggetto di disputa da parte della dottrina: si veda, ad esempio il noto parere n. 855/2016, nel quale il Consiglio di Stato ha qualificato come «atti di regolazione» le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC e ne ha, al tempo stesso, escluso la natura regolamentare, facendo sorgere dubbi circa la configurabilità di una potestà normativa non regolamentare.

la delibera avrebbe inevitabilmente alterato l'equilibrio economico-finanziario della medesima.

Il giudizio veniva, poi, riassunto a seguito della definizione della causa pregiudiziale con sentenza n. 2481/2017²². Dopo aver udito le parti, il Collegio addiveniva ad una decisione finale di accoglimento parziale dell'appello.

2.2. Segue: i punti salienti della decisione

Le considerazioni in diritto della sentenza prendono le mosse da un'articolata ricognizione del quadro normativo in materia di servizio idrico, seguita da una premessa sull'intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche nel campo della regolazione

Fatta tale ampia introduzione, il Collegio affronta le tre questioni essenziali oggetto del giudizio, ossia: (i) la mancata inclusione ai fini del calcolo del Capitale Circolante Netto (CCN) dei costi relativi alle "altre attività idriche" non oggetto di regolazione; (ii) il mancato riconoscimento degli oneri finanziari sui conguagli dovuti in caso di consumi inferiori alle attese; (iii) il mancato riconoscimento delle perdite su crediti dovute a morosità.

(i) In primo luogo, la società ricorrente censurava la mancata computazione tra i costi rilevanti per la determinazione del c.d. Capitale Circolante Netto (CCN) dei costi relativi alle "altre attività idriche" facenti parte del servizio idrico integrato ma non oggetto di regolazione.

La censura, che era stata rigettata nel giudizio di primo grado, viene accolta dal Collegio, il quale evidenzia l'irragionevolezza e contraddittorietà dell'esclusione dei costi suddetti, dal momento che i ricavi derivanti dalle attività in questione sono, invece, portati in detrazione dai ricavi ottenuti tramite le attività regolate. È quindi considerato contraddittorio tenere conto, ai fini della tariffa, soltanto dei ricavi e non dei costi di tali attività.

(ii) La seconda questione affrontata dal Consiglio di Stato riguarda i conguagli «*relativi ai costi ammessi e non coperti integralmente o parzialmente dalla tariffa incassata*»²³. Si tratta di somme che vengono corrisposte quando i consumi effettivi sono inferiori rispetto a quelli prefigurati: in questi casi il gestore incassa, attraverso i pagamenti degli utenti, una somma minore di quella attesa. Pertanto, la differenza tra le due somme viene corrisposta al gestore il secondo anno successivo a quello di riferimento, al fine di consentire l'integrale copertura dei costi sostenuti.

Ebbene, su tali somme la delibera dell'Autorità²⁴ riconosceva al gestore soltanto la rivalutazione da inflazione, ma non «*l'onere finanziario correlato alla ritardata disponibilità di una somma il cui titolo matura nel corso dell'anno in cui viene effettuata la fornitura del servizio, anche se poi la liquidazione avviene successivamente*»²⁵.

Sul punto, il Consiglio di Stato conferma la decisione di primo grado²⁶, sostenendo che il mancato riconoscimento di tale onere è illegittimo in quanto in

²² Cons. Stato, sez. VI, sent. 26 maggio 2017, n. 2481, in www.giustizia-amministrativa.it, su cui si approfondirà maggiormente *infra*.

²³ Cons. Stato, n.8354/2020, cit., punto 3.

²⁴ Cfr. delibera n. 585/2012, cit., Allegato A, art. 46.

²⁵ Cfr. sent. n.8354/2020, cit., par. 2.5.

²⁶ TAR Lombardia, sent. n. 982/2014, cit.

contrasto con il principio del *full cost recovery*, previsto dalla direttiva UE 2000/60²⁷ e dall'art. 154, d.lgs. n. 152/2006²⁸.

(iii) Nella delibera impugnata, l'Autorità non aveva previsto che, nel determinare la tariffa, si tenesse conto delle perdite su crediti derivanti dalla morosità dell'utenza. Tale componente di costo, infatti, si considerava assorbita nel coefficiente "Beta", un parametro che misura la rischiosità del settore idrico²⁹.

Viceversa, nella delibera successiva³⁰, relativa al biennio 2014-2015, l'Autorità ha scelto di cambiare approccio e di attribuire una rilevanza specifica alla morosità, considerandola quale componente di costo autonoma.

In proposito, il TAR Lombardia aveva ritenuto l'esclusione dei costi di morosità illegittima, valorizzando anche la "correzione di rotta" attuata con la delibera seguente³¹, la quale avrebbe costituito un'implicita ammissione dell'ineadeguatezza della decisione precedente.

Nella pronuncia in commento, invece, il Consiglio di Stato osserva che la regolazione è un processo dinamico e che, quindi, un progressivo affinamento dei metodi e delle scelte è fisiologico. Pertanto, si deve applicare un criterio di «*prognosi postuma*»³², sulla base del quale si può concludere che la valutazione inizialmente effettuata dall'Autorità non fosse di per sé irragionevole.

3. La conferma del c.d. sindacato di attendibilità come modello di riferimento per il controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione

Un primo profilo interessante della sentenza in commento si coglie già nella premessa alla parte in diritto, dove il Collegio si sofferma sui limiti entro i quali deve svolgersi il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti in materia regolatoria³³.

In particolare, si precisa che tale sindacato ha carattere intrinseco, in quanto si avvale delle stesse regole e conoscenze tecniche applicate dell'autorità, e non sostitutivo, in quanto il giudice non è chiamato «*a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema*». Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione viene, quindi, concepito come sindacato di attendibilità, in linea con l'orientamento che, dopo una complessa evoluzione³⁴ si è progressivamente affermato sia nella giuri-

²⁷Cfr. art. 9, dir. n. 2000/60/CE

²⁸Cfr. sent. n. 8354/2020, cit., punto 3.

²⁹Si veda A. PETRETTO, *La regolamentazione del servizio idrico integrato*, cit., p. 241

³⁰Cfr. delibera n. 643/2013.

³¹TAR Lombardia, sent. n. 982/2014, cit., punto 25.

³²Cfr. sent. n. 8354/2020, cit., punto 4.2

³³Cfr. sent. n. 8354/2020, cit., par. 1.6

³⁴M. BUQUICCHIO, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust: brevi note a margine della sentenza Menarini*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 359 ss.; R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 250 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013; A. LALLI,

sprudenza del Consiglio di Stato³⁵, sia nelle pronunce della Corte di Cassazione³⁶.

Tale affermazione è particolarmente importante, in quanto l'estensore della sentenza in commento è il medesimo Consigliere che nel 2019 ha redatto sentenza *Roche Novartis*³⁷, la quale ha rappresentato un vero e proprio “sasso nello stagno” per la discussione scientifica in materia, ridestando il dibattito – in realtà mai davvero sopito – sul complesso rapporto tra giurisdizione e autorità indipendenti. Con particolare riferimento alle sanzioni irrogate dall'AGCM, infatti, tale sentenza ha sostenuto la necessità di superare il tradizionale sindacato di attendibilità tecnica per sostituirlo con un più intenso sindacato di “maggiore attendibilità”³⁸.

Il diverso modello di controllo giudiziale suggerito dalla sentenza *Roche Novartis*, tuttavia, è stato criticato da una parte della dottrina³⁹, che ne ha evidenziato il possibile contrasto con il principio di separazione dei poteri e con il complessivo assetto del sistema euro-unitario di *public enforcement antitrust*. Peraltro, tali critiche sembrano essere state recepite anche da una parte della giurisprudenza, visto che alcune pronunce rese dal Consiglio di Stato⁴⁰ in materia di sanzioni antitrust hanno preso le distanze dal modello del sindacato di maggiore attendibilità, ribadendo i limiti tradizionalmente propri del sindacato di attendibilità.

Inoltre, la parte di dottrina favorevole all'innovativa soluzione proposta dalla sentenza *Roche Novartis* si è interrogata sul perimetro applicativo del modello di sindacato ivi suggerito. In particolare, ci si è chiesti se tale approccio fosse destinato ad operare soltanto con riferimento agli atti di carattere sanzionato-

Indipendenza e controllo giurisdizionale, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei Mercati*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 158 ss.; M. DEVITA, *Il diritto della concorrenza nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2009; A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019. Cfr. anche l'interessante report a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, sent. 10 dicembre 2014, n. 6050, in *Foro amm.*, 12, 2014, p. 3112 ss.; Cons. Stato, sez. IV, sent. 14 ottobre 2016, n. 4266, in *Foro amm.*, 10, 2016, p. 2347 ss.; Cons. Stato, sez. VI, sent. 19 gennaio 2016, n. 162, in *Foro amm.*, 1, 2016, 57 ss.

³⁶ Si veda su tutte Cass. civ., sez. un., sent. 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Giust. civ. mass.*, 2014; conformi Cass. civ., sez. un., sent. 29 aprile 2005, n. 8882, in *Giur. it.*, 1, 2006, p. 92 ss.; Cass. civ., sez. un., sent. 17 marzo 2008, n. 7063, nonché, da ultimo, Cass. civ., sez. un., sent. 7 maggio 2019, n. 11929.

³⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sent. 15 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.*, 3, 2019, 498, con nota di ARNAUDO-PARDOLESI; interessante commento a tale pronuncia anche in M. COLANGELO, *Antitrust, regolazione e incertezza scientifica: riflessioni a margini della sentenza del Consiglio di Stato sul caso Avastin-Lucentis*, in questa *Rivista*, 1, 2019, p. 295 ss.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, n. 4990/2019, cit., par.

³⁹ F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento di fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d.lg. 19 Gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2018, 1207; P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, p. 767 ss. M. CAPPAL, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in www.federalismi.it, 2019, 21; opinioni diverse sull'intensità del sindacato giudiziale in materia antitrust, seppur precedenti alla sentenza *Roche Novartis*, si trovano in AA.VV., *Judicialreview of antitrust decisions Q&A*, in *Riv. it. antitrust*, 1, 2015, p. 144.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, sent. 23 settembre 2019, n. 6314, ove si cita la sentenza *Roche Novartis* solo con riferimento alla parte storica e ricostruttiva, ma poi si torna a predicare un sindacato non sostitutivo, fondato sul parametro della «ragionevolezza tecnica».

rio o se, viceversa, dovesse essere esteso a tutte le valutazioni tecniche compiute dalle autorità indipendenti.

Sul punto, la sentenza sembra, in effetti, escludere la possibilità di un'estensione generalizzata del sindacato di maggiore attendibilità, visto che le argomentazioni addotte a favore di tale modello fanno specifico riferimento alla natura sanzionatoria del potere ed alle peculiarità della funzione di vigilanza svolta dall'AGCM, che viene nettamente distinta da quella di regolazione⁴¹.

Una posizione molto più sfumata, tuttavia, è stata adottata nel report dell'Ufficio Studi del Consiglio di Stato del 2017⁴², nel quale si è per la prima volta si è ipotizzato il passaggio ad un sindacato di maggiore attendibilità. Nello studio, infatti, il sindacato di maggiore attendibilità viene presentato come l'ultima tappa dell'evoluzione del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, che ha avuto carattere generale e non ha riguardato solo le sanzioni. Inoltre, come esempi di pronunce che hanno anticipato il modello di sindacato in questione, si citano sentenze⁴³ relative ad atti di regolazione dell'AEEGSI, senz'altro sprovvisti di contenuto sanzionatorio.

Già prima della sentenza *Roche Novartis*, peraltro, una parte della dottrina⁴⁴ dava un'interpretazione assai intransigente dell'art. 6 CEDU, sostenendo che tale disposizione imponesse un controllo di carattere pienamente sostitutivo – e quindi più intenso del tradizionale sindacato di attendibilità – non solo per le sanzioni sostanzialmente penali, ma anche per la c.d. materia civile.

Ebbene, come si anticipava, la sentenza in commento esclude in maniera netta che il sindacato di maggiore attendibilità possa trovare applicazione con riferimento agli atti di regolazione, confermando il “tradizionale” sindacato di attendibilità intrinseco ma non sostitutivo.

L'affermazione del Collegio sembra fondarsi sull'assunto che il sindacato di maggiore attendibilità costituisca un controllo di carattere sostitutivo, il quale travalica i limiti del sindacato di legittimità, in ciò distinguendosi dal sindacato di “mera” attendibilità.

Peraltro, è importante precisare che la natura sostitutiva del sindacato di maggiore attendibilità, non affermata in maniera esplicita nella sentenza *Roche Novartis*, è stata messa in discussione da una parte della dottrina⁴⁵. Si è, infatti, sostenuto che il sindacato di maggiore attendibilità possa essere «*ricodotto alle tradizionali categorie dell'eccesso di potere e quindi al parametro della ragionevolezza*», senza alcuna forma di controllo sostitutivo da parte del giudice amministrativo⁴⁶.

⁴¹Cfr. Cons. Stato, n. 4990/2019, cit., par. 1.7.

⁴²Cons. St. Uff. Studi, cit., p. 26.

⁴³Cons. Stato, sez. VI, sent. 19 gennaio 2016, n. 165, relativa ad una delibera AEEGSI avente ad oggetto la «*determinazione dei parametri che incidono sulla voce «remunerazione del capitale investito», che concorre alla formazione della tariffa riconosciuta al distributore del gas*» (cfr. Cons. Stato, Uff. Studi, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, p. 26); Cons. Stato, sez. VI, sent. 3 marzo 2012, n. 1242, relativa ad un'altra delibera AEEGSI, stavolta avente ad oggetto la «*soglia di accesso per la fruizione dei benefici della cogenerazione*»).

⁴⁴F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015, p. 546.

⁴⁵Cfr. F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, su questa *Rivista*, 1, 2021, p. 148 ss.; D. GRANARA, *Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra Corti*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, p. 97.

⁴⁶Cfr. F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori*, cit., p. 164; D.

Si tratta, tuttavia, di una ricostruzione che suscita qualche perplessità, poiché il limite del tradizionale sindacato di attendibilità non sostitutivo consiste proprio nell'impossibilità, da parte del giudice, di censurare la scelta di una delle diverse soluzioni attendibili. Ebbene, il sindacato di maggiore attendibilità parrebbe superare il limite della "non sostituzione", poiché implica l'accertamento della soluzione *più* attendibile ad un determinato problema tecnico opinabile, senza riconoscere all'autorità un margine di apprezzamento tra le diverse soluzioni attendibili.

Del resto, proprio in materia di regolazione tariffaria, la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha talvolta riformato decisioni nelle quali il giudice di primo grado si era indebitamente sostituito all'autorità nell'individuazione del criterio tecnico maggiormente attendibile⁴⁷.

Se si accoglie l'assunto circa la natura sostitutiva del sindacato di maggiore attendibilità, la tesi sostenuta dal Collegio appare condivisibile e coerente con l'assetto complessivo del nostro sistema di giustizia amministrativa, ispirato al principio costituzionale di separazione dei poteri. Nel Codice del processo amministrativo, infatti, i casi di giurisdizione estesa al merito sono indicati tassativamente dall'art. 134 c.p.a. e tra di essi non rientrano gli atti di regolazione⁴⁸. Pertanto, al di fuori di tali limitate ipotesi, il giudice amministrativo effettua un controllo di legittimità, che non gli consente di sostituirsi all'amministrazione e, di conseguenza, neppure di praticare un sindacato di maggiore attendibilità⁴⁹.

A sostegno della scelta di mantenere il sindacato sugli atti regolatori entro i limiti del controllo non sostitutivo, nella sentenza vengono altresì valorizzate le peculiarità della regolazione economica, che viene definita come *"una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare"*⁵⁰. Si mette,

GRANARA, *Sindacato pieno della discrezionalità tecnica*, cit., p. 25, «Il giudice amministrativo, pertanto, nel sindacare la scelta tecnica non si sostituisce all'Amministrazione (né esercita, in proposito, alcuna giurisdizione di merito), ma afferma la prevalenza della scelta tecnica «più attendibile»; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche*, cit., par. 3, «tra il giudizio sì/no e il giudizio più/meno non si riscontrano differenze strutturali tali da concludere che l'uno rientra nel limite della non sostituzione e l'altro invece lo supera».

⁴⁷ Cfr., e.g., Cons. Stato, sez. VI, sent. 25 settembre 2017, n. 4460, par. 7.2: «ritiene il Collegio che la statuizione all'esame abbia travalicato i limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione di esclusiva competenza delle Autorità indipendenti (connotati da ampia discrezionalità immanente nella produzione della regola, peraltro preceduta dalla consultazione dei soggetti interessati che, oltre ad essere un elemento di legittimazione del soggetto regolatore, viene in rilievo anche come elemento di supporto delle scelte regolatorie per selezionare l'opzione preferibile sub specie di maggiore attendibilità entro i limiti dell'opinabilità delle scelte tecnico-scientifiche che di volta in volta vengono in rilievo), essendosi il giudice indebitamente sostituito all'AGCom, titolare del potere esercitato, con l'introduzione di un criterio tariffario sostitutivo di quello previsto nell'impugnata deliberazione».

⁴⁸ Viceversa, come noto, vi rientrano le sanzioni amministrative irrogate dalle autorità indipendenti (ad eccezione di Consob e Banca d'Italia). Non a caso, l'interpretazione della cognizione estesa al merito sulle sanzioni rappresenta uno degli argomenti addotti a sostegno del sindacato di maggiore attendibilità.

⁴⁹ Si tratta, però, di una tesi che non si condivide: come può il giudice accertare se la soluzione tecnica opinabile proposta dall'impresa privata sia più o meno attendibile rispetto a quella prescelta dall'Autorità se non sostituendosi alla medesima nel compimento delle valutazioni tecniche?

⁵⁰ Cfr. sent. n. 8354/2020, cit., par. 1.6. Per arrivare a questa conclusione, si precisa che «nel caso della regolazione economica, il controllo giurisdizionale /«non sostitutivo/» trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto sostanziale: quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato».

dunque, in evidenza il contenuto autenticamente discrezionale dell'attività regolatoria, caratterizzata non solo da valutazioni tecniche ma anche da ponderazioni di interessi.

Il ragionamento svolto dal Collegio sulla natura dell'attività regolatoria è coerente con il progressivo superamento, da parte di dottrina e giurisprudenza, del concetto di neutralità⁵¹ delle autorità indipendenti. In tal senso, è utile menzionare la nota sentenza n. 13/2019⁵², dove la Corte Costituzionale ha la legittimazione dell'AGCM a sollevare questioni di costituzionalità. La Corte, infatti, si sofferma sulla natura dell'attività svolta dall'Autorità, definendola come una «*funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco*»⁵³.

Le affermazioni della Corte sembrano, dunque, qualificare le autorità indipendenti come “ordinarie” amministrazioni portatrici di uno specifico interesse pubblico, con conseguente superamento dei presupposti teorici del modello della regolazione neutrale.

Tale pronuncia è stata criticata da parte della dottrina per la sua eccessiva perentorietà⁵⁴, nella parte in cui nega in radice le peculiarità delle autorità indipendenti. In effetti, una conclusione tanto estrema, oltre ad apparire sostanzialmente isolata nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, finisce per mettere in discussione la stessa esistenza delle autorità indipendenti. Se davvero l'attività delle *authorities* fosse *in toto* assimilabile a quella delle ordinarie amministrazioni, infatti, sarebbe illogico affidarla ad enti sottratti al controllo governativo e recidere il nesso con il circuito democratico-elettorale.

Inoltre, la sentenza della Corte Costituzionale può suscitare qualche perplessità anche laddove qualifica, in via generale, come politico-discrezionali le scelte preordinate all'adozione di atti regolatori. Sul punto, in dottrina e in giurisprudenza sembrano tutt'ora ravvisabili due orientamenti contrastanti: da una parte, un primo indirizzo⁵⁵ ritiene che l'attività regolatoria implichi, almeno in via tendenziale, valutazioni di carattere tecnico. Viceversa, secondo una diversa lettura⁵⁶, apparentemente condivisa anche dalla pronuncia del Consiglio

⁵¹ Cfr., su tutti, V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1, 1997, p. 341 ss. Per una disamina complessiva delle diverse ricostruzioni dottrinali “neutraliste” del ruolo delle autorità indipendenti si veda E. BRUTILIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., p. 31 ss.

⁵² Corte Cost., sent. 31 gennaio 2019, n. 13, in *Foro it.*, 1, 2019, 1523, con nota di JANNARELLI.

⁵³ Corte Cost., n. 13/2019, cit., punto n. 8.

⁵⁴ M. MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, in *Giur. cost.*, 1, 2019, 0127C.

⁵⁵ Sulla (almeno) tendenziale tecnicità delle scelte regolatorie cfr. E. BRUTILIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Vizi e virtù di un modello istituzionale*, in *An. giur. ec.*, 1, 2020, p. 56 ss.; ID., *Regolazione indipendente e politica*, cit., p. 75 ss.; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche*, cit., par. 1. In giurisprudenza cfr. la recente pronuncia Cons. Stato, sez. VI, sent. 30 marzo 2021, n. 2672, peraltro in materia di regolazione del servizio idrico, ove viene chiaramente affermato che «*gli atti delle Autorità amministrative indipendenti sono normalmente espressione di valutazioni tecniche*». Si vedano, in quanto conformi, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, sent. 15 dicembre 2020, n. 8061; TAR Lombardia, Milano, sez. II, sent. 18 aprile 2019, n. 884; Cons. Stato, sez. VI, sent. 15 dicembre 2014, n. 6153.

⁵⁶ In dottrina si vedano, *ex multis*, M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Laterza, Bari, 2007; E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA, la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019; S. FOA, *Autorità di regolazione nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, p. 764, par. 3; R. MANFRELLOTTI, *Indirizzo politico, “diritto mite” e autorità amministrative indipendenti*, in *Osservatorio delle fonti*, 1, 2020, p. 4, ove si sottolinea la natura «*ontologicamente politica*» dell'attività di re-

di Stato in commento, la regolazione consiste in un'attività di cura concreta dell'interesse pubblico e, dunque, si basa su apprezzamenti ascrivibili alla categoria della discrezionalità amministrativa c.d. pura.

Il contrasto tra le due diverse impostazioni sopra esposte appare di non facile soluzione⁵⁷, anche in virtù dei profondi mutamenti di prospettiva verificatisi negli ultimi anni sul rapporto tra Stato e mercato. Nondimeno, ai fini che qui maggiormente interessano, è importante sottolineare che entrambi gli orientamenti ammettono che l'attività regolatoria sia caratterizzata da una presenza di discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa⁵⁸, mentre le differenze di prospettiva riguardano il rapporto, in termini qualitativi e quantitativi, tra le due componenti in questione.

Pertanto, se si ritiene che la regolazione implichi anche ponderazione di interessi e non soltanto valutazioni tecniche, è chiaro che il controllo sugli atti regolatori non potrà avere carattere sostitutivo, dal momento che il giudice non può certo sostituirsi all'amministrazione nel compimento di valutazioni discrezionali⁵⁹, stante il principio di intangibilità del merito amministrativo.

Ovviamente, ciò non significa che il controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione debba compiersi sotto forma di sindacato "debole". Anzi, data la particolare rilevanza degli interessi in gioco e la mancanza di legittimazione diretta tipica delle *Authorities*, tale controllo dovrà essere particolarmente stringente ed approfondito⁶⁰, senza trascurare una piena cognizione delle circostanze di fatto⁶¹ oggetto di controversia. Nondimeno, il giudice dovrà arrestarsi sulla soglia del c.d. sindacato di attendibilità senza potersi sostituire alle valutazioni opinabili compiute dall'autorità competente.

golazione, al pari di qualunque manifestazione del potere pubblico. Inoltre, una disamina ampia ed articolata delle tesi "anti-neutraliste" sviluppatesi in dottrina si trova anche in E. BRUTILIBERATI, *La regolazione indipendente*, cit., p. 45 ss. In giurisprudenza, oltre alla sentenza Corte Cost. 13/2019, cit., si veda anche la stessa sentenza *Roche Novartis*, ove si parla di «*politicità della regolazione economica*» (cfr. Cons. Stato, n. 4990/2019, cit., par. 1.7.1); al concetto di «*discrezionalità amministrativa*» si fa riferimento, con riguardo a Banca d'Italia, anche in Cons. Stato, sez. VI, sent. 9 ottobre 2018, n. 5800.

⁵⁷ La tesi della tendenziale tecnicità delle valutazioni preordinate all'adozione degli atti regolatori appare maggiormente in linea con la scelta di affidare la funzione di regolazione alle autorità indipendenti, oltre che con l'esigenza, sempre più sentita in tempi di rinnovato interventismo statale nell'economia, di individuare una linea di demarcazione tra i compiti delle *authorities* e quelli del Governo. Si veda in merito E. BRUTILIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., p. 78 ss.

⁵⁸ Cfr. E. BRUTILIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., ove si sottolinea che «*la tecnicità delle scelte ordinariamente rimesse alle autorità indipendenti non significa che le stesse non possano essere espressione di visioni e di valori ben definiti e quindi tutt'altro che asettici e neutrali su piano conoscitivo e anche su quello etico*». Si veda anche ID., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, su questa *Rivista*, 2, 2014, p. 94, ove si citano le variegate posizioni di Giulio Napolitano e Marcello Clarich. Di compresenza di discrezionalità tecnica e amministrativa parla in un unico stesso procedimento parla anche A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, cit., p. 163. Cfr. anche F. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA: la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019, p. 6.

⁵⁹ F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso ARERA*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2020, p. 429; F. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA*, cit., p. 7.

⁶⁰ F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 67.

⁶¹ Sul concetto di "accesso al fatto" da parte del giudice amministrativo cfr. F. PATRONIGRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, p. 5.

4. L'applicazione concreta del sindacato di attendibilità

Occorre ora verificare come i principi affermati a livello teorico sul sindacato di attendibilità vengono declinati in termini pratici dal Collegio nell'affrontare le tre questioni principali oggetto del giudizio. In questa materia, infatti, è stata spesso stigmatizzata una certa incoerenza da parte della giurisprudenza, accusata di non dare effettiva attuazione ai principi affermati sul piano astratto⁶².

Viceversa, ad avviso di chi scrive, la sentenza in commento ha effettuato un controllo di intensità del tutto coerente con il modello di sindacato assunto quale punto di riferimento a livello teorico-dogmatico.

Per quanto riguarda il primo problema affrontato dalla sentenza, ossia la mancata considerazione dei costi relativi alle "Altre attività idriche" nella determinazione del Capitale Circolante Netto (CCN), il Collegio ha censurato una contraddizione interna alla stessa delibera impugnata, la quale aveva tenuto conto, ai fini della tariffa, soltanto dei ricavi e non dei costi di tali attività.

In questo caso, il Collegio censura la valutazione dell'Autorità attraverso il principio di logicità-congruità dell'azione amministrativa, cogliendo un vizio logico dell'atto. Siamo quindi di fronte ad un'applicazione classica del sindacato sull'eccesso di potere, fondato sull'individuazione *ab externo* di «fratture»⁶³ nel percorso logico-motivazionale sotteso all'adozione dell'atto.

Pertanto, non c'è alcun dubbio che si tratti di un sindacato "non sostitutivo". Anzi, si può ipotizzare che tale censura sarebbe stata possibile anche seguendo il modello, ormai superato, del c.d. "sindacato estrinseco" basato su un "giudizio con gli occhi del profano"⁶⁴, visto che il GA ha applicato una semplice regola di coerenza logica e non un criterio tecnico-scientifico.

Di grande interesse sono, poi, le considerazioni svolte con riguardo al mancato riconoscimento delle perdite su crediti derivanti da morosità, ossia la questione affrontata per ultima, nella parte finale della sentenza. Sul punto, il Collegio ha riformato la sentenza di primo grado e, per l'effetto, rigettato l'originario ricorso proposto avverso la delibera⁶⁵.

Il percorso argomentativo seguito per motivare la decisione adottata rappresenta un caso paradigmatico di applicazione del sindacato intrinseco di attendibilità non sostitutivo. Da una parte, si tratta di un sindacato intrinseco⁶⁶,

⁶² Tale critica ha peraltro carattere "bidirezionale": secondo alcuni, la giurisprudenza tende a praticare un sindacato meno intenso di quello predicato sul piano teorico: cfr. e.g. F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori*, cit.; secondo altri, invece, il giudice amministrativo tende ad effettuare un controllo troppo penetrante, finendo per sostituirsi all'amministrazione, pur teorizzando il contrario: si veda, e.g., G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, p. 363. Significative in tal senso sono anche le osservazioni critiche fatte dall'ex Presidente dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti nella sua ultima relazione alla Camera dei Deputati, tenutasi il 24 luglio 2020: il testo è reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità al link <https://www.autorita-trasporti.it/rapporti-annuali/rapporto-annuale-2020/>.

⁶³ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Esi, Napoli, 2011, p. 28; F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori*, cit., par. 2; C. MARIANI, *Sindacato del giudice amministrativo e atti regolatori dell'AEEGSI*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2015, p. 303.

⁶⁴ La differenza tra sindacato estrinseco ed intrinseco è efficacemente sintetizzata in R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, cit., par. 3.1.

⁶⁵ Cfr. sent. 8354/2020, punto 4.

⁶⁶ Cons. Stato, n. 162/2016, cit., ove si è affermato che «A fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve avvenire «con gli occhi dell'esperto», ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità: il giudice deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell'Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza con-

visto che il GA scende sul terreno della tecnica e non si limita a cogliere vizi manifesti. Dall'altra, però, si effettua chiaramente un controllo non sostitutivo: il Collegio non si chiede se il criterio di quantificazione dei costi utilizzato dall'Autorità sia più o meno attendibile rispetto al criterio tecnico alternativo proposto dai ricorrenti⁶⁷ (e fatto proprio dall'Autorità stessa nella delibera successiva), ma si limita a vagliarne l'intrinseca attendibilità, concludendo che la scelta dell'Autorità rientri nella ristretta gamma delle soluzioni attendibili, risultando «non di per sé irragionevole»⁶⁸.

Ebbene, tale passo della sentenza mostra in maniera esemplare la differenza tra sindacato di attendibilità e di maggiore attendibilità. È, infatti, molto probabile che se, viceversa, il Collegio avesse adottato l'approccio del sindacato di maggiore attendibilità, avrebbe deciso in senso opposto, ossia annullando il criterio stabilito dalla libera⁶⁹. Ciò, dunque, conferma che l'applicazione di uno dei due modelli di controllo giudiziale non è questione esclusivamente teorica, ma produce conseguenze pratiche di grande rilievo.

Infine, si deve esaminare il capo della sentenza relativo al mancato riconoscimento degli oneri finanziari sui conguagli dovuti al gestore in caso di consumi inferiori alle attese e non completa copertura dei costi sostenuti. Come già evidenziato, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima la mancata inclusione della suddetta componente tra i costi rilevanti ai fini tariffari⁷⁰ per violazione del principio del *full cost recovery*.

Il Collegio ha, dunque, svolto un sindacato assai penetrante, al punto che ci si può chiedere se sia effettivamente rimasto nei limiti del controllo di attendibilità o se, invece, si sia sostituito all'Autorità nella decodificazione e "contestualizzazione"⁷¹ del concetto indeterminato di integrale copertura dei costi.

A tal proposito, è importante rilevare che anche in altri settori regolati l'applicazione del principio del *full cost recovery* ha suscitato incertezze circa l'intensità e i limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche.

Ad esempio, in materia di servizi postali il TAR Lazio⁷² ha annullato una delibera dell'AGCOM⁷³, nella quale si determinava, tra l'altro, il corrispettivo dovuto a Poste Italiane s.p.a. per la restituzione di corrispondenza affidata ad altri operatori postali che, a causa di errori nella spedizione, fosse stata rinvenuta nei Centri di Meccanizzazione Postale (CMP) gestiti da Poste Italiane. In particolare, il TAR ha ritenuto illegittima per contrasto con il principio del *full*

fondere il piano della difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) con quello della irragionevolezza o dell'inadeguatezza motivazione».

⁶⁷ Come già sottolineato *supra*, par. 2.2, nella delibera ARERA si era scelto di ricomprendere le perdite su crediti derivanti da morosità dell'utenza nel coefficiente "Beta", espressivo della rischiosità del settore idrico in generale. Viceversa, i ricorrenti ritenevano che tale componente dovesse essere considerata alla stregua di un'autonoma voce di costo, come poi effettivamente stabilito da ARERA nella delibera relativa al regime tariffario per il periodo successivo.

⁶⁸ Cfr. sent.n. 8354/2020, cit., par. n. 4.2.

⁶⁹ Leggendo "in controluce" la sentenza, infatti, è agevole comprendere che il Collegio concorda con il TAR Lombardia nel ritenere il criterio adottato nella delibera successiva "maggiormente attendibile" e più accurato di quello fatto proprio dalla delibera impugnata.

⁷⁰ Cfr. sent. n. 8354/2020, cit., par. n. 3.2.

⁷¹ Cfr. non solo sentenza stessa ma anche giurisprudenza passata e ricognizioni dottrinali.

⁷² TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 22 settembre 2016, n. 9902, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷³ Cfr. AGCOM delibera 621/15/CONS del 05.11.2015, recante rubrica «condizioni giuridiche ed economiche di restituzione degli invii affidati ad altri operatori e rinvenuti nella rete di Poste Italiane», reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità nella sezione «Documentazione».

cost recovery la scelta di commisurare il corrispettivo ai soli costi addizionali sostenuti da Poste Italiane per le operazioni di restituzione, senza tener conto «del costo, pro quota, di svuotamento delle cassette»⁷⁴. Nel giudizio d'appello, tuttavia, il Consiglio di Stato ha riformato tale decisione, ritenendo non condivisibile la valutazione del TAR⁷⁵ e, in ogni caso, rilevando come la sentenza di primo grado avesse «travalicato i limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione di esclusiva competenza delle autorità indipendenti (...) essendosi il giudice indebitamente sostituito all'AGCom, (...) con l'introduzione di un criterio tariffario sostitutivo di quello previsto nell'impugnata deliberazione»⁷⁶.

Un'altra vicenda giudiziaria di grande interesse sotto il profilo dell'intensità del sindacato giurisdizionale in materia di regolazione tariffaria e recupero dei costi ha riguardato una delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) relativa alla determinazione del canone di accesso alla rete ad Alta Velocità. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato, riformando la precedente decisione del TAR Piemonte⁷⁷, ha considerato illegittimi i criteri adottati dall'Autorità⁷⁸, per non aver tenuto conto della remunerazione del capitale investito nella realizzazione della rete da parte del gestore della rete, ossia la società RFI s.p.a. L'ART, tuttavia, ha ritenuto che con tale decisione il Consiglio di Stato avesse compiuto un inammissibile sindacato sostitutivo e, pertanto, ha presentato ricorso per Cassazione ex art. 111, c. 8, Cost., deducendo la violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo⁷⁹. Il giudizio di Cassazione non risulta essere stato ancora definito.

Alla luce dei precedenti riportati, si può comprendere quanto possa essere in concreto problematico il sindacato giurisdizionale sulla corretta applicazione, da parte di un'autorità di regolazione, del criterio del *full cost recovery*. Tali

⁷⁴ TAR Lazio, n. 9902/2016, cit.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. VI, sent. 25 settembre 2017, n. 4460, par. 7.2: «deve ritenersi rispondente a un ragionevole bilanciamento degli interessi in contesa e conforme ai criteri tariffari stabiliti dagli artt. 12 della direttiva 97/67/CE e 13, comma 3, d.lgs. n. 261/1999 il riferimento tariffario ai costi incrementali (aggiuntivi o evitabili) rapportati alle fasi di lavorazione specificamente riferibili al servizio di restituzione, consentendo il criterio adottato a Poste Italiane di recuperare i costi che non sosterebbe se non fornisse il servizio in questione; per contro, l'accollo agli operatori alternativi di costi comunque da sostenere da Poste Italiane anche a prescindere dalla presenza nella propria rete di invii affidati ad altri operatori (quali i costi relativi allo svuotamento della cassette di impostazione, peraltro non configurabili in relazione a tutte le tipologie interferenziali) comporterebbe una remunerazione del servizio superiore all'ammontare dei costi effettivamente sostenuti per il servizio di restituzione e, al contempo, un onere economico discriminatorio e non trasparente a carico di detti operatori».

⁷⁶ Cons. Stato 4460/2017, cit., par. 7.2.

⁷⁷ TAR Piemonte, Torino, sez. II, sent. 21 aprile 2017, n. 541, su cui si veda P. MALANETTO, *I provvedimenti dell'Autorità dei trasporti e il loro sindacato giurisdizionale: la giurisprudenza del T.A.R. per il Piemonte e le questioni aperte*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

⁷⁸ Cons. Stato, sez. VI, sent. 9 settembre 2019, n. 6108. Cfr., in particolare, par. 3.1 del considerato in diritto: «Dal complesso delle disposizioni sopra richiamate si desume che, in via ordinaria, i canoni di accesso ed utilizzo dell'infrastruttura sono stabiliti al costo di circolazione direttamente legato all'uso da parte delle imprese ferroviarie dell'infrastruttura. Nel canone di accesso possono essere tuttavia incluse componenti aggiuntive a copertura dei costi di investimento per specifici progetti, al netto delle fonti di finanziamento alternative e purché si tratti di progetti che migliorino l'efficienza e la redditività della rete. In tali casi, l'Autorità di regolazione è chiamata a stabilire criteri per la determinazione del canone di accesso finalizzati al recupero non solo dei costi diretti, ma anche dei costi totali.

Ebbene, tra i predetti «costi» va di regola incluso – al cospetto di servizi economici di interesse generale, per i quali cioè esista un mercato di riferimento – anche il rendimento del capitale investito».

⁷⁹ Cfr. relazione dell'Autorità nonché relazione di Camanzi già citata.

criticità, come evidenziato, possono riscontrarsi anche nella sentenza in commento, stante la difficoltà di definire con precisione i confini del concetto indeterminato di “pieno recupero dei costi”.

Cionondimeno, nel caso di specie il Collegio sembra aver effettuato un controllo senz'altro assai puntuale ma comunque rispettoso dei limiti del sindacato di attendibilità non sostitutivo. La decisione assunta, infatti, appare coerente con l'assetto complessivo della regolazione del servizio idrico, rispetto al quale risultava, invece, distonica la mancata computazione degli oneri finanziari derivanti dalla «*ritardata disponibilità*» delle somme oggetto di conguaglio. In effetti, alla luce della *ratio* sottesa al meccanismo dei conguagli, è condivisibile l'affermazione del Collegio circa la natura di «*ricavi ritardati*» di tali somme, poiché la corresponsione delle medesime al gestore, seppur differita nel tempo, si fonda sul servizio erogato in un determinato anno ed è garantita sulla base della stima dei consumi effettuata nel piano economico e finanziario (PEF). Peraltro, sui conguagli la stessa delibera impugnata ammetteva quale voce di costo l'inflazione⁸⁰, ragion per cui sembra incoerente non riconoscere il suddetto onere finanziario dovuto al conseguimento ritardato di tali somme.

Se la sentenza appare rispettosa delle coordinate essenziali della regolazione del servizio idrico, qualche considerazione ulteriore è necessaria con riferimento all'intrinseca adeguatezza del modello regolatorio in questione, specie alla luce dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006 che, dopo il referendum del 2011, fa ormai esclusivo riferimento al canone dell'integrale copertura dei costi sostenuti.

5. Gli incerti confini del principio del *full cost recovery* nel servizio idrico integrato

Come noto, il referendum del 2011 ha eliminato dal disposto dell'art. 154, d.lgs. n. 152/2006 il riferimento alla «*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*». Sebbene la Corte Costituzionale, nel giudizio sull'ammissibilità del referendum, avesse ritenuto che la normativa di risulta fosse priva di profili di contraddittorietà e pienamente rispettosa dei principi previsti dal diritto europeo⁸¹, l'interpretazione dell'effettiva portata della novella comportò sin da subito alcune criticità.

⁸⁰ Cfr. delibera n. 585/2012, cit., p. 10. Peraltro, va detto che con la successiva delibera 88/2013/R/IDR del 28 febbraio 2013, reperibile sul sito dell'Autorità al link <https://www.arera.it/allegati/docs/13/088-13.pdf>, l'Autorità aveva limitato il riconoscimento dell'inflazione alla sola seconda annualità delle due previste tra l'anno di riferimento e il momento dell'effettiva corresponsione dei conguagli. Tale decisione, tuttavia, è stata considerata illegittima in quanto *introduceva «senza apparente motivazione (...) una limitazione al recupero di un costo, in contrasto con il principio di copertura integrale»*: TAR Lombardia, Milano, sez. II, sent. 14 maggio 2014, n. 1258, commentata anche da L. CORTI, *Tariffe del servizio idrico*, cit. Nel giudizio d'appello avverso tale sentenza, si è dichiarata cessata la materia del contendere in quanto la successiva delibera 643/2013, cit., ha superato il suddetto criterio: cfr. Cons. Stato, sez. VI, sent. 29 dicembre 2020, n. 8503.

⁸¹ Corte Cost., sent. 26 gennaio 2011, n. 26, pubblicata in *Giur. cost.*, 1, 2011, p. 293, con nota di LUCARELLI; in *Foro it.*, 1, 2011, c. 670, con nota di ROMBOLI; in *Giur. it.*, 2012, p. 279, con nota di SCARLATTI. Ad avviso della Corte, la formulazione risultante dal referendum era comunque idonea la nozione di tariffa come corrispettivo, essendo «*determinata in modo tale da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio «chi inquina paga»*», nel pieno rispetto di quanto previsto dall'art. 9, dir. 2000/60/CE.

Si vennero, infatti, a formare due distinti indirizzi interpretativi: secondo una prima lettura, che potremmo chiamare “massimalista”, a seguito del referendum doveva ritenersi *in toto* preclusa qualunque forma di remunerazione del capitale e di riconoscimento di profitti a favore del gestore del servizio idrico. Viceversa, secondo una diversa tesi, che si potrebbe definire “minimalista”, l’esito referendario si limitava ad impedire la previsione di una remunerazione dovuta in misura fissa a beneficio del gestore, come invece accadeva prima della consultazione popolare: il d.m. 1° agosto 1996 prevedeva un tasso di remunerazione fisso pari al 7% sul capitale investito.

Dei due orientamenti sopra riassunti, l’approccio “massimalista” era certamente più coerente con l’effettiva volontà dei comitati promotori del referendum⁸². Del resto, anche la Corte Costituzionale, nell’ammettere il quesito referendario, ne aveva identificato la «*finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell’acqua*»⁸³. Peraltro, è significativo notare come in tale pronuncia la Corte avesse altresì rigettato un’eccezione sollevata dall’Avvocatura dello Stato, ad avviso della quale il referendum era da considerarsi privo di effetto utile «*dato che, eliminando il riferimento normativo «all’adeguatezza della remunerazione del capitale investito», nulla vieterebbe che, nella determinazione della tariffa di un servizio qualificato di rilevanza economica, debba o comunque possa tenersi conto della remunerazione del capitale investito*»⁸⁴.

Nonostante tali considerazioni, tuttavia, accogliere la tesi “massimalista” avrebbe comportato rilevanti criticità sul piano sistematico: in particolare, è evidente che escludere in radice la possibilità di riconoscere una remunerazione del capitale investito avrebbe, di fatto, impedito ogni forma di coinvolgimento dell’iniziativa economica privata, dal momento che un’impresa con scopo di lucro non trova alcun incentivo nel prendere in carico la gestione di un servizio se le è precluso il conseguimento di un margine di profitto⁸⁵. Pertanto, corollario inevitabile della tesi “massimalista” sarebbe stato il ritorno ad una gestione integralmente pubblicistica delle risorse idriche.

Una soluzione siffatta non contrasterebbe con il diritto euro-unitario, il quale lascia gli Stati membri liberi di scegliere quale modello di gestione del servizio idrico adottare, senza imporre l’esternalizzazione del servizio ad imprese private⁸⁶. Nondimeno, una completa “ripubblicizzazione” dell’acqua non sarebbe

⁸² Cfr. A. TRAVI, *La disciplina tariffaria*, cit., pp. 130-131; S. MAROTTA, *Razionalità economica e funzione allocativa del diritto*, cit., p. 244. Considerazioni ricostruttive sulla volontà dei proponenti si trovano anche in S. ARU, *La gestione del servizio idrico tra Europa, Stato, Regioni e volontà popolare*, in *Federalismi*, 6, 2019, *passim*.

⁸³ Corte Cost., n. 26/2011, cit.

⁸⁴ Corte Cost., n. 26/2011, cit. A tale obiezione della difesa erariale, la Corte ribatte osservando che «*Non si può condividere, al riguardo, l’ulteriore rilievo circa la presunta inidoneità del quesito a perseguire il fine di eliminare la remunerazione del capitale investito, non potendosi non tenere conto anche di quest’ultimo nella determinazione della tariffa di un servizio qualificato di rilevanza economica. Invero, il quesito in questione risulta idoneo al fine perseguito, perché, come sopra si è notato, coesenziale alla nozione di “rilevanza” economica del servizio è la copertura dei costi (sentenza n. 325 del 2010), non già la remunerazione del capitale*». Sulla differenza tra metodo economico e metodo imprenditoriale – improntato al conseguimento del profitto, si vedano le interessanti valutazioni critiche di A. TRAVI, *La disciplina tariffaria*, cit.

⁸⁵ Esprime tale concetto a chiare lettere A. TRAVI, *La disciplina tariffaria*, cit., p. 131, affermando che «*una gestione che ignori la remunerazione del capitale può essere soltanto pubblica*».

⁸⁶ Cfr. art. 9, dir. 2000/60/CE e A. BENEDETTI, *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici*, cit., p. 29.

coerente con il quadro normativo vigente in materia di servizi pubblici locali e con i limiti all'affidamento *in house* previsti dall'art. 192, d.lgs. n. 50/2016. Inoltre, sin dal 2011, apparve subito chiaro che escludere le gestioni private sarebbe stato, nei fatti, alquanto difficoltoso, in ragione dell'ingente dispendio di risorse che ciò avrebbe comportato da parte del settore pubblico.

Alla luce di tali rilievi, non sorprende che sia l'Autorità di regolazione⁸⁷ sia la giurisprudenza⁸⁸ abbiano optato per la tesi "minimalista", ritenendo che il principio del *full cost recovery* implicasse anche la copertura del costo del capitale e che, viceversa, la nozione di «*adeguatezza della remunerazione*» facesse esclusivo riferimento alla fissazione di un rendimento fisso del capitale investito. Peraltro, il Consiglio di Stato nel 2017, chiamato a pronunciarsi sulla questione in grado d'appello, ha disposto una CTU per verificare se la ragionevolezza ed attendibilità del metodo tariffario scelto dall'Autorità, che prevedeva la copertura del costo-opportunità del capitale investito. A fronte della risposta favorevole dei consulenti tecnici, il Consiglio ha quindi rigettato l'appello e confermato la validità del criterio in questione.

Sebbene il collegio peritale abbia analizzato in modo molto approfondito la metodologia tariffaria adottata⁸⁹, non ha – né mai avrebbe potuto – affrontato il vero *punctum dolens* della controversia, cioè l'effettiva portata del referendum del 2011, ossia, in particolare, se l'esito della consultazione precluda oppure no il riconoscimento di una remunerazione del capitale investito: su questo profilo, la sentenza del 2017 non sembra pronunciarsi in termini chiari, preferendo, invece, fare riferimento alla correttezza del criterio adottato sul piano della scienza economica.

Al di là delle considerazioni tecniche svolte nella CTU, infatti, appare difficile negare che il costo del capitale consista, nella sostanza, in una forma di remunerazione del medesimo. A tal proposito, è significativo notare che la sentenza in commento, a differenza della pronuncia del 2017, definisca espressamente il costo del capitale come «*remunerazione del capitale investito intesa come costo opportunità*»⁹⁰.

Pertanto, è innegabile che il quadro normativo attuale, per come interpretato dalla giurisprudenza e dal regolatore, riconosca una remunerazione del capitale investito da parte del gestore, seppur non ad una misura fissa. Se ciò è vero, il dettato normativo non appare più in linea con le esigenze della prassi effettiva del settore alla luce dello sviluppo del diritto vivente. L'art. 154, d.lgs. n. 152/2006, infatti, non fa alcun riferimento alla componente remunerativa, che viene, dunque, demandata integralmente all'attività regolatoria dell'Autorità. La remunerazione del capitale, tuttavia, rappresenta un tema importante e, come dimostra inequivocabilmente la vicenda referendaria, ben lungi dall'essere politicamente neutro.

Pertanto, parrebbe auspicabile un nuovo intervento del legislatore, che de-

⁸⁷ Cfr. delibera 585/2012, cit., ma anche le delibere successive in materia di servizio idrico integrato.

⁸⁸ TAR Lombardia, Milano, sez. II, sentenze nn. 779-780, 2014; Cons. Stato, sez. VI sent. 26 maggio 2017, n. 2481. Entrambi i giudizi avevano ad oggetto la stessa delibera 585/2012, cit., che stabiliva il metodo tariffario transitorio e che forma oggetto del giudizio conclusosi con la sentenza in commento. Ed infatti, come già ricordato *supra*, prima di pronunciare la sentenza n. 8354/2020, cit., il Collegio aveva sospeso il processo in attesa della definizione del giudizio avente ad oggetto la conformità del MTT rispetto ai principi affermati dal referendum del 2011.

⁸⁹ Cons. Stato, n. 2481/2017, cit., punto 5.1.2.

⁹⁰ Cons. Stato, n. 8354/2020, cit., punto 3.2.

termini almeno i criteri di fondo ai quali l'Autorità deve attenersi nella corresponsione di somme a titolo di remunerazione del capitale investito, posto che sul piano giuridico tale voce non può, per ovvie ragioni, essere parificata ad un qualunque altro costo.

5.1. Segue: il regime dei conguagli e l'allocazione del rischio

Infine, qualche ulteriore considerazione è necessaria con riferimento al sistema dei c.d. conguagli dovuti al gestore in caso di consumi (e ricavi) inferiori rispetto a quelli preventivati⁹¹. In proposito, la sentenza in commento è molto chiara nell'illustrare che, attraverso tale meccanismo, si evita che il c.d. rischio di domanda gravi sul gestore⁹². Si tratta di un approccio funzionale a preservare l'equilibrio economico-finanziario del gestore stesso. Peraltro, è importante precisare che il sistema dei conguagli ha operatività bilaterale: qualora i consumi siano superiori rispetto a quelli attesi, sarà il gestore a dover corrispondere somme a titolo di conguaglio sotto forma di rimborso a favore dell'utenza.

La tecnica regolatoria in questione implica una precisa scelta in punto di allocazione del rischio, secondo un criterio differente da quello adottato con riferimento ad altri servizi pubblici: ad esempio, nel settore dei trasporti il rischio di domanda resta, in genere, in capo al gestore. Più in generale, uno degli elementi distintivi delle concessioni di servizi è l'allocazione del rischio di domanda in capo al concessionario, oltre alla struttura trilaterale del rapporto data dall'erogazione del servizio a favore dell'utenza⁹³.

Il criterio di ripartizione del rischio adottato dall'Autorità può, probabilmente, trovare una spiegazione alla luce delle peculiarità del servizio idrico, che è un servizio super-essenziale la cui domanda dipende da bisogni primari dell'utenza. Nonostante ciò, tuttavia, non si può fare a meno di rilevare che tale regime di allocazione dei rischi appare privo di una esplicita copertura legale: le disposizioni normative in materia, infatti, si limitano a prevedere il principio di equilibrio economico e finanziario del gestore⁹⁴, ma non contengono alcuna disposizione circa la ripartizione dei rischi.

⁹¹ Cfr. *supra* par. 2.2.

⁹² Cons. Stato, n. 8354/2020, cit., par. 3.2: «il meccanismo per cui i conguagli si determinano in un periodo di tempo successivo rispetto al periodo di fatturazione deriva da una scelta regolatoria relativa alla determinazione della tariffa nel settore idrico, basata sulla *revenue regulation* (dove il rischio di domanda non resta in capo al gestore), anziché sul *pricecap* puro (dove il rischio di volumi è invece in capo al gestore)».

⁹³ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, sent. 1° aprile 2019, n. 2128; Cons. Stato, sez. V, sent. 22 marzo 2019, n. 1922; Cons. Stato, sez. VI, sent. 16 luglio 2015, n. 3571; Cons. Stato, sez. VI, sent. 4 agosto 2009, n. 4890; TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 12 maggio 2012, n. 2614, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it; si vedano anche CGUE, causa C-458/03, sent. 13 ottobre 2005, *Parking Brixen GmbH*; CGUE, causa C-206/2008, sent. 10 settembre 2009 reperibili in www.curia.eu; con riferimento alla nozione di «rischio operativo», l'art. 3, comma 1, lett. zz), d.lgs. n. 50/2016 la definisce come «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile».

⁹⁴ Cfr. d.P.C.M. 20 luglio 2012, art. 2, lett. d); fa invece riferimento al concetto di «redditività» e «economicità» dei servizi la nota legge n. 485/2012. La nozione di economicità è ripresa anche dall'art. 10, comma 11, d.l. n. 70/2011. Nella stessa logica si pone anche la co-

Tale lacuna appare problematica per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, come già evidenziato, il regime previsto in materia di servizio idrico costituisce una deroga agli ordinari principi in materia di concessione di servizi, oggi esplicitati anche nel codice dei contratti pubblici. Ciò, tuttavia, in mancanza di uno specifico fondamento legale, potrebbe determinare criticità rilevanti con riferimento alla disciplina applicabile ai rapporti concessori con i gestori: un problema che, nei prossimi anni, potrebbe acquisire un rilievo pratico non trascurabile, dal momento che molte concessioni sono vicine alla scadenza.

Inoltre, l'allocazione del rischio rappresenta una scelta di *policy* di fondo, che implica un bilanciamento di interessi oltre che valutazioni di ordine tecnico. Pertanto, come già affermato con riferimento alla remunerazione del capitale, anche la ripartizione dei rischi meriterebbe maggiore attenzione da parte della disciplina legale, che ne dovrebbe definire almeno le coordinate essenziali, per non demandare *in toto* la disciplina di tale profilo all'attività del regolatore.

6. Brevi considerazioni conclusive e spunti *de iure condendo*

Dall'esame della sentenza in commento possono trarsi considerazioni interessanti sia con riferimento al tema, di carattere più generale, del sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione, sia con riguardo allo specifico settore idrico.

Sotto il primo profilo, la sentenza sembra confermare l'adesione al tradizionale modello del sindacato di attendibilità non sostitutivo. Si tratta di un approccio ormai consolidato, che – almeno con riferimento agli atti regolatori – rappresenta un buon punto di equilibrio tra le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ed il principio di separazione dei poteri. Attraverso tale sindacato, infatti, si consente al giudice amministrativo di verificare compiutamente la correttezza delle valutazioni tecnico-economiche, avvalendosi, anche degli opportuni mezzi istruttori, ma senza sconfinare in un vero e proprio controllo sostitutivo. Di conseguenza, sembra corretto escludere che la discussione attualmente in atto sul c.d. sindacato di maggiore attendibilità possa estendersi al di fuori degli atti di natura sanzionatoria.

Si è, poi, evidenziato come uno dei punti di maggiore criticità nel sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione tariffaria sia la concreta applicazione del principio del *full cost recovery*. Tale problema, pur riguardando anche altri settori, si è posto in maniera particolarmente accentuata in materia di servizio idrico, in virtù delle note difficoltà seguite al referendum del 2011 e di qualche lacuna nella disciplina normativa di riferimento, che continua ad essere dettata dall'art. 154, d.lgs. n. 152/2006.

Ebbene, per far fronte alle aporie sopra ricostruite, potrebbe essere auspicabile un intervento da parte del legislatore, che disciplinasse, sul piano dei principi fondamentali, i criteri di ripartizione del rischio e di riconoscimento di margini di profitto sul capitale. Naturalmente, con ciò non si vuole certo proporre un abbandono della tecnica regolatoria, né un ridimensionamento delle

municazione n. 477/2000, cit., della Commissione europea, che fissa l'obiettivo di rendere maggiormente sostenibile sul piano economico-finanziario la gestione delle risorse idriche.

attribuzioni dell'Autorità. Al contrario, si ritiene che il ruolo dell'Autorità possa trarre giovamento dalla definizione di una cornice legale nella quale si precisassero alcune scelte di fondo circa gli obiettivi da seguire, specie con riferimento a questioni che implicano un'attività di ponderazione di interessi. In definitiva, un rafforzamento della legalità ben potrebbe portare ad un rafforzamento della posizione del regolatore indipendente.



COMMENTI

Verificazioni e valutazioni tecniche: la “dimensione” processuale del problema

Verifications and technical choices: procedural ‘perspective’ of the problem

di **Simone Rodolfo Masera** *

ABSTRACT

Il commento analizza l'evoluzione dell'intensità del controllo del giudice amministrativo sulle scelte tecniche delle autorità indipendenti, con particolare riguardo ai poteri istruttori del giudice. Infatti, nella più recente giurisprudenza emerge un modello di controllo giurisdizionale che consente al giudice di verificare la maggiore o minore attendibilità delle menzionate scelte tecniche, e ciò in particolare grazie ad un diffuso utilizzo delle verificazioni, peraltro con modalità tali da assicurare pieno contraddittorio tra le parti. Tale indirizzo esprimerebbe una progressiva consapevolezza del giudice amministrativo circa la necessità di affrontare la tematica dei limiti del sindacato nei confronti delle autorità indipendenti secondo una “prospettiva” processuale, in coerenza con i poteri istruttori del nuovo codice del processo amministrativo.

Parole Chiave: Sindacato giurisdizionale – Autorità indipendenti – Mezzi istruttori

The article analyzes evolution of the judicial control of the Administrative Courts on the technical choices of the independent authorities, with particular regard to the investigative powers of the administrative judge.

Infact, in the most recent jurisprudence, a judicial control model emerges that allows the judge to verify the greater or lesser reliability of the technical choices, with a widespread use of verifications, moreover in ways that ensure full contradiction between the parties.

This orientation expresses the administrative judge's progressive awareness of affirming a normal judicial review of independent authorities according to a procedural “perspective”, and in line with the investigative powers of the new administrative process code.

Key Words: Judicial review – Independent authorities – Investigative powers of the administrative judge

CONS. STATO, SEZ. VI, 10 GIUGNO 2021, N. 4465

Estratto

«OMISSIS

2. Avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente, deducendo i seguenti motivi:
a) l'erroneità del capo di sentenza con cui il TAR aveva dichiarato parzialmente inammissibile il gravame nella parte in cui era stata impugnata anche la deliberazione AEEGSI n. 531/2014/R/GAS (che, secondo i primi giudici, avrebbe dovuto essere impugnata autonomamente, entro l'ordinario termine di decadenza), in quanto la lesività delle previsioni di detta delibera si era manifestata unicamente a causa dell'applicazione fattane ad opera della delibera 66/2016/R/GAS;

* Professore a contratto di diritto urbanistico e legislazione di oo.pp., Università degli Studi di Pavia; abilitato ASN alle funzioni di professore di I e II fascia di diritto amministrativo.

b) l'erroneità della statuizione reiettiva delle censure relative al riconoscimento solo parziale delle immobilizzazioni relative al sito di San Potito e Cotignola, attesa per un verso la palese irragionevolezza delle motivazioni addotte a giustificazione del mancato riconoscimento di una parte degli investimenti, frutto di un'interpretazione distorta dei criteri stabiliti dall'art. 3.3 della delibera 531/2014/R/GAS e, in particolare, di un'applicazione del tutto arbitraria del criterio dell'efficienza, e stante, per altro verso, la palese inattendibilità e inadeguatezza del metodo in concreto utilizzato per verificare l'efficienza dell'impianto in oggetto, nonché l'omessa pronuncia sul secondo motivo di ricorso, volto a contestare l'introduzione del cd. coefficiente di proporzionamento che costituirebbe l'aspetto più critico della delibera n. 66/2016/R/gas;

OMISSIS

5.3 Scendendo all'esame del secondo motivo d'appello *sub* 2.b), si osserva che la risoluzione delle questioni devolute in appello con il motivo all'esame non può che passare attraverso il vaglio delle risultanze della verifica disposta nel presente grado con l'ordinanza n. 7430 del 30 ottobre 2019 sui quesiti riportati sopra *sub* § 4. (con la precisazione che il vizio di omessa pronuncia sul secondo motivo di primo grado non comporta l'annullamento con rinvio al primo giudice, ma la devoluzione in appello del motivo non esaminato e il conseguente potere/dovere del giudice d'appello di deciderlo nel merito).

5.3.1 In via preliminare il verificatore – richiamando le definizioni delle diverse tipologie dei gas di stoccaggio tratte dal documento «*Indagine conoscitiva sull'attività di stoccaggio di gas naturale*», svolta congiuntamente dall'AEEG (oggi, ARERA) e dall'AGCM e pubblicata con delibera VIS 51/09 del 28 maggio 2009 sul sito dell'Autorità (documento, che deve ritenersi esaustivo sotto un profilo tecnico e, in quanto contenente l'esplicitazione di concetti tecnico-scientifici, tutt'ora attuale, con la conseguente corretta assunzione, da parte del verificatore, a fonte conoscitiva) – ha provveduto a distinguere e definire le diverse tipologie di gas in stoccaggio come segue:

– il *cushion gas* (CG), che deve restare immobilizzato nel sito per consentire l'erogazione del *working gas* e che, pertanto, costituisce una risorsa immobilizzata e non estraibile per la vendita;

– il *working gas* (WG), che si distingue in *working gas erogabile* (WGe), ovvero il gas che può essere messo a disposizione e reintegrato per essere utilizzato ai fini della prestazione di servizi di stoccaggio, e *pseudo-working gas*, di fatto assimilabile al *cushion gas*, in quanto risulta funzionale all'utilizzo del *working gas erogabile* e non è oggetto di allocazione agli utenti.

Proprio alla luce della classificazione appena riportata, il verificatore ha poi circoscritto il concetto di «*efficienza*» – a cui l'art. 3.3 della delibera n. 531/2014/R/GAS, attraverso l'uso di un concetto indeterminato non ulteriormente definito, subordina l'ammissibilità degli investimenti –, soffermandosi sulle nozioni di *efficienza tecnica* e di *efficienza economica*, fornendo al riguardo i seguenti chiarimenti:

– l'*efficienza tecnica* deve intendersi come il rapporto fra il (solo) *working gas erogabile* (WGe), con esclusione quindi dello *pseudo-working gas*, e la somma di *working gas* (WG) + *cushion gas* (CG);

– l'*efficienza economica* (dello spazio) è il rapporto fra l'investimento effettuato e le prestazioni di spazio rese dal sito (anche in questo caso, in linea con l'indagine conoscitiva VIS 51/09 del 28 maggio 2009, che definisce il concetto in esame come «*costo di investimento per unità di WGe ottenuto*»), per cui è necessario far riferimento, nel denominatore, al solo *working gas erogabile*, con esclusione dello *pseudo-working gas*.

5.3.2 Sulla base di tali premesse definitorie e metodologiche, il verificatore ha provveduto ad effettuare una valutazione delle prestazioni del sito di San Potito e Cotignola, sia rispetto agli altri siti attualmente attivi in Italia, sia in relazione ai dati di carattere previsionale contenuti nel decreto di concessione.

OMISSIS

5.3.3 Sotto un diverso profilo, il verificatore ha messo a confronto le prestazioni effettive del sito con i dati contenuti nell'originario decreto di concessione.

Il verificatore ha, al riguardo, riscontrato una sostanziale corrispondenza fra, per un verso, la riduzione percentuale dell'investimento previsto, pari al 43% (dai 423,9 milioni di euro previsti in concessione ai 241,4 milioni di euro effettivi), e, per altro verso, la riduzione percentuale del *working gas erogabile* – ossia l'unica tipologia di gas che assume rilievo dal punto di vista economico –, pari al 39,6% (dai 580 MSmc previsti ai 350 MSmc effettivi).

In tal modo, il verificatore ha sostanzialmente smentito l'assunto sulla cui base l'Autorità aveva giustificato l'introduzione del cd. coefficiente di riproporzionamento, ossia quello secondo il quale la riduzione dell'investimento previsto sarebbe avvenuta a fronte di un deterioramento proporzionalmente molto più elevato dell'efficienza del sito in termini di spazio. Tale presunta perdita di efficienza discendeva infatti, d'un lato, dall'erronea scelta di considerare anche lo *pseudo-working gas* nel calcolo dell'efficienza del sito e, dall'altro lato, da una stima del valore relativo allo *pseudo-*

working gas che il verificatore ha ritenuto «*assolutamente abnorme*» (pari a 335 MSmc, laddove la somma degli *pseudo-working gas* di tutti i siti di stoccaggio italiani è pari a 251 MSmc).

OMISSIS

5.3.5 Sotto altro profilo ancora, il verificatore ha ritenuto esulante dai limiti della ragionevolezza tecnica un calcolo dell'efficienza economica del sito che tenga conto anche dello *pseudo-working gas* – segnatamente nel caso di specie, connotato dalla peculiarità che, in sede di concessione, era stato ipotizzato un valore di *pseudo WG* palesemente abnorme –, sulla base dei seguenti rilievi: «*Di fatto, lo Pseudo-WG non è una prestazione da offrire al mercato ma rappresenta del gas da acquistare e immobilizzare nel giacimento per garantire la prestazione di punta. Ai fini tariffari, lo pseudo WG è sempre stato trattato da ARERA esattamente allo stesso modo del cushion gas, ossia come un capex che concorre alla quota di ricavo tariffario da investimento. I dati relativi alla concessione che l'Autorità utilizza come riferimento per calcolare il c.d. coefficiente di riproporzionamento contengono invece l'anomalia di un quantitativo di pseudo-working gas enorme, che abbassa in misura abnorme il coefficiente di riproporzionamento. Se l'Autorità avesse considerato nel calcolo del coefficiente solamente il WGe, avrebbe trovato che l'efficienza economica del sito sarebbe diventata a regime inferiore del valore di partenza [...], annullando quindi la necessità del coefficiente di riproporzionamento*».

La relazione di verifica perviene quindi alla conclusione della non conformità ai correnti parametri di ragionevolezza tecnica della scelta dell'Autorità di calcolare i valori di efficienza economica del sito tenendo conto anche dei quantitativi di *pseudo-working gas*, e della conseguente erronea ed illegittima applicazione del cd. coefficiente di riproporzionamento.

5.3.6 Alla luce dei sopra riportati accertamenti dell'organismo verificatore – le cui valutazioni poggiano su un'ampia e articolata disamina svolta in contraddittorio con i consulenti di parte e sono suffragate da una motivazione aderente ai parametri regolatori interpretati secondo canoni di ragionevolezza tecnica, intrinsecamente logica e coerente, nonché conforme ai criteri tecnico-scientifici del settore di riferimento –, in accoglimento del motivo all'esame deve affermarsi l'illegittimità della delibera n. 66/2016/R/gas, in punto di valutazione dell'efficienza del sito in questione e nella parte in cui ha fatto applicazione del cd. coefficiente di riproporzionamento, per le ragioni tutte sopra esposte (quanto alle caratteristiche del sindacato giurisdizionale sugli atti regolatori delle autorità indipendenti s'intendono qui integralmente richiamate le considerazioni al riguardo svolte nell'ordinanza collegiale istruttoria con cui è stata disposta la verifica)».

Massima

Il controllo giurisdizionale sulla ragionevolezza tecnica delle valutazioni compiute dall'Autorità di regolazione per Energia, Reti e Ambiente, in applicazione di un concetto giuridico indeterminato, non può che passare attraverso il vaglio delle risultanze della verifica disposta dal giudice amministrativo, in contraddittorio tra le parti, onde verificare la conformità ai criteri tecnico-scientifici del settore di riferimento.

Sommario: 1. Premesse sui limiti del sindacato giurisdizionale: la progressiva distinzione tra “discrezionalità tecnica” e “valutazione tecnica”. – 2. Il carattere “indispensabile” delle verificazioni per giudicare sulla attendibilità delle valutazioni amministrative complesse. – 3. Dal sindacato c.d. debole ad un “normale” controllo giurisdizionale? – 4. Osservazioni finali. La “dimensione” (o prospettiva) processuale del problema.

1. Premesse sui limiti del sindacato giurisdizionale: la progressiva distinzione tra “discrezionalità tecnica” e “valutazione tecnica”

Il Consiglio di Stato, nel giudizio d'appello deciso dalla sentenza in epigrafe¹, era stato chiamato a giudicare della legittimità degli atti adottati da una autorità di regolazione che avevano fatto applicazione di “concetti giuridici indeterminati” al fine di verificare la sussistenza dei presupposti necessari affinché un impianto produttivo potesse beneficiare di un particolare regime. La so-

¹ Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2021, n. 4465.

luzione della controversia, dunque, richiedeva di stabilire se, nella fattispecie concreta, l'autorità avesse fatto corretto impiego dei criteri tecnici utilizzabili per accertare la sussistenza dei menzionati presupposti, e ciò sulla base del sapere specialistico proprio della materia che assumeva rilievo. L'importanza della decisione si coglie allora agevolmente, poiché a venire in rilievo è la portata del sindacato ammissibile nell'ambito della giurisdizione amministrativa allorquando rivestano carattere decisivo le 'valutazioni tecniche' assunte a fondamento dei provvedimenti impugnati².

Volutamente ci si esprime in termini di "valutazioni tecniche", e non di "discrezionalità tecnica", poiché, come oramai condiviso in dottrina³, l'utilizzo della nomenclatura non è "neutra", nel senso che la precisione terminologica è senz'altro utile a cogliere quelli che dovrebbero essere i (reali) limiti del sindacato giurisdizionale nei riferiti casi. Il progressivo chiarimento circa la natura delle valutazioni compiute dalle autorità indipendenti (pur con le dovute differenze, riferibili alla non perfetta omogeneità dei poteri esercitati dalle diverse autorità⁴), ha immediate implicazioni sul modello di sindacato ammissibile. Peraltro, riconoscere la natura precipuamente tecnica di tali valutazioni, senza escludere – ma in termini di deroga, legislativamente posta – che in taluni casi nell'esercizio del potere sia ravvisabile anche una ponderazione di interessi, comporta la necessità che la motivazione del provvedimento indichi con precisione, e puntualmente, le valutazioni propriamente tecniche e quelle, invece, esito di ponderazione discrezionale degli interessi⁵; il che rende manifesto, anche per questa via, che eventuali limiti in sede di controllo giurisdizionale potrebbero rappresentare l'esito di una autolimitazione del giudice, di una sua inclinazione soggettiva (di "deferenza" o "benevolenza" nei confronti dell'au-

² Il tema trattato, anche per i molteplici aspetti che questo lambisce, sono notoriamente oggetto di vasta letteratura; pertanto, i riferimenti in nota sono necessariamente limitati agli studi che sono sembrati più utili per un inquadramento generale, e per lo sviluppo delle riflessioni proposte nelle presenti note.

³ La distinzione, chiarita a partire dalla metà degli anni '80 del secolo scorso, è stata poi ripresa, ed approfondita, da buona parte della dottrina successiva (C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002). Per una prospettiva differente cfr. F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 831.

⁴ La criticità del tema è immediatamente percepibile alla luce della recente giurisprudenza costituzionale specificamente riferita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Foro it.*, 1, 2019, p. 1523). Per un inquadramento più generale della tematica cfr. D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 338; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998; G. MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in AA.VV., *Regolazione e concorrenza nei mercati energetici*, Vita e Pensiero, Milano, p. 43.

⁵ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, in part. p. 84 ss., 168, ove peraltro si evidenzia che la possibilità di distinguere, nella motivazione dell'atto regolatorio, le diverse espressioni di esercizio di potere discrezionale, da un lato, e, dall'altro, di valutazioni tecniche si riflette sulle tecniche di tutela giurisdizionale e sui vizi censurabili. L'importanza di questo profilo si coglie considerando che, secondo un certo indirizzo giurisprudenziale, proprio la difficoltà di distinguere tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (attratti nella cognizione del giudice) e i profili della opportunità (sottratti al sindacato), ciò in particolare in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione (dove rilevano "concetti giuridici indeterminati"), conduceva il giudice ad ammettere (solo) un controllo "di tipo debole", di cui si riferirà.

torità), ma senza trovare giustificazione, sul piano ordinamentale, nei caratteri della giurisdizione amministrativa, così come venutasi a delineare, dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, anche in ordine ai poteri dell'istruttoria processuale⁶.

La recente pronuncia del Consiglio di Stato, dunque, si misura con un tema cruciale per comprendere i caratteri della giurisdizione amministrativa⁷, e, di riflesso, anche la sua attualità e, anzi, le sue prospettive⁸, specie ove si consideri che le vertenze in cui sia parte un'autorità amministrativa indipendente rivestono solitamente grande rilievo: ciò non solo in quanto le relative pronunce sono spesso in grado di condizionare le decisioni regolatorie successive, ma anche in ragione della circostanza che il contenzioso in questione investe settori strategici per lo sviluppo socio-economico del Paese (del resto, un sistema di giustizia in grado di assicurare tutela piena e tempestiva può rappresentare fattore di competitività e di attrattività degli investimenti⁹). In altri termini, sembra riduttivo valutare la rilevanza di tali contenziosi limitatamente alle posizioni delle parti processuali¹⁰.

Sembra utile anticipare che il Consiglio di Stato, nell'esaminare un motivo d'appello decisivo per le sorti della controversia, giudica che la relativa soluzione «non può che passare attraverso il vaglio delle risultanze della verifica-

⁶ Il riferimento alla “deferenza” o “benevolenza” del giudice è contenuto, rispettivamente, in F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti «regolatrici»*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, p. 469 ss., e A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giudica dell'economia*, 2002, p. 433. Con tali riferimenti si intendeva descrivere una certa inclinazione del giudice (non solo nel nostro ordinamento) ad affrontare la tematica del controllo giurisdizionale delle valutazioni tecniche svolte da autorità di regolazione; a tali termini spesso anche altra dottrina ha fatto ricorso per commentare la giurisprudenza amministrativa che, in una certa fase si è affermata, con l'elaborazione del sindacato c.d. debole. Mette in rilievo che l'atteggiamento del “giudice”, spesso riscontrato nei casi appena riferiti, non sia però, del tutto, coerente coi caratteri della “giurisdizione amministrativa” A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss. Il tema specifico trattato in queste note si colloca in un quadro più ampio, riferito al dibattito sulla progressiva estensione dei poteri del giudice amministrativo (F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546).

⁷ A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, cit., p. 425.; che il tema delle “clausole generali” (o anche “concetti giuridici indeterminati”) costituisca tema centrale nel diritto amministrativo è, da ultimo, evidenziato da M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, ETS, Pisa, pp. 5, 9, 37, 44.

⁸ Solo un cenno si può fare al dibattito che ruota attorno alle ragioni che giustificano, o meno, la conservazione della giurisdizione amministrativa, ed ai motivi che portano comunque a qualificare il giudice amministrativo come una “risorsa”, per la capacità di assicurare soluzioni adeguate alle caratteristiche del contenzioso che vede parte la pubblica amministrazione (A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 5, 2009, p. 369; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 285; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo come risorsa?*, in *Quest. giust.*, 2021, p. 26).

⁹ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 19.

¹⁰ Tale profilo è particolarmente vero rispetto al contenzioso che coinvolge l'autorità di regolazione del settore energetico, il che peraltro richiede che la soluzione delle vertenze debba avvenire «secondo criteri corretti dal punto di vista giuridico», dunque «soluzioni ispirate essenzialmente ai canoni della legittimità amministrativa»: da qui la rilevanza della nozione di legittimità amministrativa accolta «con la quale si misurano gli interventi del giudice amministrativo in materia di istruttoria, di limiti del sindacato di legittimità, di riscontro delle valutazioni tecniche dell'amministrazione» (A. TRAVI, *Presentazione* in M. LA COGNATA (a cura di), *Il contenzioso amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il GAS*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, p. VII ss.).

zione» disposta con precedente ordinanza istruttoria¹¹. La “perentorietà” del passaggio motivazionale offre spunti di riflessione, da un lato, e, dall’altro, non deve trarre in inganno. Non deve indurre in errore il lettore, in quanto il Consiglio di Stato non ha certo disconosciuto la rilevanza cruciale del tema rappresentato dai limiti del sindacato, che negli ultimi anni è stato in varie occasioni affrontato in giurisprudenza e dibattuto in dottrina (e di ciò, invero, è stato dato conto nell’ordinanza che ha disposto la verifica). Per altro verso, spunti di indagine sono forniti dalla prospettiva con la quale il tema sembra essere trattato nella sentenza, vale a dire nella sua “dimensione processuale”, o, se si preferisce, in coerenza con le coordinate oggi deducibili dal codice del processo amministrativo: ciò certamente senza sminuire i “profili” di diritto sostanziale, che, per vari aspetti, rilevano (e che hanno condizionato il modo di esaminare la complessa vicenda dei limiti del controllo giurisdizionale), ma anche senza tenere in giusta considerazione che, nell’ambito del giudizio, tali autorità sono una “parte” al pari degli altri soggetti coinvolti (con quel che ne segue in ordine alle prerogative del giudice amministrativo, anche rispetto all’accertamento dei fatti che rilevano nelle contestazioni).

Tale angolo di visuale, o approccio, nell’esaminare il recente orientamento giurisprudenziale, è giustificato dalla consapevolezza che «il processo amministrativo deve misurarsi innanzi tutto con le regole processuali; il punto di equilibrio fra diritto e processo, anche nel caso della giurisdizione amministrativa, non può essere trovato ignorando le ragioni del secondo»¹²; e pare oggi ancor più necessario visto che il nuovo codice ha accentuato l’autonomia del diritto processuale da quello sostanziale, ponendo le basi per elaborare «modelli più perfezionati di tutela»¹³.

2. Il carattere “indispensabile” delle verificazioni per giudicare sulla attendibilità delle valutazioni amministrative complesse

Occorre ora riassumere la vicenda decisa dal Consiglio di Stato. La società appellante, attiva nel settore dello stoccaggio di gas naturale, impugnava la sentenza che, in primo grado¹⁴, aveva confermato la legittimità delle delibere dell’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente che avevano negato la sussistenza delle condizioni previste per poter beneficiare di un certo regime, già posto dalla stessa autorità a salvaguardia dei nuovi investimenti effettuati dalle imprese di settore. Più precisamente, una delibera, tra quelle contestate, subordinava il conseguimento dei benefici alla condizione che i relativi investimenti fossero «compatibili con l’efficienza e la sicurezza del sistema e realizzati secondo criteri di economicità»¹⁵.

L’impugnazione riguardava non tanto la previsione, in sé, della condizione

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 ottobre 2019, n. 7430.

¹² A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione. Rileggendo Edoardo Garbagnati*, in *Jus*, 2014, p. 108.

¹³ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., pp. 13, 43. Considerazioni analoghe sono espresse da F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1097.

¹⁴ TAR Lombardia, Milano, sez. II, 8 ottobre 2018, n. 2232.

¹⁵ Delibera ARERA 30 ottobre 2014, n. 531/2014/R/GAS (art. 3.3).

dell'efficienza ai fini del riconoscimento dei benefici, quanto piuttosto la concreta applicazione da parte dell'autorità dei criteri per verificarne la effettiva sussistenza¹⁶. In particolare, si censurava la irragionevolezza delle motivazioni invocate a sostegno del diniego, per effetto di un'interpretazione distorta del criterio dell'efficienza; si contestava altresì la inattendibilità ed inadeguatezza del metodo in concreto utilizzato per verificare l'efficienza dell'impianto. L'articolazione delle censure, ovviamente, non è priva di significato (e ciò una volta ricordato che l'elaborazione del vizio di eccesso di potere, e delle sue figure sintomatiche, ha rappresentato un momento fondamentale nel delineare i caratteri della giurisdizione amministrativa, e che, nella fase attuale, giunta ad un certo grado di maturazione l'elaborazione sui limiti del giudizio nei confronti della discrezionalità amministrativa, un nuovo "banco di prova" è costituito dalla sindacabilità delle valutazioni di carattere tecnico a fondamento dei provvedimenti amministrativi¹⁷).

La decisione dell'autorità veniva ritenuta legittima dal giudice di primo grado, il quale tuttavia non prendeva esplicita posizione sulla censura concernente la sostanziale irragionevolezza delle valutazioni applicative del criterio dell'efficienza. Proposto appello, il Consiglio di Stato disponeva una verifica, ex art. 66 c.p.a., formulando appositi quesiti; e ciò dopo aver illustrato le ragioni di tale decisione, che vale la pena ripercorre qui brevemente, anche in ragione del fatto che, in quell'occasione, il giudice aveva ribadito l'utilità della struttura argomentativa utilizzata nel contenzioso (peraltro, dotato di non trascurabili specificità¹⁸) in tema di sanzioni antitrust, e che suddivide in specifiche fasi l'*iter* del controllo del giudice, ma che, a suo tempo, aveva condotto all'affermazione di un modello di sindacato c.d. di tipo debole (si tratta, peraltro, di una struttura argomentativa poi sostanzialmente ripresa da buona parte della giurisprudenza successiva, sia al momento di porre le basi per una pun-

¹⁶ Fra le censure avanzata vi era anche quella riferita alla sostanziale modifica, con effetti retroattivi, del quadro regolatorio per effetto delle delibere impugnate, con conseguente violazione di legittimo affidamento riposto dagli operatori economici nella stabilità del regime, condizionandone gli investimenti. Anche questo aspetto assume, in termini generali, una particolare importanza nel contenzioso con la autorità di regolazione in questione, ed è di particolare interesse in quanto rappresenta un campo di verifica della portata applicativa del principio di tutela dell'affidamento dei soggetti coinvolti. Sul punto il Consiglio di Stato non conferma la statuizione di rigetto disposta in primo grado accedendo ad una interpretazione differente da quella del TAR in ordine al presupposto per l'operatività del regime dei benefici (data di entrata in esercizio dell'impianto), in senso favorevole all'appellante, e con argomenti non particolarmente rilevanti ai fini delle presenti note.

¹⁷ Sulla circostanza che la tutela nei confronti del potere discrezionale ha rappresentato il banco di prova per qualsiasi concezione della giurisdizione amministrativa (e dell'interesse legittimo) cfr. A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione. Rileggendo Edoardo Garbagnati*, cit., p. 98. Dire che si è giunti a una certa maturazione dell'elaborazione sui caratteri del giudizio svolto nei confronti della discrezionalità amministrativa non significa negare che la riflessione sul tema sia sempre attuale (sul punto cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 470; F.G. SCOCA., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 399 ss.; S. TORRICELLI, *Eccesso di potere ed altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Giappichelli, Torino; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008).

¹⁸ R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 245; F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*.

tualizzazione di tale tipo di sindacato, sia rispetto a contenziosi riferiti ad autorità indipendenti diverse da quella c.d. *antitrust*)¹⁹.

L'ordinanza istruttoria²⁰, anzitutto, premette che «in tema di sindacato del giudice amministrativa sull'attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore». Vengono, poi, precisati i confini; in particolare: «l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto».

Si tratta, dunque, di un controllo giurisdizionale «non sostitutivo» che trova fondamento nel contesto ordinamentale specifico dell'attività regolatoria: caratterizzato dall'impossibilità per il legislatore di «governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto»; in tali casi, dunque, il legislatore «si limita a predisporre i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato»²¹.

In questo quadro, l'ordinanza afferma un aspetto decisivo, vale a dire che «allo scopo di verificare se la scelta tecnica prescelta dall'Autorità resista alla obiezioni di irragionevolezza ed inaffidabilità scientifica formulate dall'istante – peraltro in una ipotesi in cui gli stessi criteri prescelti dal regolatore non sono puntualmente definiti e si prestano ad una pluralità di letture ermeneutiche –» il giudice «ha bisogno di acquisire informazioni e punti di vista da parte di un esperto qualificato e terzo rispetto alle parti in causa».

Osservazione solo in apparenza banale concerne la puntualizzazione del giudice circa l'esigenza di "terzietà" dell'organo verificatore, soprattutto se tale aspetto venga confrontato con l'esperienza passata nell'impiego di tale mezzo. Non è infine privo di rilievo che l'ordinanza in parola autorizzi il verificatore, non solo ad estrarre copia degli atti del fascicolo processuale, ma altresì ad «acquisire ogni eventuale ulteriore documentazione ritenuta necessaria ai fini della redazione della relazione» in risposta ai quesiti formulati dal giudice.

I quesiti posti all'organo verificatore erano finalizzati a verificare la corretta applicazione, in concreto, di concetti tecnico-scientifici da parte dell'autorità; tali quesiti si incentravano, in particolare, su preliminari profili definitivi e, poi, su aspetti metodologici nell'impiego dei concetti indeterminati, e riferibili al settore specifico dell'intervento dell'autorità (cioè, stoccaggio del gas), dalla stessa autorità posti, ma non ulteriormente definiti.

¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; la stessa struttura argomentativa è ripresa da Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 926, e di recente ad es. da Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322; Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 779.

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 ottobre 2019, n. 7430.

²¹ In tali casi – prosegue l'ordinanza cit. – «l'attività integrativa del precetto corrisponde ad un tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare *in itinere* l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare».

Sembra evidente che già la scelta dei quesiti sia indice dell'intensità del controllo che il giudice ritiene di poter svolgere. Gli interrogativi posti dal giudice, anzitutto, riguardavano la preliminare definizione degli "indici" che, rispetto al settore di riferimento, assumono rilievo per stabilire il grado di efficienza di un impianto di stoccaggio. Si chiedeva, inoltre, di descrivere la situazione fattuale delle prestazioni effettive dell'impianto dell'appellante. Infine, si chiedeva all'esperto incaricato di esprimersi circa la ragionevolezza, sotto il profilo tecnico-scientifico, delle scelte compiute dall'autorità in ordine al metodo concretamente utilizzato per stabilire il grado di efficienza dell'impianto: in particolare, circa la decisione di considerare, in un certo modo, talune caratteristiche fattuali del sito produttivo, la cui rilevanza concreta presupponeva l'applicazione di concetti tecnico-scientifici²².

All'esito dei lavori, l'organo verificatore concludeva nel senso della non conformità delle scelte compiute rispetto ai parametri di ragionevolezza tecnica, propri del settore di riferimento. Il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter condividere tale conclusione, dopo aver puntualmente argomentato in ordine alla adeguatezza della motivazione addotta dal verificatore, e ciò rispetto ai «parametri regolatori» interpretati secondo canoni di ragionevolezza tecnica, «intrinsecamente logica e coerente». In sintesi, il giudice ha deciso la controversia ritenendo non condivisibili le modalità di concreta applicazione dei concetti indeterminati, rilevanti nel caso, che la stessa autorità aveva contribuito a formulare nelle proprie delibere; e, pertanto, ha giudicato maggiormente attendibile, sotto il profilo tecnico, la soluzione alternativa avanzata dalla società appellante²³.

Viene così sostanzialmente evocato, ancorché senza esplicito riferimento, un modello di sindacato, recentemente teorizzato²⁴, che consente al giudice di esprimersi in termini di "maggiore" o "minore" attendibilità delle valutazioni

²² Particolare importanza rivestiva la classificazione delle differenti tipologie dei gas di stoccaggio, e la loro diversa incidenza sulle prestazioni di un sito di stoccaggio; più precisamente, ai fini della definizione di "efficienza economica", si trattava di stabilire se il c.d. *pseudo working gas* andasse computato, o meno, nel volume di gas che può essere erogato in base alle esigenze dettate dal mercato. Sul punto, la ricostruzione fornita dalle parti processuali differiva. Peraltro, in alcune Delibere della stessa ARERA si riscontravano contraddizioni sul punto, divergendo per certi versi dalle indicazioni del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, recante le norme per il mercato del gas naturale. In particolare, venivano riscontrate due diverse definizioni di "efficienza tecnica" rispetto ad un impianto di stoccaggio, entrambe presenti nei documenti dell'autorità, che in modo differente valutavano la rilevanza del c.d. *pseudo working gas* (cfr. delibera 23 aprile 2015, n. 182/2015/R/GAS, che richiama sul punto il d.lgs. n. 164/2000, e la delibera VIS 28 maggio 2009, n. 51/09).

²³ Come si è riferito nella precedente nota, infatti, l'elemento che determinava una diversità di impostazione tra autorità ed appellante riguardava la rilevanza da attribuire, per stabilire l'efficienza del sito produttivo, del c.d. *pseudo working gas*; in particolare, nella prospettiva dell'appellante tale tipologia di gas di stoccaggio non doveva essere valutato. La verifica conferma quest'ultima impostazione, e il giudice ritiene che l'*iter* degli argomenti svolto per giungere a tale conclusione sia adeguatamente motivato secondo i parametri della scienza di riferimento, e dunque da condividere, con conseguente annullamento degli atti impugnati, ma espressamente facendo salvi tutti gli effetti conformativi che ne conseguono in sede di riedizione del potere dell'autorità (come da regola generale).

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990; sui profili critici che tale giurisprudenza pone cfr. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti della autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 97, e M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740. Le osservazioni critiche si incentrano, in estrema sintesi, sull'esigenza di assicurare l'equilibrio del sistema, in relazione ai vari poteri coinvolti (sul punto cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 146).

tecniche dell'amministrazione. Tale indirizzo non può dirsi ancora consolidato²⁵, ma i principali assunti sono stati ripresi di recente, per ribadire la necessità di distinguere tra scelte di "ponderazione" discrezionale e "valutazioni tecniche", nell'ottica di garantire una tutela effettiva, la quale presuppone un penetrante potere di accertamento del fatto da parte del giudice²⁶. Per valutare la portata dei due precedenti appena citati, anche nell'ottica di un confronto con

²⁵ La portata innovativa della sent. n. 4990/2019 è stata ridimensionata dalla giurisprudenza successiva (Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257; Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559, Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6022, e Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7719: si noti che queste ultime pronunce richiamano sì la sent. n. 4990 cit. ma con riferimento a quei passaggi della sua motivazione maggiormente conformi all'orientamento prevalente, con ciò ridimensionando la rilevanza degli argomenti a sostegno di un sindacato più penetrante).

Va segnalato che, talvolta, il Consiglio di Stato ha rilevato l'assenza di un adeguato utilizzo dei mezzi istruttori a supporto della decisione del giudice di primo grado di accogliere le censure avverso le valutazioni tecniche effettuate dall'amministrazione: così cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1957, secondo cui se è vero che in generale sussiste la sindacabilità della discrezionalità tecnica delle determinazioni delle autorità indipendenti, è altrettanto vero che è inibito al giudice imporre verifiche tecniche diverse da quelle previste dal vigente quadro regolatorio. Infatti, sebbene il sindacato giurisdizionale, pieno ed effettivo, sugli atti regolatori delle autorità indipendenti si estenda anche all'accertamento dei fatti operato dall'autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico, e implichi la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad. es., consulenza tecnica d'ufficio, verifica, ecc.), tale sindacato non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'amministrazione, come avvenuto nel caso deciso, sulla base di una motivazione apodittica non supportata da specifici riferimenti normativi ed adeguati elementi istruttori.

²⁶ In particolare, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414, che rigetta la tesi della Autorità garante della concorrenza e del mercato secondo cui «la valutazione della diligenza professionale, cui è tenuto un professionista in uno specifico settore di riferimento, costituirebbe una valutazione tecnico-discrezionale dell'autorità, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto sotto il profilo della congruenza logica e della razionalità». Va osservato che, ai fini della decisione, il Giudice non ha ritenuto necessario disporre una verifica o un c.t.u. In tale sentenza si legge: «L'Autorità sembra invocare, per sé stessa, una posizione soggettiva di intangibilità mutuata dall'apparato concettuale del "merito amministrativo", con il corollario di un controllo giudiziale ristretto a un approccio esterno ed estrinseco. Sennonché, tale impostazione – alla luce della quale spetterebbe all'Autorità l'interpretazione e l'applicazione della norma sanzionatoria, residuando al giudice amministrativo solo la possibilità di vagliare l'esemplificazione del concetto indeterminato contenuta nel provvedimento – finirebbe per frapporre una distanza tra il giudice amministrativo ed i fatti controversi che la giurisprudenza di questa Sezione ha da tempo inteso colmare (cfr. nel campo delle sanzioni antitrust, la sentenza del Consiglio di Stato n. 4990/2019). Quando il fatto produttivo di effetti giuridici – la fattispecie dell'illecito – è descritto dalla norma mediante elementi normativi indeterminati, spetta al giudice l'opera di estrapolazione della regola dalla clausola generale. Nelle fattispecie sanzionatorie, gli elementi descrittivi del divieto sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di "fatto storico" accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto "mediato" dall'apprezzamento dell'Autorità. Per questi motivi, il giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie. La sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati è attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto "libero" dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni giuridiche, tecniche ed economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)».

la sentenza in commento, occorre considerare sia la specificità della materia all'attenzione delle due suindicate sentenze (sanzioni c.d. antitrust), che si riflette sulla configurazione dei poteri della competente Autorità, sia la circostanza che, ai fini della decisione concreta, i giudici, in quelle occasioni, non avevano fatto ricorso a mezzi istruttori particolari (né c.t.u. né verificazioni).

Ciò precisato, meritano di essere segnalati alcuni passaggi nell'*iter* argomentativo dell'organo verificatore, e che il Consiglio di Stato ha condiviso, dopo averne vagliato la coerenza (per lo meno espositiva).

Il primo riguarda i parametri e gli elementi utilizzati dal verificatore per stabilire la condivisibilità, o meno, degli apprezzamenti tecnici dell'autorità; il che dipende, per certi versi, da quanto disposto dal giudice (non è privo di rilievo che, nel caso di specie, il giudice avesse consentito all'esperto incaricato di acquisire elementi anche al di fuori del fascicolo processuale). Il secondo aspetto, legato al primo, concerne la possibilità per le parti di fornire un contributo ai lavori dell'organo verificatore.

Rispetto al primo punto, si osserva che l'esperto incaricato ha ritenuto di dover procedere alla definizione, più pertinente rispetto alla fattispecie concreta, di "efficienza" alla luce di un documento formato dalla stessa autorità²⁷, ancorché poi non richiamato nelle delibere impugnate, e che il Consiglio di Stato ha poi ritenuto adeguata fonte conoscitiva. Ulteriore profilo interessante è che, dopo aver distinto tra efficienza "economica" e "tecnica", il verificatore ha ritenuto di poter stabilire il grado di efficienza dell'impianto in questione solo tramite verifica delle sue effettive prestazioni, messe poi a confronto con i siti produttivi attivi nel territorio nazionale, e di proprietà di altri operatori economici (quindi, non sono stati considerati unicamente i dati "di carattere previsionale" contenuti nel decreto di concessione di stoccaggio del gas dell'impianto). In altri termini, gli elementi valutati non sembrano essere stati circoscritti a quelli considerati dall'autorità nell'adozione degli atti impugnati. Nella stessa prospettiva si pone la giurisprudenza recente che estende l'impiego delle verificazioni, anche in conseguenza della particolare formulazione dei quesiti: come nel caso in cui è stato chiesto al verificatore di aggiungere, nella relazione finale, tutto quanto ritenuto «utile a fini di giustizia»²⁸.

Il secondo profilo, che si è detto dipendere dal primo, e in certo qual modo da questo reso necessario, riguarda la garanzia del contraddittorio da assicurare nell'ambito dei lavori del verificatore, ad esempio consentendo la partecipazione dei consulenti delle parti processuali (come dà atto anche la sentenza n. 4465/2021 in commento). Si tratta di un aspetto al quale la giurisprudenza dedica particolare attenzione²⁹, al momento di disporre con ampiezza (sicu-

²⁷ Delibera VIS 28 maggio 2009, n. 51/09, che, in chiusura di apposita istruttoria conoscitiva, pubblica la «Indagine conoscitiva sull'attività di stoccaggio di gas naturale», svolta congiuntamente dall'AEEG (oggi ARERA) e AGCM. Tale indagine, esplicitando concetti tecnico-scientifici del settore, ha agevolato la verifica dei parametri concreti per stabilire l'efficienza di un impianto di stoccaggio; all'esito di tale preliminare operazione il verificatore conclude che il c.d. *pseudo-working gas* non rileva per verificare la efficienza delle prestazioni di un impianto di stoccaggio.

²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322. Il riferimento all'acquisizione di tutto quanto ritenuto ai fini di giustizia non pare possa essere ridotto a mera "clausola di stile", se non altro per l'impatto che le valutazioni del verificatore potrebbero avere nella ricostruzione del fatto controverso, e nella formazione del convincimento del giudice in ordine agli apprezzamenti tecnici compiuti dall'autorità.

²⁹ L'attenzione per la garanzia del contraddittorio, in sede di svolgimento delle attività del verificatore, è dimostrata anche dalla circostanza che, talvolta, la possibilità di replica alla relazione dell'organo verificatore è stata espressamente disposta dal giudice in un secondo momento

ramente maggiore rispetto al passato) le verificazioni, e che va letto anche in relazione dal requisito della “terzietà” dell’esperto incaricato³⁰.

Non va sottaciuta l’importanza di questi temi, in quanto la possibilità di un pieno e concreto contraddittorio potrebbe interferire su esigenze di riservatezza rispetto ai dati acquisiti dal verificatore, nell’esercizio del suo incarico, ed utilizzati per stabilire l’attendibilità, o meno, delle valutazioni tecniche; ciò, in particolare, allorché l’esperto faccia ricorso a tutte le informazioni a disposizione dell’autorità, comprese quelle non esplicitate nella motivazione del provvedimento impugnato, ma da questo, in vario modo, date per presupposte (la criticità del tema si coglie, ad es., rispetto alle informazioni sui dati tecnici o economici che riguardano i diversi operatori economici operanti in un dato mercato).

Il che conduce ad un problema centrale, rappresentato dalla rilevanza che dette informazioni potrebbero rivestire per garantire un adeguato contraddittorio nell’ambito del processo, e dunque una sufficiente istruttoria processuale, che consenta al giudice di conoscere, nella loro reale dimensione, i fatti posti a fondamento degli atti impugnati³¹. Del resto, i caratteri dell’istruttoria processuale si sono andati delineando, fino ad oggi, proprio con lo scopo di rimediare ad una (inevitabile) “asimmetria” informativa tra le parti processuali; quindi, l’impiego delle verificazioni, nella misura consentita dal codice, va correlato alla garanzia dalla “parità” delle parti nel giudizio amministrativo, quale condizione di un “giusto” processo, nell’osservanza delle coordinate costituzionali, secondo la comune opinione della dottrina³².

3. Dal sindacato c.d. debole ad un “normale” controllo giurisdizionale?

Il modello di sindacato che sembra sotteso alla recente sentenza n. 4465 cit. del Consiglio di Stato, ancorché questa non vi faccia esplicito riferimento, va confrontato con le soluzioni fin qui accolte nella giurisprudenza amministrativa. Come è noto, sul punto si è registrata una graduale evoluzione, fino ad ampliare progressivamente i margini di controllo giurisdizionale in ordine alla

(cfr. Cons. Stato, sez. VI, ord. 11 giugno 2018, n. 3540; Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1550). Analoga garanzia di contraddittorio è affermata anche rispetto ai lavori del c.t.u. (Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 novembre 2018, n. 6236).

³⁰ La terzietà (anche) del verificatore è, oramai, un requisito fondato sulla legge. Infatti, il c.p.a. prevede che l’incarico di consulenza possa essere affidato a soggetti aventi particolare competenza tecnica, con espressa esclusione di coloro che prestano attività in favore delle parti del giudizio, e che la verifica sia affidata a un organismo pubblico, estraneo alle parti del giudizio, munito di specifiche competenze tecniche (art. 19); inoltre, anche il verificatore può essere ricusato per le cause previste dall’art. 51 c.p.c. (art. 20, comma 2, c.p.a.).

³¹ Per le implicazioni sull’accertamento del fatto, evenienza ordinaria nell’ambito del giudizio di legittimità, allorché il contenzioso verta intorno all’applicazione di “concetti giuridici indeterminati”, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e discrezionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 313, in part. p. 326 ss.

³² Su questi temi, lo studio di riferimento, con il quale buona parte della dottrina continua a confrontarsi, rimane quello di F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, *passim*; secondo l’Autore, in estrema sintesi, l’istruttoria processuale deve mirare alla ricostruzione della “verità” materiale, non limitandosi al controllo sull’adeguatezza dell’istruttoria procedimentale condotta dall’amministrazione; il che presuppone un pieno contraddittorio delle parti processuale, poste su di un piano di parità avanti al giudice (sul punto cfr. A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *Jus*, 2008, p. 409 ss., in part. p. 412).

concreta applicazione da parte dell'amministrazione di "concetti giuridici indeterminati" (o di "clausole generali").

Peraltro, oltre che con riguardo al contenzioso nei confronti delle autorità di regolazione, il tema dei limiti del sindacato si è posto, come è noto, anche in altre tipologie di contenzioso, come nel caso delle valutazioni c.d. mediche³³, o di quelle per la verifica dell'interesse culturale di un bene. A dimostrazione della circostanza che la giurisprudenza sul punto non si è ancora definitivamente assestata, e che anzi le oscillazioni sono talvolta provocate in ragione della specificità della fattispecie decisa, si consideri che, rispetto alle verifiche circa l'interesse culturale di un bene, si è di recente ribadito che dette verifiche sono espressione di «discrezionalità tecnica» e sono, pertanto, «censurabili solo per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti»³⁴.

Occorrono, a questo punto, alcune preliminari precisazioni.

Come si è già riferito, e come rilevato in dottrina³⁵, il tema delle "clausole generali" risulta centrale nel diritto amministrativo, poiché riguarda i caratteri peculiari del potere amministrativo, e come tale non si presta a ricostruzioni semplificate, ricollegandosi a questioni ordinamentali, come l'equilibrio tra poteri (in particolare, giudiziario ed esecutivo), o il fondamento del potere di tipo tecnico dell'amministrazione alla luce dei principi dell'ordinamento democratico; il tema si lega strettamente alla rilevanza e alla portata del principio di legalità, e quindi alla necessità che ogni potere dell'amministrazione trovi fondamento in una norma, che ne delinei i caratteri essenziali.

Per altro verso, le clausole generali rappresentano uno strumento indispensabile nella tecnica legislativa, non solo nel diritto amministrativo³⁶, una volta esclusa la possibilità che il legislatore possa sempre introdurre una disciplina esaustiva, cioè in grado di inquadrare in termini casistici tutte le eventualità della realtà; è comune opinione che l'impiego da parte del legislatore di tali clausole sia inevitabile per consentire all'ordinamento giuridico di adeguarsi ai mutamenti della realtà: il che risulta particolarmente vero per quei settori in cui è evidente che la rapidità dell'evoluzione tecnica (o economica) è di ostacolo alla possibilità di predeterminare un sistema di regole completo (e definitivo). Si giustifica, così, la delega del potere di concretizzazione della fattispecie normativa ad un soggetto, in forza di una sua particolare posizione istituzionale o conoscenza specialistica.

In questo senso è paradigmatica l'esperienza delle autorità amministrative

³³ Tipologia di contenzioso che riguardava proprio la sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, p. 9, con nota di A. TRAVI, di cui si dirà in quanto significativo passaggio della giurisprudenza in tema.

³⁴ Cons. Stato, sez. I, parere 30 novembre 2020, n. 1958.

³⁵ Per la ricostruzione che segue nel testo cfr. R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 792 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 181 ss.; F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 973 ss.; M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., pp. 17, 39, 45; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., p. 439 ss.; F. DENOZZA, op. cit., p. 469 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, op. cit., p. 313 ss.; F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del TAR Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'Energia e il Gas*, in *Dir. econ.*, 2007, p. 631 ss.; M. PROTTO, *Valutazioni tecniche, giudici nazionali e diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1999, p. 833; A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 617.

³⁶ Ad es. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2016, in part. p. 31 ss.

indipendenti, le quali tuttavia pongono, come ampiamente discusso in dottrina, al contempo anche il problema del loro *deficit* di legittimazione democratica; peraltro, tale *deficit* accentua un profilo critico che si pone in tutti i casi di previsione legislativa di una clausola generale, vale a dire l'osservanza del principio di legalità, che rispetto alle autorità amministrative indipendenti si è cercato di ridimensionare con il rafforzamento delle garanzie procedurali (per un sufficiente contraddittorio ³⁷).

Il tema è qui volutamente semplificato e schematizzato (perché, invero, la dottrina ha avuto modo di differenziare la situazione riferibile alle diverse autorità indipendenti), ma è comunque utile a mettere in risalto un profilo: i richiamati elementi hanno talvolta fornito argomenti a favore di una delimitazione del sindacato giurisdizionale, in particolare facendo leva sul peculiare “tecnicismo” delle materie attribuite alla competenza di tali autorità, materie estranee al diverso sapere tecnico proprio del giudice.

È stato anche osservato che il sistema delle clausole generali opera in modo diverso nel diritto amministrativo, e in particolare sotto un profilo soggettivo, quello del titolare del potere di integrazione della norma: infatti, mentre solitamente il destinatario della delega (sottesa alla previsione legislativa di una simile clausola) è il giudice, il quale dunque non interferisce con le prerogative di altri soggetti, diversamente, in ambito pubblicistico, l'attività di integrazione della norma spetta in primo luogo all'amministrazione, e solo eventualmente, ma comunque successivamente, al giudice amministrativo ³⁸. Il che pone il tema della “riserva” delle relative valutazioni, in sede di applicazione dei concetti giuridici indeterminati, riconosciuta all'amministrazione, e, di conseguenza, il problema dell'ampiezza del relativo sindacato giurisdizionale.

Sul punto, come si è riferito, la giurisprudenza ha registrato una significativa evoluzione, in particolare a partire dal 1999. Comunemente, si fa risalire ad una pronuncia del Consiglio di Stato di quell'anno un momento fondamentale di passaggio ³⁹: infatti, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione veniva svolto con una verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. La pronuncia si fondava sulla distinzione tra “discrezionalità tecnica” e “merito” amministrativo, e ammetteva così un sindacato non limitato ai profili “estrinseci”, che invece tradizionalmente avevano rappresentato un preciso confine, considerata la c.d. intangibilità del “merito” amministrativo: secondo il Consiglio di Stato, in sintesi, «la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità».

Il carattere innovativo delle affermazioni è stato puntualmente evidenziato dai commentatori ⁴⁰, anche se il nuovo indirizzo, per alcuni versi, sembrava ri-

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972; Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 69; Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182. Il tema si lega – come evidenzia Cons. Stato, sez. VI, n. 7972/2020 cit. – alla problematica dei poteri c.d. impliciti delle autorità di regolazione, su cui cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, cit., p. 87. Su tutti questi aspetti, cfr. M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., pp. 11, 17, 28 ss.; A. PAJNO, *op. cit.*, p. 617 ss., in part. p. 637.

³⁸ M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 46 ss.

³⁹ Cons. Stato, sez. IV, n. 601/1999, cit.

⁴⁰ D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir.*

conducibile ad un filone della giurisprudenza precedente, che già ammetteva un certo margine di sindacabilità delle valutazioni tecniche nei casi, pur rari, di ingiustizia manifesta; in altri termini, una effettiva innovazione rispetto alla precedente giurisprudenza poteva essere riconosciuta al nuovo indirizzo solo se il sindacato sulla “attendibilità” sulle valutazioni tecniche avesse consentito di esprimere un giudizio di “condivisibilità” delle stesse, così che il giudice potesse valutare la ragionevolezza, sotto il profilo tecnico, di una differente soluzione, alternativa a quella accolta dall’amministrazione⁴¹.

Ciò premesso, un argomento a favore di un più penetrante sindacato veniva tratto dalla esperibilità, in caso di giurisdizione esclusiva⁴², della consulenza tecnica d’ufficio, che si poneva come strumentale al più completo accertamento del fatto⁴³. Sembra utile rimarcare che la pronuncia in questione risale al 1999, sicché il riferimento alla rilevanza della c.t.u. appare significativo per almeno due ragioni. Da un lato, perché nessun richiamo è svolto all’istituto delle “verificazioni”, il che assume un particolare significato, in quanto l’istituto veniva già all’epoca considerato, in linea di principio, idoneo all’accertamento della “esistenza” di un fatto (anche se – come è noto – l’istituto nella prassi non trovava poi particolare diffusione)⁴⁴. Dall’altro, perché, come osservato in dottrina, solo nel 2000 il legislatore ha esteso l’ambito di operatività della c.t.u. alla giurisdizione generale di legittimità, il che peraltro avrebbe potuto rappresentare utile occasione per il definitivo affermarsi di un indirizzo giurisprudenziale favorevole ad un sindacato effettivamente riguardante l’apprezzamento tecnico dei fatti a fondamento delle valutazioni contestate⁴⁵.

amm., 1999, p. 1179; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 185; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212. È stato rilevato che tale nuovo indirizzo evoca l’elaborazione teorica di F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 427 (il punto è sottolineato in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 26).

⁴¹ Diversamente, se il giudizio di “inattendibilità” si risolve in una valutazione di non conformità al “senso comune” (o a ciò che appare “notorio” nella comune esperienza) il risultato garantito anche dall’indirizzo del 1999 in commento non si discosterebbe di molto da una certa giurisprudenza tradizionale, che ammetteva in simili casi l’illegittimità per ingiustizia manifesta delle valutazioni tecniche (così A. TRAVI a commento di Cons. Stato, sez. IV, n. 601/1999, cit., p. 12).

⁴² In particolare, la sentenza n. 601/1999 cit. richiama il caso del processo del lavoro pubblico, e le materie – edilizia, urbanistica, servizi pubblici – di giurisdizione esclusiva piena (art. 35, comma 3, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80); in particolare, il Consiglio di Stato richiama la sentenza additiva della Corte costituzionale 23 aprile 1987, n. 146 (in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 558), la quale, rispetto al contenzioso del pubblico impiego, aveva provveduto ad integrare la fattispecie legale dell’art. 44 del TU 26 giugno 1924, n. 1054, nella parte in cui non consentiva l’esperimento della consulenza tecnica d’ufficio di cui all’art. 424 c.p.c.

⁴³ Accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento che il Consiglio di Stato, nella sent. n. 601, cit., indica come possibile (e tipico) nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità.

⁴⁴ In ogni caso, secondo l’indirizzo maggioritario, già affermatosi prima dell’entrata in vigore del codice, verifica e c.t.u. si distinguono in considerazione dell’oggetto dell’accertamento: la verifica sarebbe diretta non all’acquisizione di un giudizio tecnico, ma all’effettuazione di un mero accertamento tecnico di natura non valutativa (*ex multis* cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 138). Lo scarso impiego dell’istituto si spiega anche in ragione del dubbio che le verificazioni, in quanto svolte dalla stessa amministrazione, non potessero, in realtà, condurre ad esiti molto diversi da quelli già accolti nel provvedimento impugnato, e ciò nonostante le parti potessero essere autorizzate dal giudice ad assistere ai lavori e produrre documenti (art. 44, TU n. 1054/1924). In dottrina, cfr. M. SICA, *Verificazioni e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 216; C. MARZUOLI, *A proposito di apprezzamenti tecnici e mezzi di prova nel giudizio di legittimità*, in *Le Regioni*, 1986, p. 281 ss., in part. p. 285.

⁴⁵ Infatti, prima dell’art. 16, legge 21 luglio 2000, n. 205, la c.t.u. veniva ammessa solo in casi

Ciò, tuttavia, non è accaduto, il che è apparso singolare in quanto l'indirizzo tradizionale che circoscriveva la portata del controllo giurisdizionale non sembrava trovare un puntuale fondamento normativo, ma veniva piuttosto giustificato evocando la carenza di adeguati mezzi istruttori per un giudizio non limitato a profili "estrinseci"⁴⁶. Ed anzi, all'indomani della legge n. 205/2000, ha preso piede, per lo meno inizialmente, un indirizzo favorevole ad un sindacato c.d. debole sulle valutazioni tecniche, e ciò sulla base di argomenti che sostanzialmente prescindono dall'utilità della c.t.u., pur evocando l'importanza della sua previsione legislativa per affermare l'assenza di limiti nell'accertamento diretto dei fatti a fondamento dell'atto⁴⁷. Si tratta di un orientamento che, sebbene con oscillazioni anche significative, è stato in varie occasioni riproposto in giurisprudenza, seppure con alcuni adattamenti: tra gli argomenti invocati a sostegno vi è quello che fa leva sulla particolare riserva di potere amministrativo sulle valutazioni di ordine tecnico, peraltro giustificata rispetto alle autorità indipendenti in ragione del particolare tecnicismo della materia loro affidata.

limitati e nell'ambito della giurisdizione di merito; con la nuova legge del 2000, dunque, sembravano porsi le basi normative per un utilizzo più ampio della c.t.u., che consentisse un apprezzamento tecnico dei fatti in sede giurisdizionale (così A. TRAVI a commento di Cons. Stato, sez. IV, n. 601/1999, *cit.*, p. 14).

⁴⁶ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 281. Infatti, parte della dottrina aveva da tempo ritenuto che un arricchimento dei mezzi istruttori del giudice amministrativo avrebbe consentito di superare alcuni dei limiti posti al sindacato nei confronti delle valutazioni tecniche dell'amministrazione (G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, p. 3170). Sui limiti dell'utilizzo della c.t.u. in giudizio, e sul suo eventuale impiego per colmare carenze o illegittimità nella procedura avanti all'autorità, in particolare qualora non sia stato assicurato il contraddittorio circa la sussumibilità di una determinata soluzione in un concetto giuridico indeterminato, cfr. F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, *cit.*, p. 977 ss.

⁴⁷ Tale giurisprudenza è ben nota, sicché pare qui sufficiente solo ricordarne i principali assunti: le valutazioni tecniche non si fondano su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i "concetti giuridici indeterminati". In questi casi la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione. Va comunque distinto un controllo di tipo "forte", che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione ed un controllo di tipo "debole" in cui le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie al consulente vengono utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa. La distinzione tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (attratti nella cognizione del giudice) e i profili della opportunità (sottratti al sindacato) non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione e dell'applicazione dei c.d. concetti giuridici indeterminati: in tali ipotesi deve escludersi il sindacato giurisdizionale di tipo forte (sostitutivo) ed ammettersi solo il sopra descritto controllo di tipo debole. Nell'esercizio del sindacato è ammissibile in astratto l'utilizzo della c.t.u., ma tramite tale mezzo probatorio può essere delegato al consulente l'accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto del fatto o comunque gli potrà essere chiesto un ausilio finalizzato ad ampliare la conoscenza del giudice con apporti tecnico – specialistici (ben delimitati nel quesito) appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettiva difficoltà. Non appare invece ammissibile far ripercorrere dal c.t.u. le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale (Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, in *Giur. it.*, 2002, p. 1084, con nota di S. MIRATE, *Giudici amministrativi e valutazioni tecniche tra nuove conquiste e antiche resistenze*; Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2, 2002, p. 482, e in *Giur. comm.*, 2, 2003, p. 170, con nota di R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*; Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, in *Foro it.*, 3, 2003, p. 3, e in *Giur. it.*, 2003, p. 356).

Rispetto a tale impostazione una parte della dottrina⁴⁸ ha mosso, principalmente, due ordini di rilievi critici: il primo, basato sulla necessità che una simile riserva trovi esplicito fondamento in una norma (una simile riserva, infatti, non può essere considerata implicita né nella opinabilità delle regole tecniche da applicare né nella indeterminatezza della norma giuridica né nella particolare qualificazione del soggetto amministrativo coinvolto); la seconda critica muove dalla considerazione che, pur ammettendo il riconoscimento di una riserva come quella sopra indicata, in ogni caso il giudice avrebbe il potere di verificare la correttezza del criterio previsto e la sua concreta applicazione. Del resto, escludere tale prerogativa per il giudice equivarrebbe a disconoscere un profilo imprescindibile del controllo giurisdizionale rappresentato dall'accertamento del fatto, alla cui inesatta considerazione corrisponde, secondo regole comuni, la illegittimità del provvedimento. Inoltre, la "ritrosia" dimostrata nell'utilizzare uno strumento consentito dalla legge (appunto, la c.t.u.) avrebbe mostrato come la auto-imposizione di limiti nel controllo giurisdizionale fosse il frutto di un atteggiamento (culturale) di "deferenza" nei confronti dell'amministrazione (più che un limite connesso agli equilibri ordinamentali fra amministrazione e giurisdizione).

Peraltro, lo scarso impiego della c.t.u. si è, nei fatti, registrato anche in un passaggio successivo, ritenuto comunque significativo, della giurisprudenza. Ci si riferisce all'indirizzo espresso dal Consiglio di Stato nel 2004⁴⁹, il quale, senza voler smentire il modello di sindacato c.d. debole, ha inteso chiarirne il significato: in sintesi, il limite non riguarderebbe il potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, poiché invero, con il suindicato modello di sindacato, si sarebbe voluto porre solo un limite finale alla statuizione del giudice; questo, infatti, «se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere».

In tale occasione, peraltro, il Consiglio di Stato assumeva anche che, nel verificare la rispondenza del menzionato modello di sindacato al principio di effettività della tutela, ed ai suoi corollari, anche in considerazione delle coordinate desumibili dal diritto europeo, fosse utile, soprattutto, in un certo senso badare alla sostanza, vale a dire alle modalità con cui il giudice italiano aveva risolto la questione dei confini del controllo; per tale via si intendeva ridimensionare l'importanza di un raffronto tra istituti e terminologie giuridiche (appunto sindacato "debole" o "forte"), e si era così osservato che l'approccio dei nostri giudici fosse molto simile a quello del giudice comunitario. In altri termini, più che alle affermazioni di principio, ogni valutazione sul grado di tutela garantita deve misurarsi con la (reale) accuratezza delle analisi compiute dal giudice per decidere la controversia⁵⁰. Il passaggio è importante perché, so-

⁴⁸ A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?», in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 304, in part. p. 312 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., p. 439 ss.*

⁴⁹ Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 926, in *Giur. it.*, 2004, p. 2178.

⁵⁰ Precisamente il Consiglio di Stato sostiene: «Il sindacato della Corte di Giustizia, esercitato sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione, è stato espressamente limitato alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere, (v., segnatamente, sentenze della Corte di Giustizia 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia, punto 34, e 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds, punto 62; 28

stanzialmente, si ponevano le basi per un graduale superamento dell'indirizzo precedente⁵¹.

Quanto riferito pare significativo poiché sembra esprimere l'idea che la linea evolutiva sia nel senso di una "normalizzazione" del controllo giurisdizionale anche verso le amministrazioni indipendenti: l'analisi della fattispecie concreta rimane, infatti, il punto di riferimento essenziale. Vi è anche un altro aspetto da considerare, nel senso indicato di una "normalizzazione" del controllo giurisdizionale nei riferiti contenziosi, e riguarda l'impiego dei mezzi istruttori.

Nell'indirizzo espresso dalla suindicata sentenza n. 926/2004, rispetto al modello di sindacato ammissibile, rilevano sia la natura del potere delle autorità indipendenti, sia le modalità del suo esercizio. A riguardo il Consiglio di Stato riconosce che un sindacato pieno (ma, comunque, di tipo non sostitutivo) sia reso necessario proprio dalla circostanza che le autorità indipendenti si pongono al di fuori del circuito dell'indirizzo politico. Su tali premesse, il giudice, pur asserendo che la previsione legislativa della c.t.u. sia indice dell'elevato grado di effettività di tutela assicurabile, conclude poi che sia, in certo senso, superfluo il suo concreto utilizzo, quanto meno in alcune ipotesi: ai fini della verifica dei fatti sarebbe, infatti, sufficiente quanto già emerso nell'ambito del procedimento svoltosi avanti all'autorità, ove, proprio in ragione del tecnicismo della materia e del *deficit* di legittimazione democratica, operano peculiari strumenti di garanzia partecipativa⁵².

In tal modo, però, si finisce per attribuire peso (almeno potenzialmente) decisivo all'istruttoria procedimentale, pur (in ipotesi) adeguata ai fini della garanzia del contraddittorio in quella sede, ma che rimane comunque attività istruttoria svolta al di fuori del giudizio (e, per i casi che qui più interessano, avanti a quella autorità che, poi, assume la posizione di amministrazione resistente). Persiste, insomma, una sorta di presunzione di esattezza ed esaustività degli apprezzamenti compiuti dall'amministrazione, che però costituisce proprio l'oggetto della contestazione avanti al giudice, e che ciononostante questo evita di approfondire con i mezzi ammessi. Il che non risulta del tutto appagante, poiché si sminuisce la rilevanza dell'istruttoria, e dei suoi caratteri, nell'ambito del processo; la circostanza che le garanzie procedurali siano assistite da particolari formalismi, o che addirittura (come nel caso del c.d. *adversary system* considerato dalla sent. 926 cit.) siano di derivazione processuale, non sposta i termini del problema⁵³.

maggio 1998, C-7/95, John Deere, punto 34 e, da ultimo, 7 gennaio 2004, cause riunite 204/00 e 219/00, Aalborg, punto 279 e Trib. primo grado CE, 21 marzo 2002, T-231/99, Joynson). È anche vero che, al di là delle affermazioni di principio sopra descritte, i giudici comunitari hanno in realtà analizzato molto spesso in modo accurato le analisi economiche svolte dalla Commissione; ma ciò è quanto si ritiene possa fare anche il giudice amministrativo».

⁵¹ Vero è che, anche dopo tale pronuncia, la giurisprudenza successiva ha continuato a mostrare oscillazioni, in alcuni casi riproponendo la validità del modello di sindacato c.d. di tipo debole.

⁵² In particolare, la sentenza n. 926/2004 cit. richiamava il c.d. *adversary system*, basato sulla contrapposizione dei consulenti economici delle parti, che consentirebbe di rivelare analisi non corrette, ma senza necessità di nominare esperti.

⁵³ Infatti, in ogni caso, si tratta spesso di strumenti di garanzia procedimentale adatti a certi procedimenti, e non ad altri; inoltre, non sempre è agevole segnare una netta differenza tra atti propriamente di regolazione, ed atti che assumono una duplice veste (generale e puntuale), il che si riflette sulle garanzie partecipative (circa le peculiarità del procedimento svolto avanti alla AGCM ai fini della irrogazione di una sanzione, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512; sulle modalità di accertamento dei fatti nell'ambito dei procedimenti coinvolgenti amministrazioni dotate di prerogative peculiari, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La sospensione e la revoca della*

Questa digressione, volutamente svolta per sommi capi (e che, necessariamente, non può qui essere esaustiva), sembra utile a porre in risalto le ragioni per cui la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (che pare espresso dalla sent. n. 4465/2021) segna un netto distacco rispetto al passato.

Occorre a questo punto una precisazione; l'introduzione, a partire dal 2000, della possibilità di disporre la c.t.u. nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità ha rappresentato un riferimento importante nella giurisprudenza del tempo per sostenere la necessità di un ampliamento del sindacato sulle valutazioni tecniche; tuttavia, alla affermazione di principio non ha poi fatto seguito, nella pratica, un concreto utilizzo. La scarsa diffusione, nella prassi giudiziaria, della c.t.u. si continua a registrare. Ma la prospettiva, oramai, è cambiata. Infatti, negli orientamenti più recenti, la cautela nell'impiego della c.t.u. non sembra frutto di un atteggiamento di "deferenza" verso l'amministrazione, quanto piuttosto l'esito di una scelta tra due opzioni, espressamente consentite dalla legge, la quale peraltro esprime un *favor* per l'istituto delle 'verificazioni'⁵⁴.

quotazione dei titoli di borsa tra discrezionalità amministrativa e regole procedimentali, in *Dir. econ.*, 1993, p. 637, in part. 648 ss.; F. FRACCHIA, *op. cit.*, p. 644 ss.).

Né può essere decisivo che con tali garanzie partecipative sia assicurata la terzietà dell'autorità, perché ciò non rileva in tutti i procedimenti; o che esse rendano la decisione dell'autorità dotata di un elevato grado di accettazione sociale, in quanto percepita come giusta, perché ciò, se al limite può ridurre la conflittualità, si pone su un livello diverso da quello delle garanzie processuali (sulla terzietà delle autorità rafforzata dalle garanzie procedimentali cfr. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 203; sul consenso sociale assicurato dalle regole di svolgimento di un procedimento, cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 123).

⁵⁴ Infatti, è prevista la possibilità di ordinare la verifica o disporre, «se indispensabile», una c.t.u. (con le modalità stabilite, rispettivamente, dagli artt. 66 e 67, c.p.a.). La legge, in particolare, consente che a tali strumenti sia possibile ricorrere se il giudice lo reputi necessario per l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche (art. 63 c.p.a.). La preferenza per la verifica si evince anche oltre che dall'art. 63, comma 4, anche dall'art. 19, comma 1, c.p.a. Si tratta comunque di due diversi istituti (la c.t.u. non è considerata in senso stretto messo di prova). Le diversità delineate dagli artt. 66 e 67 cit. manifestano una maggiore formalizzazione della procedura in caso di c.t.u., ma non valgono ad intaccare un profilo essenziale rappresentato dalla necessaria terzietà dei soggetti esperti incaricati (cfr. artt. 19 e 20, comma 2, c.p.a.). La giurisprudenza ha ben chiare le diversità tra i due istituti, riscontrabili nel c.p.a., come si evince, ad esempio, da Cons. Stato, sez. VI, ord. 11 ottobre 2019, n. 6912. Va aggiunto, anche che, mentre l'art. 44, TU del 1924 prevedeva, come si è accennato, la possibilità per il giudice di autorizzare le parti ad assistere ai lavori del verificatore (eventualmente con deposito di documenti), il nuovo codice non contempla espressamente tale eventualità, e tuttavia eventuali rischi di una minore garanzie del contraddittorio sono significativamente ridimensionati dalla prassi dei giudici di consentire alle parti di partecipare ai lavori del verificatore (che, comunque, è soggetto estraneo alle parti del giudizio). Ciò, del resto, è quanto accaduto anche nel caso deciso dalla sentenza del Consiglio di Stato in commento. Occorre, poi, precisare che, sebbene tali strumenti siano considerati, nella prassi, per certi versi fungibili tra loro, e siano entrambi finalizzati, non tanto a dimostrare la verità di un fatto storico, in relazione al quale sia già stata fornita la prova in giudizio, quanto piuttosto ad acquisire gli elementi tecnici utili a comprendere tali fatti sotto gli aspetti tecnici, essi conserverebbero comunque una diversità funzionale: nel senso che, mentre le verificazioni sono rivolte ad un accertamento diretto di determinati elementi di un fatto, non desumibili altrimenti, la c.t.u. si caratterizza in quanto tesa a fornire elementi di valutazione indispensabile ad una compiuta comprensione di un fatto complesso sul piano tecnico-scientifico. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. III; 14 gennaio 2020, n. 330; Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1768; Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2020, n. 1165; Cons. Stato, sez. III; 19 ottobre 2017, n. 4848; Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2016, n. 399; Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5552. Su tutti questi profili cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 281; M. SICA, *op. cit.*, p. 216; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 234 (ove, in particolare, si osserva che nella prassi il giudice amministrativo preferisce la verifica estendendo il suo utilizzo anche per questioni valutative che ri-

4. Osservazioni finali. La “dimensione” (o prospettiva) processuale del problema

La pronuncia del Consiglio di Stato in commento offre spunti di riflessione e pone alcuni interrogativi. La decisione sembra inserirsi nel solco del recente indirizzo che propende per un sindacato che consente di verificare la maggiore o minore attendibilità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione⁵⁵; si ammette, infatti, che tali valutazioni possano essere “smentite” dalla prospettazione alternativa della soluzione offerta dalla controparte processuale circa la soluzione della “questione tecnica”. In altri termini, non sarebbe riservata all'amministrazione la scelta di quale sia la soluzione tecnica migliore, in quanto il giudice dispone del potere di stabilire se la diversa soluzione offerta dalla controparte sia da preferire, in quanto meglio argomentata sulla base del sapere scientifico del settore di riferimento⁵⁶.

L'iter argomentativo espresso nella motivazione della sentenza, nell'esporre i lavori del verificatore, sembra essere chiaro indice della circostanza che, secondo il Consiglio di Stato, la “legittimità” del provvedimento non può prescindere dalla “esattezza” della soluzione in concreto accolta (che sia, cioè, anche scientificamente corretta, e ciò, come si è riferito, secondo l'impostazione che una parte di dottrina auspicava nelle riflessioni critiche sui diversi orientamenti in tema). E il rischio, da molti evidenziato, che il giudice, non “esperto” della materia tecnica di riferimento, si sostituisca all'amministrazione con valutazioni, a loro volta, di dubbia “attendibilità”, sembra ridimensionato dall'impiego effettivo che il giudice ha fatto delle risultanze della verifica (e, cioè – va rimarcato – garantendo il contraddittorio tra consulenti, senza comunque esimersi dal verificare la coerenza del ragionamento condotto dal verificatore per giungere alla conclusione).

Resta fermo che, pure a tale stregua, non tutti i nodi critici sono sciolti: si potrebbe, infatti, obiettare che il giudice, privo della conoscenza tecnica della materia trattata, non sia, in ogni caso, in grado di verificare la correttezza, sotto il profilo tecnico, delle conclusioni accolte dall'esperto incaricato⁵⁷; l'interrogativo è serio, anche se forse rischia di riproporre, sotto altra veste, una chiave di lettura del problema che riconosce una sostanziale riserva delle valutazioni tecniche alle amministrazioni (in quanto dotate di peculiari competenze). Ciò detto, l'interrogativo sopra posto sembra essere tenuto in considerazione dalla giurisprudenza (per lo meno da una sua parte); è significativo, infatti, che nel fare impiego delle verificazioni (o della c.t.u.) sia prestata particolare attenzione all'esigenza di un pieno contraddittorio tra i consulenti delle parti nell'ambito dei lavori dell'organo verificatore⁵⁸.

chiederebbero una c.t.u.). Circa la importanza dei mezzi istruttori per garantire la parità delle parti avanti al giudice amministrativo, secondo le coordinate della Costituzione, cfr. G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008, p. 181 ss.; S. SPUNTARELLI, *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, Dike, Roma, 2012, p. 123 ss.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019 cit.

⁵⁶ Sul punto cfr. le considerazioni di M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 27; A. TRAVI *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?*, cit., p. 313 ss.

⁵⁷ Sul tema cfr. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti della autorità indipendenti*, cit., p. 109, in part. nota 35.

⁵⁸ Cfr. ad. es. le ordinanze della sez. VI del Cons. Stato, n. 3540/2018, n. 6326/2018 e n.

L'indirizzo espresso dalla sentenza n. 4990/2019 cit. (che la sentenza in commento pare sostanzialmente accogliere) non può dirsi consolidato⁵⁹, ma i suoi principali assunti sono stati anche di recente ripresi⁶⁰, con lo sforzo di delineare una più netta distinzione tra scelte "discrezionali" e valutazioni "tecniche", e ciò al fine di porre le basi per una tutela effettiva, fondata sulla "parità" delle parti processuali. Il che mi pare condivisibile nella misura in cui non si voglia concludere che l'attribuzione ad un'amministrazione di un potere di valutazione fondato su criteri tecnici, dunque di per sé, ed in linea di principio, "neutri"⁶¹, debba comportare una limitazione degli strumenti di tutela giurisdizionale a disposizione del soggetto privato, in particolare rispetto alla ricostruzione del fatto controverso (risultato, questo, difficilmente conciliabile con le attuali coordinate costituzionali). In questa prospettiva va aggiunto che nelle riflessioni più avanzate, di cui si è dato conto, la possibilità di distinguere con maggiore nettezza "valutazioni tecniche" da scelte di "ponderazione" degli interessi, in particolar modo nell'ambito dell'attività delle autorità di regolazione, conduce a configurare un puntuale onere di motivazione dei provvedimenti adottati, con quel che ne consegue in ordine alle censure opponibili⁶².

Non va certo sottaciuto che il modello di sindacato proposto dalla ricordata pronuncia del 2019 sia stato oggetto di riflessioni critiche in dottrina, le quali, in sintesi, fanno leva sull'esigenza di garantire l'equilibrio complessivo del sistema⁶³.

La sentenza in commento non prende esplicita posizione sul punto (e il mancato espresso riferimento a puntuali precedenti giurisprudenziali, probabilmente, ne è indice⁶⁴); ma neppure tale pronuncia sembra voler asseconda-

6912/2019, cit.; come si è già riferito l'attenzione alla garanzia del contraddittorio, rispetto ai consulenti delle parti processuali, si riscontra anche nella sent. 4465/2021, cit. qui commentata. Peraltro, si considera anche l'indirizzo secondo cui «l'apporto conoscitivo tecnico, conseguito anche tramite apporti scientifici, non è ex se dirimente allorché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici» (Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 779; Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1550).

⁵⁹ Come si è già riferito, infatti, la portata innovativa della sent. n. 4990/2019, cit. è stata ridimensionata dalla giurisprudenza successiva (Cons. Stato, sez. VI, n. 1957/2020, 5559/2019, n. 6022/2019, e n. 7719/2019, cit.).

⁶⁰ Cons. Stato, sez. VI, n. 2414/2020, cit.

⁶¹ Cosa, intuitivamente, differente è che la scelta adottata sulla base di criteri di ordine tecnico determini, poi, in concreto, un certo assetto di interessi.

⁶² Come si è detto in principio, l'articolazione delle censure avanzate nei confronti dei provvedimenti non è priva di significato, così come non lo è la circostanza che alla base dell'annullamento giurisdizionale, nella recente sentenza qui commentata, vi sia stato l'accertamento della "irragionevolezza tecnica" delle valutazioni dell'autorità. Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7719, secondo cui: «la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che la discrezionalità tecnica è sindacabile soltanto quando la valutazione dell'amministrazione risulti contraria al principio di ragionevolezza tecnica». Sul punto cfr. le considerazioni che, all'indomani della sentenza n. 601/1999 cit., avevano condotto a ritenere che il Giudice, accertando la inattendibilità delle valutazioni tecniche, avesse in sostanza fatto riferimento ad una nuova ipotesi di eccesso di potere (A. TRAVI a commento di Cons. Stato, sez. IV, n. 601/1999, cit., 13.). Sulle implicazioni che l'affermazione di un certo modello di sindacato nei confronti delle autorità amministrative indipendenti comporta in ordine ai vizi censurabili, cfr. R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, cit., p. 801 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 198 ss.

⁶³ Per la ricostruzione di questa prospettiva cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 146.

⁶⁴ Per altro verso, la portata delle affermazioni della sentenza andrebbe valutata, anzitutto, rispetto al concreto caso deciso; anche la portata delle critiche mosse all'indirizzo inaugurato

re una tendenza, in altre occasioni (criticamente) osservata dalla dottrina, alla autolimitazione nell'esercizio dei poteri codificati, che sembrava essere più una "inclinazione" soggettiva dell'organo giudicante che una soluzione giuridicamente imposta (dunque, priva di reale giustificazione rispetto ai caratteri della giurisdizione amministrativa, così come venutasi a delineare in forza del dato normativo).

In conclusione, in assenza di specifiche disposizioni di legge, non sembrano esservi ragioni di diritto positivo, che impongano, o meglio consentano, un sindacato che, in qualche modo, si differenzi rispetto ad un modello "normale" di controllo giurisdizionale; il quale cioè sia svolto secondo le regole del relativo processo (dunque con il contributo istruttorio fornito, rispetto a questioni tecniche, da un organo verificatore o da un consulente tecnico, e ciò nell'ottica di garantire parità delle parti anche nella fase istruttoria, peraltro secondo le coordinate della Costituzione).

Invero, vi sono casi in cui il legislatore è intervenuto per limitare in modo significativo il sindacato giurisdizionale nei confronti delle valutazioni tecniche, come è accaduto nell'ordinamento tedesco⁶⁵, o, nel nostro, tramite la previsione che esclude la possibilità di disporre verificazioni o consulenze tecniche d'ufficio nelle vertenze che riguardano la crisi degli istituti bancari⁶⁶. Peraltro, almeno rispetto a quest'ultimo caso, sono stati avanzati seri interrogativi, in quanto la riferita esclusione si porrebbe come limite probatorio assoluto, «che compromette non solo la parità delle parti nel processo, ma anche una componente fondamentale del diritto d'azione»⁶⁷.

Quanto riferito vale a rimarcare che la tematica dei limiti del sindacato nei confronti delle valutazioni tecniche non può prescindere da un angolo di visuale che consideri la dimensione 'processuale' del problema, come sembra potersi cogliere anche nella sentenza in commento⁶⁸.

nel 2019 andrebbe considerata in tal modo, vale a dire tenendo a mente sia la specificità della materia decisa, e dunque la peculiarità dei poteri dell'autorità coinvolta (AGCM), sia il mancato impiego di una c.t.u. o di una verifica. Questi due profili segnano una certa differenza rispetto alla pronuncia qui commentata.

⁶⁵ M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 38, nota 52.

⁶⁶ D.lgs. 15 novembre 2015, n. 180 (cfr. l'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 180/2015, cit. che esclude l'applicazione dell'art. 63, comma 4, c.p.a.). Il d.lgs. n. 180/2015, cit. attua la direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

⁶⁷ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 282.

⁶⁸ In altri termini, scelte legislative come quelle sopra riportate, per la specificità del contenzioso a cui si riferiscono, non sembrano, di per sé, poter conformare il modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche, in assenza di altri limiti ricavabili dalle regole del processo.



COMMENTI

La governance privata di Facebook e la presa di coscienza del regolatore europeo: qualcosa sta cambiando?

Facebook private governance and the answer of the European regulator: is something changing?

di **Simona Pelleriti** *

ABSTRACT

Il lavoro prende spunto dalla decisione del Comitato di controllo di Facebook sulla sospensione dell'account dell'ex presidente Donald Trump dal *social network* per analizzare il sistema di *governance* privata sempre più articolato di cui si è dotata la piattaforma. Dal ruolo preponderante degli Standard della Community alla creazione di quella che è stata definita una sorta di Corte Suprema di Facebook, la piattaforma conferma quell'approccio per cui la regolazione dei rapporti tra il *social* e i suoi utenti è del tutto slegato dagli ordinamenti giuridici cui appartengono. Ci si sofferma, infine, sulla risposta del regolatore europeo che, con il Digital Service Act, ha mosso i primi (timidi) passi verso la riaffermazione del ruolo dei poteri pubblici e dei valori degli ordinamenti giuridici di appartenenza degli utenti delle piattaforme online.

Parole Chiave: Facebook – Comitato di controllo – Governance privata – Diritti fondamentali – Ordinamenti giuridici – Digital Service Act

The work takes its cue from the decision of the Facebook Oversight Board about the suspension from the platform of the account of former president Donald Trump and it focus on the private governance model built by the platform year after year. From the central role of the Community Standards to the creation of a sort of Supreme Court, Facebook confirms the approach where the regulation of the relationship between the platform and its users doesn't take into any account the legal regime of the latter. The paper analyses, in the end, the answer provided by the European regulator through the Digital Service Act, which represent a first (weak) attempt to reestablish the role of public governance and of the value of the legal system of the users of the digital platforms.

Key Words: Facebook – Oversight Board – Private governance – Fundamental rights – Legal systems – Digital Service Act

DECISIONE FB-691QAMHJ DEL COMITATO DI CONTROLLO DEL 5 MAGGIO 2021 SUL CASO 2021-001-FB-FBR **

Estratto

"Il Comitato rileva che i due post hanno violato gravemente le normative di Facebook e ritiene

* Assegnista di ricerca in diritto dell'economia, Università degli Studi di Milano

** <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>.

giustificata la decisione di Facebook di aver limitato l'account e la Pagina il 6 e il 7 gennaio. L'utente ha espresso elogio e supporto nei confronti dei manifestanti coinvolti in una rivolta prolungata, durante la quale alcune persone sono morte, altre sono state messe in grave pericolo ed è stato interrotto un meccanismo democratico fondamentale. (...)

Tuttavia, non era corretto che Facebook imponesse una sospensione a tempo indeterminato. In questo caso Facebook non ha seguito una procedura chiara e pubblicamente nota. Le sanzioni standard a livello di account previste da Facebook in caso di violazione delle norme prevedono una sospensione a tempo determinato dell'account dell'utente o la disattivazione permanente. Il Comitato ritiene che non sia ammissibile che Facebook tenga un utente lontano dalla piattaforma per un periodo di tempo indeterminato, senza alcun criterio che indichi quando o se l'account sarà ripristinato. (...)

Anche se tutti gli utenti dovrebbero essere soggetti alle stesse normative sui contenuti, vi sono fattori eccezionali da considerare quando si valutano i discorsi di leader politici. I capi di Stato e altri funzionari di governo in vista hanno un potere più elevato di causare pericolo rispetto ad altre persone. (...)

Facebook dovrebbe spiegare pubblicamente le norme usate per imporre sanzioni a livello di account per gli utenti influenti.”

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Gli *Standard della Community* e il monitoraggio dei contenuti. – 2. Composizione e funzioni dell'*Oversight Board*. – 3. Le decisioni dell'*Oversight Board*. – 4. Il caso di Casapound e Forza Nuova e le ordinanze del Tribunale di Roma. – 5. La risposta del *Digital Service Act*. – 6. Conclusioni.

Introduzione

A seguito dell'assalto al Congresso americano dello scorso 6 gennaio 2021 ad opera di un gruppo di sostenitori del presidente uscente Donald Trump, Facebook ha comunicato la propria decisione di sospendere a tempo indeterminato l'account di quest'ultimo per aver usato, attraverso due post pubblicati in occasione di quell'evento¹, parole di sostegno nei confronti degli insurrezionalisti. Pur invitando i suoi sostenitori a tornare a casa e a ristabilire un clima pacifico, Trump ha infatti usato espressioni quali «*We love you. You're very special*» nel primo post e «*great patriots*», «*remember this day forever*» nel secondo post, mostrando apprezzamento nei confronti degli assaltatori che avrebbero reagito, a suo dire, all'esito di un'elezione fraudolenta e manipolata da parte dei Democratici.

Queste affermazioni, unitamente al timore che le dichiarazioni sull'irrego-

¹ I post risalgono al giorno stesso dell'assalto a *Capitol Hill*.

Il primo è stato pubblicato alle 16.21: «*I know your pain. I know you're hurt. We had an election that was stolen from us. It was a landslide election, and everyone knows it, especially the other side, but you have to go home now. We have to have peace. We have to have law and order. We have to respect our great people in law and order. We don't want anybody hurt. It's a very tough period of time. There's never been a time like this where such a thing happened, where they could take it away from all of us, from me, from you, from our country. This was a fraudulent election, but we can't play into the hands of these people. We have to have peace. So go home. We love you. You're very special. You've seen what happens. You see the way others are treated that are so bad and so evil. I know how you feel. But go home and go home in peace*».

Il secondo alle 18.07: «*These are the things and events that happen when a sacred landslide election victory is so unceremoniously viciously stripped away from great patriots who have been badly unfairly treated for so long. Go home with love in peace. Remember this day forever!*».

larità delle elezioni contribuissero a fomentare ulteriori atti di violenza, hanno spinto il *social network* a rimuovere in prima battuta i singoli post contrari agli *Standard della Community* elaborati da Facebook² (che proibiscono appunto di esprimere supporto a chi si è reso protagonista di episodi di violenza), per poi procedere il giorno successivo alla sospensione dell'account a tempo indefinito.

Considerate le peculiarità del caso, la società di Zuckerberg ha chiesto all'*Oversight Board*³ (o Comitato di controllo) di verificare la correttezza della propria decisione. Il Comitato è giunto alla conclusione⁴ che Facebook, mentre ha operato correttamente sospendendo l'account di Trump nelle ore immediatamente successive alla pubblicazione di quei post che rischiavano di alimentare ulteriormente il clima di violenza, non può invece sospendere un account a tempo indefinito. Al contrario, dovrebbe indicare un arco di tempo al termine del quale verificare se permangono le condizioni che hanno portato alla sospensione oppure se è possibile ripristinare l'accesso al *social network*.

Facebook, in risposta alla decisione del *Board*, ha modificato i termini della sospensione dell'account di Trump⁵, che passa così dall'essere a tempo indefinito ad una durata di due anni, al termine dei quali si potrà procedere con la riattivazione previa verifica che i rischi per la pubblica sicurezza siano cessati⁶.

Si è scelto di cominciare questo breve scritto con la descrizione di questo caso perché, come sottolineato da Andrea Renda in un recente editoriale, rappresenta la sintesi perfetta di tutte quelle criticità che l'assenza di un controllo effettivo sulle piattaforme digitali da parte delle istituzioni pubbliche comporta: «*dalla manipolazione delle reti sociali a uso politico, all'assenza di piena responsabilità da parte degli intermediari, fino al trionfo della governance privata, senza che alcuno strumento giuridico potesse anche soltanto impensierire la condotta delle piattaforme di turno*»⁷.

A prescindere da qualsiasi considerazione sul merito delle dichiarazioni pubblicate da Trump, ciò che colpisce della decisione dell'*Oversight Board* (ma che è un tratto distintivo di tutte le decisioni del Comitato come si vedrà nel prosieguo del lavoro) è l'aver utilizzato gli *Standard della Community* e il Patto internazionale sui diritti civili e politici⁸ come parametri per il delicato bi-

² Le istruzioni su cosa si può pubblicare e sui contenuti che invece sono vietati sono fornite dallo stesso social network all'interno della piattaforma: <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/>.

³ Sulla composizione e il funzionamento del Comitato di controllo di Facebook si dirà in maniera più approfondita nel paragrafo 2 del presente lavoro.

⁴ Decisione 2021-001-FB-FBR disponibile al seguente indirizzo web: <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>.

⁵ E. DWOSKIN, *Trump is suspended from Facebook for 2 years and can't return until "risk to public safety is receded"*, in *The Washington Post*, 4 giugno 2021, <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/06/03/trump-facebook-oversight-board/>.

⁶ Trump ha recentemente presentato ricorso alla *United States District Court for the Southern District of Florida* contro i tre giganti della tecnologia Facebook, Twitter e Google per aver violato il I Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (che tutela la libertà di parola) escludendolo dalle piattaforme. Oggetto della controversia è anche la richiesta di incostituzionalità della Sezione 230 del Communications Decency Act del 1996 che esclude anche le piattaforme online dalla responsabilità per ciò che viene postato all'interno dei loro *network*.

⁷ A. RENDA, *L'Unione europea e l'insostenibile leggerezza del Web*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2021, p. 7.

⁸ Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976.

lanciamento tra libertà di espressione e tutela della pubblica sicurezza, senza alcun riferimento all'ordinamento costituzionale statunitense che pur vanta un'importante tradizione nella tutela dei diritti fondamentali⁹. Le regole pattizie elaborate da Facebook, del tutto slegate dagli ordinamenti giuridici cui appartengono gli utenti della piattaforma, assumono così un ruolo preponderante nel decidere questioni che toccano quei diritti fondamentali su cui si basano le democrazie occidentali.

Guardando al sistema di autoregolazione di cui si è dotato il *social network* – fatto di standard comportamentali per gli utenti e di un sistema di controllo sul loro rispetto – sembra più che mai appropriata la definizione utilizzata dallo stesso Zuckerberg nel descrivere la propria società: «*in a lot of ways Facebook is more like a government than traditional company. We have this large community of people, and more than other technology companies we're really setting policies*»¹⁰.

Forte di questa auto proclamazione a “governatore della rete”, Facebook ha ormai assunto il ruolo di vero e proprio regolatore del dibattito pubblico, destando le preoccupazioni di chi ritiene che la piattaforma non abbia quei requisiti di trasparenza¹¹ e imparzialità¹² necessari per gestire questioni sociali di rilevanza costituzionale (solo per citarne alcuni la libertà di espressione, la tutela dei minori e delle minoranze, il diritto alla privacy)¹³.

Con la creazione dell'*Oversight Board*, Facebook ha poi compiuto un ulteriore passo avanti in quello che è stato definito un vero e proprio processo di privatizzazione della giustizia digitale¹⁴, in cui il delicato compito di ponderare i diritti fondamentali in gioco non è più affidato, come tradizionalmente è sempre stato, ad autorità di rilevanza pubblicistica, bensì ad un organismo di controllo sulla cui effettiva indipendenza sono stati sollevati non pochi dubbi¹⁵.

⁹ M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, intervento al Convegno del Gruppo di Pisa *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica* del 18-19 giugno 2021, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 2, 2021, p. 176.

Invero, in nessuna delle decisioni finora adottate dall'*Oversight Board* si è fatto riferimento alle leggi del Paese in cui sarebbe avvenuta la violazione dei diritti fondamentali esaminata, a dimostrazione dell'affermarsi della piattaforma come soggetto svincolato al controllo statale. Per un approfondimento sulle decisioni fin qui assunte dal Comitato si veda il paragrafo 3 del presente lavoro.

¹⁰ F. FOER, *Facebook's war on free will*, in *The Guardian*, 19 settembre 2019, <https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/19/facebooks-war-on-free-will>.

¹¹ Basti pensare al noto caso *Cambridge Analytica* che ha portato alla luce un uso strumentale dei dati su milioni di utenti del *social network* al fine di influenzarne l'intenzione di voto alle presidenziali USA del 2016.

¹² Una recentissima indagine del *The Wall Street Journal* (disponibile al seguente indirizzo <https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039>) ha fatto emergere un sistema di controllo preferenziale riservato a circa 6 milioni di utenti particolarmente noti e seguiti sul *social*, inclusi politici, attori, campioni dello sport e così via. Secondo quanto scoperto dalla testata giornalistica, il programma XCheck, che nasce per effettuare un controllo di qualità sui post dei profili più rilevanti, consente al contrario a questa selezionata cerchia di VIPs di evitare il blocco temporaneo dei contenuti pubblicati in caso di violazione delle regole della *Community*. Facebook ha ammesso l'esistenza del programma che consente un trattamento preferenziale, sostenendo che si adopererà per correggere quest'anomalia.

¹³ D. GHOSH, *Facebook's Oversight Board is not enough*, in *Harv. B. R.*, 16 ottobre 2019, <https://hbr.org/2019/10/facebooks-oversight-board-is-not-enough>.

¹⁴ O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19, 2019, p. 11.

¹⁵ K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale L. J.*, vol. 129, 8, 2020, p. 2477 ss.

Il dibattito sulla natura giuridica delle piattaforme online come Facebook impegna ormai accademici e istituzioni di entrambe le sponde dell'Atlantico¹⁶: si tratta di semplici operatori privati o prestatori di un servizio di pubblica utilità che, come tale, necessita di essere regolamentato (e non solo auto-regolato)?

In ambito nazionale, il Tribunale di Roma ha elaborato la sua risposta a questa domanda nell'ambito di una vicenda molto simile a quella di Trump, ovvero la chiusura delle pagine dei partiti e dei coordinatori nazionali di Casa-pound e Forza Nuova¹⁷.

Oltre alle autorità giudiziarie degli Stati membri, anche il regolatore europeo sembra aver preso coscienza del problema e ha tentato di muovere i primi passi verso una riaffermazione della *governance* pubblica nel mondo digitale attraverso la proposta di regolamento *Digital Service Act*¹⁸.

Dopo una breve descrizione su come il *social network* gestisce il monitoraggio dei contenuti caricati dagli utenti all'interno della piattaforma e sul funzionamento dell'*Oversight Board*, ci soffermeremo sulle reazioni dell'autorità giudiziaria e del regolatore europeo per valutare se l'approccio adottato per limitare il potere di auto-determinazione di Facebook sia efficace per perseguire l'obiettivo.

1. Gli *Standard della Community* e il monitoraggio dei contenuti

Durante i primi anni di vita del *social network*, quando gli utenti registrati erano per lo più studenti universitari, il parametro che guidava il controllo sui post si basava sul semplice concetto «*if it makes you feel bad, take it down*»¹⁹. Con l'ascesa su scala globale della piattaforma e una platea di utenti sempre più eterogenea, quel meccanismo di controllo "a sentimento" non era certamente più sostenibile.

La piattaforma si dota così degli *Standard della Community*, ispirati in origine al principio della libertà di parola e diventati via via sempre più restrittivi per adattarsi al ruolo di regolatore del dibattito pubblico di fatto acquisito nel tempo.

Come anticipato nell'introduzione, gli *Standard* rappresentano per Facebook il punto di riferimento formale imprescindibile per l'approvazione o la

¹⁶ Sia in Europa che negli Stati Uniti, seppur con modi e tempi diversi, si sta affrontando il tema della regolazione delle *Big Tech*. In Europa, la Commissione Europea ha elaborato un pacchetto di proposte composto da *Data Governance Act*, *Digital Market Act* e *Digital Service Act* nell'intento di colmare quelle lacune normative che hanno consentito alle piattaforme digitali di imporsi sul mercato con ricadute negative in termini di tutela dei consumatori, dei lavoratori e della concorrenza. Negli Stati Uniti si discute da un decennio della concezione del *social media* come *public utility* in virtù del ruolo essenziale che internet riveste ormai nella vita dei cittadini e nel dibattito pubblico (si veda S. PIVA, *Facebook è un servizio pubblico? La controversia su CasaPound risolve la questione dell'inquadramento giuridico dei social network*, in *Dirittifondamenti.it*, 2, 2021, p. 1210).

¹⁷ Il caso è approfondito al paragrafo 4 in cui verranno analizzate le relative ordinanze del Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di Impresa, 12 dicembre 2019, e sez. civ. XVII, 29 aprile 2020.

¹⁸ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM/2020/825 final.

¹⁹ K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board*, cit., p. 2436.

rimozione dei contenuti degli utenti, i quali, al momento dell'iscrizione al *social*, si impegnano a rispettarli. Queste regole costituiscono infatti parte integrante delle Condizioni d'Uso, la cui sottoscrizione è vincolante per poter accedere ai servizi della piattaforma.

Si tratta di un insieme di prescrizioni piuttosto vasto (e vago) che si basa «sui feedback ricevuti dalle persone e sui consigli di esperti in ambiti quali tecnologia, sicurezza pubblica e diritti umani»²⁰, il cui compito è indicare all'utente che cosa è consentito e cosa è vietato all'interno della piattaforma per potersi esprimere in un ambiente sicuro. Nessun espresso riferimento quindi né all'ordinamento giuridico statunitense²¹ né agli ordinamenti in cui risiedono gli utenti destinatari delle decisioni della piattaforma, in linea con quell'impostazione che colloca il mondo digitale in una dimensione a-giuridica²².

Tra i contenuti la cui pubblicazione e condivisione è vietata vi sono quelli classificati come "deplorable" nella cui categoria rientrano le espressioni d'odio, i contenuti violenti o che esprimono crudeltà e insensibilità, le immagini di nudo o a sfondo sessuale. Di conseguenza, quelle persone o organizzazioni che utilizzano il *social* come veicolo di messaggi violenti o discriminatori (sulla base di razza, etnia, religione, orientamento sessuale o disabilità) non possono trovare spazio all'interno della piattaforma.

Il sistema di controllo per monitorare che i post pubblicati su Facebook rispettino gli *Standard della Community* opera su diversi livelli: può intervenire prima che il contenuto sia pubblicato (controllo *ex ante*) oppure quando è già pubblicato (*ex post*); può essere un controllo di tipo reattivo, cioè innescato su segnalazione precisa, oppure proattivo; può trattarsi di un controllo automatico, tramite l'ausilio di algoritmi artificiali, oppure manuale²³.

Considerato l'elevato numero di utenti che quotidianamente utilizza attivamente il *social*²⁴, la piattaforma si è affidata sempre di più a modalità di controllo automatico dei contenuti. La maggior parte di questi viene monitorato attraverso la cd. *hash technology*, che consiste nel verificare se il post caricato rientra tra quelli raccolti in un data base di contenuti che sono già stati vietati o dichiarati illegali. Il data base viene via via alimentato anche con il supporto

²⁰ <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/?from=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards>.

²¹ Quando il social network è stato fondato nel 2004 aveva come unica finalità quella di mettere in contatto gli studenti di Harvard e non si poteva certo prevedere la dimensione globale che avrebbe assunto di lì a breve. In ogni caso, la Sezione 230 del *Communications Decency Act* del 1996 esenta le piattaforme online dalla responsabilità per i contenuti pubblicati e condivisi dagli utenti al suo internet, lasciando spazio così alla creazione di questo sistema di regole auto-determinate e auto-applicative rappresentato dagli *Standard della Community*. K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board*, cit., pp. 2428-2429.

²² L'idea di un sistema di regole automatizzate, auto-applicative e slegate da confini territoriali risale ai primi anni Novanta, quando si inizia a parlare di *Lex Informatica* o *Code*: le tradizionali fonti del diritto lasciano il posto a codici di testo che regolano la vita virtuale dell'utente stabilendo cosa può e non può fare.

Per un approfondimento sul tema si rimanda a J.R. REIDEMBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas L. Rev.*, vol. 76, 1998, p. 553; L. LESSING, *Code. Version 2.0*, Basic Books, New York, 2006; E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi*, 1, 2017, p. 16.

²³ K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 131, 11, 2018, p. 1635.

²⁴ Nel secondo quadrimestre del 2021 si stima un numero di 1,9 miliardi di utenti che quotidianamente hanno utilizzato i servizi della piattaforma. Fonte: <https://www.statista.com/statistics/346167/facebook-global-dau/>.

degli utenti stessi, che possono segnalare alla piattaforma i contenuti di natura violenta, offensiva o a sfondo sessuale in cui si imbattono²⁵.

Un mix di controllo tramite algoritmi e controllo umano che però non è (forse comprensibilmente visti i numeri in questione) scevro da errori: ecco quindi che post che sarebbero ammissibili vengono rimossi o viceversa. Inizialmente gli utenti che si vedevano rimuovere ingiustificatamente i contenuti caricati non avevano molte *chance* di appellarsi alla piattaforma affinché tornasse sulla propria decisione, dal momento che questa possibilità era prevista solo in caso di sospensione di un account o una pagina, a meno che l'interessato non avesse conoscenze dirette all'interno di Facebook o non fosse in grado di attirare l'attenzione pubblica sul proprio caso²⁶. Solo nel 2018 il *social network* ha esteso la possibilità di appello anche alle decisioni sulla rimozione di un certo tipo di contenuti e – nell'ottica di garantire maggior trasparenza sui propri processi decisionali come richiesto in modo sempre più pressante da diverse realtà della società civile²⁷ – ha inaugurato dei report periodici nei quali viene indicato il numero di post “riabilitati”.

2. Composizione e funzioni dell'*Oversight Board*

Nonostante i tentativi da parte del *social network* di costruirsi un'*allure* di trasparenza ed imparzialità, lo scandalo di *Cambridge Analytica* ha acceso nuovamente i riflettori (se mai si fossero spenti) sull'opportunità di lasciare ad un operatore privato un margine di azione tale da poter addirittura giocare un ruolo decisivo alle elezioni presidenziali statunitensi del 2016.

In reazione alle polemiche sollevatesi e, probabilmente, nel tentativo di anticipare un intervento più invasivo del regolatore, la società di Zuckerberg ha cominciato a lavorare all'idea di un soggetto indipendente che avesse l'ultima parola sulle decisioni che implicano un bilanciamento tra la libertà di parola e

²⁵ Per un ulteriore approfondimento sui sistemi di controllo dei contenuti adottati dalle piattaforme online si rimanda a S.T. ROBERTS, *Behind the screen: content moderation in the shadow of social media*, Yale University Press, New Haven, 2019.

²⁶ È quanto accaduto nel caso della pubblicazione della foto vincitrice del premio Pulitzer intitolata “The terror of war”, che raffigura una bambina di 9 anni che corre nuda in lacrime dopo essere stata vittima di un attacco in Vietnam con bombe al napalm. L'autore dello scatto, il norvegese Espen Egil Hansen, si è visto rimuovere dal *social* un post che conteneva quella foto perché, secondo gli standard della piattaforma, raffigurava un minore nudo. In risposta a quell'episodio, migliaia di utenti in tutto il mondo hanno postato sulle proprie bacheche la foto “The terror of war” per protestare contro le modalità poco chiare e trasparenti con cui Facebook censura determinati contenuti. La piattaforma ha quindi rivisto la propria decisione fornendo la seguente spiegazione: «*An image of a naked child would normally be presumed to violate our community standards, and in some countries might even qualify as child pornography. In this case, we recognize the history and global importance of this image in documenting a particular moment in time.*». M. SCOTT-M. ISAAC, *Facebook Restores Iconic Vietnam War Photo It Censored for Nudity*, in *The New York Times*, 9 settembre 2016, disponibile all'indirizzo web: <https://www.nytimes.com/2016/09/10/technology/facebook-vietnam-war-photo-nudity.html>.

²⁷ K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board*, cit., pp. 2434-2035. L'Autrice critica l'atteggiamento tenuto per anni dal *social network* che ha volutamente mantenuto uno scarso livello di trasparenza sui propri meccanismi decisionali: «*Besides the public-facing Community Standards, which were broad and vague, the specific rules and mechanisms by which Facebook removed or kept content on the site were deliberately opaque and carefully guarded.*».

quelle norme sociali a cui fanno riferimento gli utenti²⁸. Per usare le parole di Zuckerberg stesso, una sorta di Corte Suprema²⁹.

All'inizio del 2019, viene così avviata una consultazione su scala globale – attraverso l'organizzazione di workshop in diverse città del mondo – per raccogliere le reazioni all'idea di istituire un organismo che si occupasse di dirimere le questioni più delicate riguardo alla libertà di espressione. Diverse le perplessità che sono state sollevate: da chi vedeva in questa iniziativa un ulteriore passo avanti in quel percorso (difficilmente arrestabile) di auto-regolazione delle piattaforme digitali a quelle di chi temeva che Facebook fosse solo in cerca di un capro espiatorio per liberarsi dalle proprie responsabilità nell'assumere decisioni che limitano la libertà di espressione³⁰.

Al termine delle consultazioni, viene elaborata la versione definitiva dell'Atto costitutivo dell'*Oversight Board*, composto da sette articoli che – insieme allo Statuto (l'*Oversight Board Bylaws*)³¹ – ne regolano la struttura, le responsabilità e il rapporto con Facebook³².

La composizione del Comitato è stata pensata per garantire la massima eterogeneità possibile, in modo da avere a disposizione diverse expertise. I membri nominati – attualmente quaranta – sono stati scelti tra accademici e leader politici di diversa estrazione geografica e culturale e hanno un mandato di tre anni che potrà essere rinnovato non più di tre volte. La scelta dei componenti viene formalizzata dai *Trustee*, ovvero coloro che gestiscono il rapporto tra Facebook e il Comitato garantendo così l'indipendenza di quest'ultimo³³.

Come anticipato, il compito principale dell'*Oversight Board* è quello di operare un controllo sulle decisioni adottate dalla piattaforma secondo una procedura descritta sul sito internet dell'organismo. In questo modo, il Comitato mira a dare vita ad un vero e proprio *case-law* cui Facebook possa fare riferimento nell'adottare le proprie decisioni³⁴.

Innanzitutto per poter inviare una richiesta al Comitato è necessario soddisfare quattro requisiti cumulativi: a) chi propone il ricorso deve essere titolare di un account Facebook o Instagram attivo; b) Facebook o Instagram devono già aver riesaminato la loro decisione iniziale; c) la decisione deve essere ido-

²⁸ Sul sito web dell'*Oversight Board* (<https://oversightboard.com>) l'esigenza di dar vita al Comitato viene così giustificata: «La community ha raggiunto oltre 2 miliardi di persone ed è diventato sempre più chiaro che l'azienda Facebook non può prendere autonomamente così tante decisioni relative alla libertà di parola e alla sicurezza online. Il Comitato per il controllo è stato creato per aiutare Facebook ad affrontare alcune tra le questioni più difficili in merito al tema della libertà di espressione online: cosa rimuovere, cosa lasciare e perché».

²⁹ Il fondatore di Facebook ad un'intervista rilasciata nel "Ezra Klein Show" e pubblicata il 2 aprile 2018 sul sito Vox.com, <https://www.vox.com/2018/4/2/17185052/mark-zuckerberg-facebook-interview-fake-news-bots-cambridge>, ha dichiarato: «You can imagine some sort of structure, almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don't work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world».

³⁰ K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board*, cit., p. 2451-2052.

³¹ Il testo dello Statuto è disponibile all'indirizzo <https://oversightboard.com/sr/governance/bylaws>.

³² Il testo dell'Atto costitutivo è consultabile sul sito dell'*Oversight Board* <https://oversightboard.com/governance/>.

³³ Art. 1 dell'Atto costitutivo.

³⁴ G.C. FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>.

nea al ricorso all'*Oversight Board* e, quindi, non deve avere implicazioni in termini di sicurezza e rispetto delle leggi specifiche di ciascun Paese; d) il ricorso deve essere inviato entro 15 giorni da quando Facebook o Instagram hanno emesso la propria decisione finale, a quel punto il Comitato ha 90 giorni per decidere se accogliere il ricorso (e quindi occuparsi del caso) oppure no³⁵.

Una volta presentato il ricorso, il Comitato lo esamina e valuta se è tra quelli idonei ad essere presi in considerazione per un'analisi più approfondita. Se la valutazione dà esito positivo, una giuria – ovvero un sottoinsieme del Comitato – elabora una bozza della decisione finale che verrà poi messa a disposizione di tutti gli altri membri prima di emettere la versione definitiva. Quest'ultima potrà contenere delle raccomandazioni sulle normative di Facebook che la piattaforma si impegna ad implementare³⁶.

Anche Facebook può rivolgersi direttamente al Comitato per un'analisi rapida e prioritaria delle proprie decisioni «*quando i contenuti possono avere ripercussioni gravi nel mondo reale*³⁷». Questa eccezione, così come in realtà la maggior parte delle prescrizioni contenute nell'Atto costitutivo, lascia un ampio margine di discrezionalità all'*Oversight Board* nel decidere di quali questioni occuparsi, facendo vacillare quel requisito di trasparenza che sembrava – almeno nelle intenzioni del fondatore del *social* – tra i principali motivi che hanno portato alla creazione di questo organismo.

Le perplessità non si esauriscono qui. Ci sono altri aspetti che fanno sorgere dubbi circa l'effettiva imparzialità e indipendenza dell'*Oversight Board*.

Innanzitutto, occorre precisare che, se è pur vero che i membri sono formalmente nominati dai *Trustee*, le candidature iniziali sono proposte da Facebook. Vi è poi un aspetto finanziario da valutare: nonostante il ruolo del Trust, che gestisce e sovrintende tutti gli aspetti del funzionamento del Comitato, la dote iniziale da cui dipende il sostentamento dell'organismo è stata messa a disposizione dallo stesso *social network*³⁸. Non a caso, infatti, c'è chi ha parlato dell'*Oversight Board* come di una «Corte Suprema di Facebook» piuttosto che di una «Corte Suprema su Facebook»³⁹.

Un'ultima riflessione riguarda l'effettività dell'azione del Comitato: ci si può infatti domandare fino a che punto sia efficace dal momento che né l'Atto costitutivo né lo Statuto prevedono un sistema di sanzioni nel caso in cui Facebook decidesse di non aderire alle raccomandazioni dell'*Oversight Board*.

3. Le decisioni dell'*Oversight Board*

Le decisioni finora assunte dal Comitato di controllo si caratterizzano per la tendenza ad attribuire alla libertà di espressione un peso preponderante nel bilanciamento con gli altri interessi in gioco⁴⁰. Nella maggior parte dei casi, in-

³⁵ <https://oversightboard.com/appeals-process/>.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Art. 3, punto 7.2 dell'Atto costitutivo.

³⁸ K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board*, cit., pp. 2486-2487.

³⁹ M. BETZU, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁰ Su 18 decisioni ad oggi pubblicate dal Comitato di controllo ben 15 si esprimono a favore della permanenza dei post oggetto di verifica all'interno delle piattaforme Facebook o Instagram. Solamente in due casi (il caso 2021-011-FB-UA e il caso Trump 2021-001-FB-FBR) ha deciso per la rimozione del post o la sospensione dell'account.

fatti, l'*Oversight Board* si è espresso nel senso o di confermare la decisione di Facebook di ripristinare un post rimosso in prima battuta⁴¹ o di sovvertire la decisione del *social network* di revocare i contenuti dichiarati incompatibili con gli *Standard della Community*⁴².

Oltre alla propensione verso una maggior tutela della libertà di parola, ci sono altri aspetti che accomunano queste decisioni e che meritano una breve riflessione.

Come già sottolineato, il Comitato di controllo utilizza come parametro per le proprie decisioni gli standard giuridici internazionali⁴³, oltre che naturalmente gli *Standard della Community* e i "Valori"⁴⁴ di Facebook. Dopo aver individuato gli "Standard pertinenti", si passa alla valutazione del caso, o meglio, alla verifica sulla correttezza della decisione assunta da Facebook o Instagram. In questa fase il Comitato valuta se la decisione del *social network* di limitare la libertà di espressione dei suoi utenti è giustificabile alla luce di tre scriminanti⁴⁵, ovvero: i) legalità (chiarezza e accessibilità delle norme)⁴⁶; ii) fine legittimo⁴⁷; iii) necessità e proporzionalità⁴⁸.

La maggior parte delle decisioni dell'*Oversight Board* si conclude con delle raccomandazioni rivolte direttamente a Facebook (o Instagram) e finalizzate ad evitare in futuro limitazioni ingiustificate alla libertà di parola. Tra i suggerimenti indirizzati al *social network* vi sono, ad esempio, la pubblicazione di una sorta di lista di casi pratici ed esemplificativi di condotte considerate in contrasto con gli *Standard della Community*, o ancora la predisposizione di una guida per spiegare agli utenti come rendere più chiari i propri intenti quando postano un certo tipo di contenuti all'interno del *social*.

⁴¹ Si tratta della decisione sul caso 2021-009-FB-UA.

⁴² Il Comitato ha sovvertito la decisione iniziale presa da Facebook o Instagram di rimuovere i post dalle loro piattaforme nei seguenti casi: 2021-010-FB-UA, 2021-007-FB-UA, 2021-006-IG-UA, 2021-004-FB-UA, 2021-005-FB-UA, 2021-003-FB-UA, 2020-007-FB-FBR, 2020-006-FB-FBR, 2020-005-FB-UA, 2020-004-IG-UA, 2020-002-FB-UA.

⁴³ Tra questi il già citato (vedi nota 7) Patto internazionale sui diritti civili e politici, oltre ai Principi guida delle Nazioni Unite (UNGP) su imprese e diritti umani del 2011 e a varie raccomandazioni del Consiglio dell'ONU e del Relatore speciale per la promozione e protezione della libertà di opinione ed espressione.

⁴⁴ I Valori di Facebook sono indicati nell'introduzione agli *Standard della Community* e sono presi in grande considerazione dal Comitato, che si richiama spesso in particolare al valore della "libertà di espressione" definita dalla piattaforma come "essenziale" e sacrificabile solo per tutelare l'"autenticità", la "sicurezza", la "privacy" e la "dignità" (<https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/?from=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards%2F>).

⁴⁵ Il metodo adottato dall'*Oversight Board* si rifà a quello della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) nell'intento di raggiungere un adeguato livello di trasparenza sul proprio iter motivazionale, sulla scia degli organi giudicanti internazionali. G.C. FERONI, *op. cit.*

⁴⁶ Il Comitato spiega che: «Il principio di legalità stabilito dal Diritto internazionale dei diritti umani sancisce che le regole utilizzate per limitare la libertà di espressione debbano essere chiare, precise, pubblicamente accessibili e non discriminatorie». <https://oversightboard.com/decision/FB-E5M6QZGA/>.

⁴⁷ Le limitazioni alla libertà di espressione devono perseguire uno degli scopi legittimi enucleati nell'ICCPR, che includono i "diritti degli altri". <https://oversightboard.com/decision/FB-E5M6QZGA/>.

⁴⁸ «Qualsiasi limitazione alla libertà di espressione dovrebbe essere appropriata per svolgere la propria funzione protettiva e dovrebbe essere lo strumento meno invasivo tra quelli che potrebbero svolgere la loro funzione protettiva». <https://oversightboard.com/decision/FB-E5M6QZGA/>.

4. Il caso di Casapound e Forza Nuova e le ordinanze del Tribunale di Roma

Come è noto, quello di Trump non è il primo caso in cui Facebook ha deciso di oscurare la pagina di un esponente politico. Il 9 settembre 2019 ha fatto notizia la chiusura degli account dei partiti politici di Casapound e Forza Nuova e delle pagine personali dei loro leader nazionali per aver violato gli Standard della Community nella misura in cui hanno ospitato contenuti che incitano all'odio⁴⁹.

La decisione di Facebook è stata immediatamente contestata in sede giudiziaria dall'Associazione di Promozione Sociale CasaPound e dal suo dirigente nazionale Davide Di Stefano, che hanno presentato un ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al Tribunale di Roma per chiedere la riattivazione delle pagine sui *social*. I ricorrenti hanno accusato la piattaforma di aver violato il regolamento contrattuale – ovvero le Condizioni d'Uso accettate al momento della registrazione al *social* – nonché di aver causato loro un danno all'immagine per l'aver accostato il partito alla diffusione di messaggi violenti.

Il Tribunale di Roma si è espresso il 12 dicembre 2019⁵⁰ ordinando a Facebook di riattivare la pagina di Casapound. Il giorno seguente Facebook – suo malgrado⁵¹ – ha ripristinato gli account di Associazione di Promozione Sociale CasaPound e del suo dirigente nazionale in ottemperanza all'ordinanza del Tribunale.

Il giudice è giunto a tale conclusione in quanto l'oscuramento delle pagine in questione rappresenta una violazione dell'art. 49 della Costituzione che tutela il pluralismo politico⁵², e lo ha fatto partendo dal presupposto che il *social network* deve essere inquadrato come un "soggetto privato atipico". Secondo il giudice civile, infatti, il rapporto tra esponenti/partiti politici e la piattaforma non può essere considerato come un rapporto tra soggetti privati qualsiasi: Facebook ha assunto un ruolo centrale nel dibattito pubblico, al punto che chi non è presente all'interno della piattaforma è di fatto "escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida

⁴⁹ La decisione è stata comunicata ai media attraverso questa dichiarazione: «Le persone e le organizzazioni che diffondono odio o attaccano gli altri sulla base di chi sono non trovano posto su Facebook e Instagram. Candidati e partiti politici, così come tutti gli individui e le organizzazioni presenti su Facebook e Instagram, devono rispettare queste regole, indipendentemente dalla loro ideologia. Gli account che abbiamo rimosso oggi violano questa policy e non potranno più essere presenti su Facebook o Instagram».

⁵⁰ Per un commento all'ordinanza in commento si segnalano i seguenti contributi: O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Media Laws*, 1, 2021, pp. 173-203, disponibile in <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2021/04/RDM-1-21-Grandinetti.pdf>; C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I*, consultabile sul sito <https://www.unibo.it/sitiweb/corrado/caruso>; G. PITRUZZELLA, *Fake news e odio in rete. Dopo il caso Facebook-CasaPound*, disponibile in <https://www.ilmagnum.it/societa/2019/09/22/news/fake-news-e-odio-in-rete-dopo-il-caso-facebook-casapound-274464/>; P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, reperibile in <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2020/03/1-2020-Falletta.pdf>.

⁵¹ Sempre affidando ai media le proprie dichiarazioni, Facebook ha precisato di stare esaminando l'ordinanza del Tribunale di Roma per valutare le opzioni disponibili.

⁵² Il testo della norma recita: «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento"⁵³.

Proprio in virtù del ruolo delicato che ricopre, la società di Zuckerberg deve *“attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente”*.

Facebook ha presentato reclamo contro l'ordinanza in commento, rimarcando l'importanza dell'accettazione, in fase di iscrizione, del regolamento della piattaforma, che rappresenta un vero e proprio contratto che le parti sono tenute a rispettare. Di diverso avviso è il Collegio del reclamo che ha rilevato come, visti gli squilibri di forza tra i contraenti, la disciplina del rapporto non può essere affidata alle sole parti, soprattutto se lasciare campo libero all'autonomia privata può comportare la limitazione dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti come la libertà di espressione (art. 21 Cost.) e la libertà di associazione (art. 18 Cost.) di una delle parti.

In sintesi, quello che il Collegio afferma nella propria ordinanza del 29 aprile 2020 è che non è possibile affidare ad un soggetto privato – tanto più sulla base di un rapporto caratterizzato da un forte squilibrio contrattuale – il potere di incidere su diritti costituzionalmente garantiti, dal momento che il compito di accertare la riconducibilità al partito di affermazioni violente e che incitano all'odio spetta solamente all'autorità giudiziaria⁵⁴.

A conclusione opposta è invece giunta la sezione del Tribunale di Roma che, in sede cautelare, si è occupata dell'analogo ricorso presentato da Forza Nuova⁵⁵. Dopo aver passato in rassegna la rilevante normativa nazionale e internazionale⁵⁶, il giudice monocratico ha concluso che *«Facebook non solo poteva risolvere il contratto grazie alle clausole contrattuali accettate al momento della sua conclusione, ma aveva il dovere legale di rimuovere i contenuti, una volta venutone a conoscenza, rischiando altrimenti di incorrere in responsabilità»*⁵⁷, riconoscendo così alle Condizioni d'uso e al rapporto di natura prettamente privatistica con l'utente una rilevanza (o meglio preponderanza) che non può essere messa in dubbio dall'*«attività di indubbio rilievo sociale»*⁵⁸ svolta dal network.

5. La risposta del Digital Service Act

La questione se Facebook possa considerarsi un semplice operatore privato oppure qualcosa di più (come ha concluso il Tribunale di Roma) e, di conseguenza, se sia legittimato ad assumere decisioni che incidono sui diritti fondamentali degli utenti senza contemplare né le leggi né le autorità giuridiche dell'ordinamento in cui risiede l'utente non può essere una questione la cui soluzione è rimessa ai soli giudici nazionali.

⁵³ Pagina 4 dell'ordinanza in commento.

⁵⁴ Pagina 13 dell'ordinanza del Collegio in commento.

⁵⁵ Ordinanza del Tribunale di Roma, sezione diritti della persona, del 23 febbraio 2020.

⁵⁶ Per un'analisi dettagliata del provvedimento si rimanda a O. GRANDINETTI, *op. cit.*, pp. 178-182.

⁵⁷ Pagina 43 dell'ordinanza in commento.

⁵⁸ Pagina 14 dell'ordinanza in commento.

Da tempo si attendeva l'intervento del regolatore europeo che, di fronte all'avanzata del potere delle piattaforme digitali, è sempre apparso un po' titubante⁵⁹. Del resto, la sfida che deve affrontare non è tra le più semplici⁶⁰.

Il *Digital Service Act* è espressione del tentativo del legislatore europeo di creare un ambiente digitale maggiormente competitivo e trasparente, che tuteli i diritti fondamentali degli utenti⁶¹. Il perseguimento di quest'obiettivo passa necessariamente attraverso l'attribuzione di maggiori responsabilità in capo alle piattaforme digitali, che troppo a lungo sono state invece esentate da obblighi specifici⁶².

La proposta di regolamento affonda le sue radici nella direttiva sul commercio elettronico⁶³ (che si propone di emendare ed aggiornare) e presta particolare attenzione alla regolazione del rapporto tra piattaforma e utente⁶⁴. Diverse disposizioni all'interno del DSA mirano, infatti, a garantire maggior trasparenza⁶⁵, affidando – soprattutto alle piattaforme di grandi dimensioni – compiti di monitoraggio e informativa specifici sull'attività di moderazione dei contenuti attraverso una relazione con cadenza almeno annuale (artt. 13 e 33), sui provvedimenti adottati per «rimuovere specifiche informazioni fornite dai destinatari del servizio o disabilitare l'accesso alle stesse» che dovranno essere adeguatamente motivati (art. 15), sul sistema di reclami degli utenti che ciascuna piattaforma online deve adeguatamente implementare (art. 17), sulla sospensione «per un periodo di tempo ragionevole (del)la prestazione

⁵⁹ DE MINICO, "Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge", in *Astrid Rassegna*, 2, 2021, p. 16. L'Autore, con riferimento alla capacità di assumere l'iniziativa del legislatore europeo, lo descrive come «namely not taking a well-defined and courageous position».

⁶⁰ Come spiega efficacemente Andrea Renda (A. RENDA, *op. cit.*, pp. 7-8), la necessità di regolamentare il fenomeno digitale a livello europeo è tanto sentita quanto difficile da realizzare. Basti pensare che nessuna delle grandi compagnie tecnologiche ha sede in Europa, ma, allo stesso tempo, traggono un grande profitto dai mercati europei la cui regolazione trova fondamento nei principi e valori fondamentali del diritto UE.

Il Regolamento a tutela della protezione dei dati personali (GDPR) è stato un primo passo in quella direzione, mentre negli ultimi anni si sta puntando su una maggior flessibilità degli strumenti forniti dal diritto della concorrenza affinché possano intervenire su quelle situazioni di dipendenza economica dovute al potere acquisito dalle *Big Tech* sul mercato. Il *Digital Market Act* e il *Digital Service Act* fanno parte di questo tentativo di "addomesticamento" del mondo digitale.

⁶¹ Nella Relazione alla proposta di regolamento, al punto 1 (Contesto della proposta – Motivi e obiettivi della proposta) si legge: «La proposta definisce competenze e responsabilità chiare per i prestatori di servizi intermediari, e in particolare per le piattaforme online, come i social media e i mercati online. Fissando obblighi chiari in materia di dovere di diligenza per taluni servizi intermediari, tra cui procedure di notifica e azione per i contenuti illegali e la possibilità di impugnare le decisioni delle piattaforme in tema di moderazione dei contenuti, la proposta intende migliorare la sicurezza online degli utenti in tutta l'Unione e la protezione dei loro diritti fondamentali».

⁶² A. RENDA, *op. cit.*, p. 8. Si veda in proposito anche A. SAVIN, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, in *Journal of Internet Law*, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3786792>.

⁶³ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico") pubblicato in GU L 178 del 17 luglio 2000, p. 1.

⁶⁴ M. BETZU, *op. cit.*, p. 180.

⁶⁵ M. LEINSTER, *The Commission's vision for Europe's digital future: proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act - a critical primer*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3789041> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789041>.

dei loro servizi ai destinatari del servizio che con frequenza forniscono contenuti manifestamente illegali» (art. 20).

In questo senso, la proposta di regolamento sembra offrire una soluzione all'opacità che ha sempre caratterizzato i procedimenti interni delle piattaforme come Facebook ogni qual volta hanno assunto decisioni sui contenuti caricati dagli utenti o, come nei casi di Casapound e Trump, sulla permanenza degli stessi all'interno del *social*.

Un'ulteriore previsione improntata a rafforzare la tutela dell'utente è l'art. 12 che impone alle piattaforme digitali di inserire nelle proprie Condizioni generali le informazioni sulle restrizioni che gli intermediari possono imporre all'uso dei servizi. Tali informazioni possono riguardare *«le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana»* e devono essere redatte in modo chiaro e accessibile. La norma prosegue affermando che le restrizioni all'uso del servizio devono essere applicate in modo diligente, obiettivo e proporzionato, *«tenendo debitamente conto dei diritti e degli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte, compresi i diritti fondamentali applicabili dei destinatari del servizio sanciti dalla Carta (dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)»*.

Il DSA mira poi a rafforzare la co-operazione tra le piattaforme e le istituzioni pubbliche e lo fa attraverso alcune norme che formalizzano la creazione di un canale di comunicazione ufficiale che vede, da una parte, i "punti di contatto" individuati dalle piattaforme (art. 10) e, dall'altra parte, i) gli Stati membri, i quali devono designare un'autorità competente per l'applicazione e l'esecuzione del regolamento (il coordinatore del servizio digitale previsto all'art. 38), ii) la Commissione e iii) il Comitato europeo per i servizi digitali, un organismo ad hoc il cui compito è vigilare sui prestatori di servizi digitali (art. 47).

Se il DSA sembra disciplinare meticolosamente gli aspetti procedurali del rapporto tra le piattaforme digitali, gli utenti e le autorità pubbliche, lo stesso non può dirsi degli aspetti sostanziali. Stando al testo della proposta, infatti, le piattaforme come Facebook rimangono comunque libere di definire i propri codici di condotta: in altre parole l'individuazione dei contenuti che vengono considerati accettabili o meno rimane interamente a discrezione dei soggetti privati e dei valori cui questi attribuiscono rilevanza⁶⁶.

6. Conclusioni

L'ascesa dei giganti della tecnologia come Facebook è stata senz'altro facilitata, tra le altre cose, dalla loro capacità di vanificare le regole giuridiche tradizionali e di amplificare il fenomeno della de-regolazione digitale⁶⁷. Facebook si è attentamente costruita nel tempo un sistema di auto-regolazione che ancora oggi fa vacillare la *governance* pubblica, che a fatica sta cercando una via per riaffermare il proprio ruolo nella regolazione del mondo digitale.

La creazione dell'*Oversight Board*, se da un lato nasce con l'intento di offrire – su istanza di istituzioni e società civile – maggior trasparenza sui meccanismi decisionali con cui Facebook stabilisce cosa può essere pubblicato e chi può rimanere all'interno del *social network*, dall'altro lato rappresenta un ulte-

⁶⁶ M. BETZU, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁷ L. AMMANNATI, *I "signori" dell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 383.

riore passo avanti verso quella dimensione a-giuridica in cui i parametri decisionali sono i valori e gli standard definiti dalla piattaforma stessa. L'esigenza di creare un organismo indipendente come il Comitato di controllo sembra, quindi, un tentativo di auto-limitarsi per evitare di essere limitati dal regolatore o dalle autorità giudiziarie nazionali, soprattutto se – come nel caso del Tribunale di Roma in composizione collegiale – affermano la supremazia delle norme costituzionali dell'ordinamento statale sugli *Standard della Community*, riportando il gigante della tecnologia coi "piedi per terra".

Tuttavia, per quanto la società di Zuckerberg possa mal digerire le decisioni di quei giudici nazionali che le affidano un peso all'interno della società che mal si concilia con la volontà di slegarsi completamente dagli ordinamenti giuridici in cui risiedono gli utenti, non è pensabile riaffermare il ruolo della *governance* pubblica solamente attraverso un intervento *ex post*.

Ne è consapevole la Commissione Europea che con il DSA ha voluto di introdurre maggiori responsabilità e obblighi di trasparenza in capo alle piattaforme, soprattutto se di grandi dimensioni. Tuttavia, non ha avuto la stessa determinazione dei giudici nazionali nel riaffermare il valore dei principi e delle norme del diritto europeo, preoccupandosi di regolare più l'aspetto procedurale dei rapporti tra gli operatori privati e le istituzioni pubbliche, piuttosto che quello sostanziale, lasciando così alle piattaforme digitali quella discrezionalità di cui hanno goduto finora nel bilanciamento dei diritti in gioco⁶⁸.

La proposta di regolamento, infatti, richiama l'attenzione dei prestatori di servizi digitali sull'importanza di rispettare i diritti degli utenti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – «*in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa e il diritto alla non discriminazione*»⁶⁹ – ma non attribuisce loro un valore preponderante in quelle scelte che implicano una restrizione ai servizi offerti dalla piattaforma.

La Commissione non si è dimostrata particolarmente audace neanche nel prendere una posizione chiara sul ruolo delle norme pattizie che regolano il rapporto tra piattaforma e utente. A questo proposito si è limitata a porre a carico delle piattaforme digitali un obbligo di maggior chiarezza nel predisporre le Condizioni generali in modo da rendere esplicite e accessibili le informazioni relative alle restrizioni che possono essere imposte agli utenti (art. 12 DSA). Al contrario del Tribunale di Roma, non si è spinta fino ad affermare che il contratto tra utente e piattaforma non può mettere in discussione l'applicazione e l'effettività dei principi e delle norme del diritto UE, lasciando così pochi limiti all'autonomia privata nel regolare, come si è visto, anche questioni di interesse pubblico.

Allo stato attuale, la proposta di regolamento presentata dalla Commissione sembra una sorta di compromesso tra, da un lato, l'esigenza di limitare il potere delle Big Tech e «*indirizzarne le condotte*»⁷⁰ con l'intento di tutelare gli utenti dei servizi digitali e, dall'altro, il timore quasi reverenziale di reprimere eccessivamente i fautori di importanti innovazioni tecnologiche.

Il risultato è senz'altro un buon punto di partenza, ma non ancora sufficien-

⁶⁸ M. BETZU, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁹ Considerando 3 del DSA.

⁷⁰ L. AMMANNATI, *op. cit.*, p. 393. L'Autrice spiega come la regolazione di soggetti estremamente complessi come le Big Tech sia un processo che può necessitare il raggiungimento di qualche compromesso «*o, per meglio dire, bilanciamenti non sempre di successo tra i diversi interessi*».

te a garantire agli utenti un'adeguata tutela. Tutela che non può certo, in ogni caso, essere affidata all'*Oversight Board* di Facebook. Per quanto quest'organismo possa esser nato con le migliori intenzioni, si è visto come diverse caratteristiche facciano dubitare dell'efficacia e dell'imparzialità del Comitato di controllo. Inoltre, finché il modello di business del *social network* sarà incentrato sullo sfruttamento dei dati degli utenti e sull'influenza che è in grado di esercitare nella percezione dei contenuti pubblicati all'interno della piattaforma, nessun comitato potrà mai essere in grado di rimediare, o anche solo arginare, le esternalità negative di Facebook⁷¹.

Il *social network* è, infatti, finito di nuovo nella bufera a causa delle recenti dichiarazioni di un ex dipendente che, facendo *disclosure* su una serie di documenti interni, ha accusato Facebook di essere troppo focalizzata sui profitti e poco attenta a porre rimedio agli effetti negativi che la piattaforma produce all'interno della società⁷². Tra questi, come testimonia l'attacco a *Capitol Hill*, vi è la minaccia a quei principi democratici, come un regolare svolgimento delle elezioni, che l'assenza di un adeguato controllo sulle *fake news* e, più in generale, sui contenuti rappresenta. Stando, infatti, alle dichiarazioni della *whistleblower*, Facebook avrebbe consapevolmente sottovalutato la deriva del clima politico di quel periodo⁷³, dimostrandosi non all'altezza di gestire il dibattito pubblico per un evidente conflitto di interessi tra ciò che è buono per gli utenti e ciò che è buono per la piattaforma.

È opportuno allora continuare a lasciare il potere di decidere chi ha diritto di parola e chi può esprimere il proprio pensiero politico – influenzando così l'opinione degli utenti – ad un soggetto il cui business non è certo incentrato sul garantire il rispetto dei principi democratici e la tutela dei destinatari dei suoi servizi?⁷⁴ Il legislatore europeo, attraverso il *Digital Service Act*, sembra timidamente rispondere di no, ma sconta quello che è il principale problema dei regolatori di fronte all'innovazione tecnologica, ovvero ritrovarsi a rincorre-

⁷¹ D. GHOSH, *op. cit.*: «*is the board really set up to succeed? I would contend not. It is not poor execution that is responsible for the company's general troubles in content moderation — it is the business model behind the company's platforms itself. This same model lies at the center of the consumer internet as a whole and is based on maximizing consumer engagement and injecting ads throughout our digital experience. It relies on collecting personal data and on sophisticated algorithms that curate social feeds and target those ads. Because there is no earnest consideration of what consumers wish to or should see in this equation, they are subjected to whatever content the platform believes will maximize profits. These practices in turn generate negative externalities of which disinformation is only one*».

⁷² Pochi giorni fa una ex dipendente di Facebook, Frances Haugen, ha testimoniato di fronte ad una commissione del Senato sulla tutela dei consumatori su come la società di Zuckerberg sia consapevole degli effetti negativi che i *social* (compreso Instagram) hanno sulla salute dei minori e sulla tutela della democrazia, ma non intervenga per salvaguardare i suoi profitti. Al contrario, numeri alla mano, secondo Frances Haugen il sistema di monitoraggio predisposto da Facebook sarebbe intervenuto su appena il 3-5% dei post contenenti i cd. *hate speech* e l'1% di quelli che incitano alla violenza. <https://www.wsj.com/livecoverage/facebook-whistleblower-frances-haugen-senate-hearing>.

⁷³ T. BRADSHAW, *Five problems Facebook whistleblower Frances Haugen wants to fix*, su <https://www.ft.com/content/2dbf79af-6dc5-4c98-90f0-af396c13e3ad>.

⁷⁴ Dubbi sull'opportunità di delegare l'esercizio di poteri pubblicistici a soggetti privati come Facebook sono avanzati anche da O. GRANDINETTI, *op. cit.*, pp. 202-203. L'autore offre un interessante spunto di riflessione conclusivo giungendo a chiedersi se, a fronte della minaccia per i valori democratici rappresentati dalla diffusione di messaggi d'odio ad opera di gruppi come Forza Nuova e Casapound, lo strapotere concesso alle *Big Tech* non possa rappresentarne una forse maggiore essendo in grado di «condizionare se non determinare l'esito delle consultazioni elettorali e comunque il funzionamento delle nostre democrazie».

re le *Big Tech*, che stravolgono i tradizionali ambiti di applicazione del diritto, con tempi di reazione che inevitabilmente finiscono per favorire l'auto-regolazione degli operatori del mercato digitale.

È importante allora che il regolatore europeo, in fase di approvazione del DSA, compia un ulteriore sforzo per incidere maggiormente sui processi decisionali delle piattaforme come Facebook, dettando egli stesso i parametri da prendere come riferimento nelle dispute tra utenti e piattaforme digitali, e per ridimensionare il potere che queste ultime esercitano rivendicando l'importanza delle norme pattizie accettate dagli utenti.



COMMENTI

Gli Statuti di FIFA e UEFA al banco di prova del diritto della concorrenza (a proposito della possibilità di una Superlega)

FIFA and UEFA Statutes on the test bench of competition law (about the possibility of a Super League)

di **Andrea Circolo** *

ABSTRACT

La vicenda su cui è chiamata a pronunciarsi la Corte di Giustizia – la compatibilità degli Statuti FIFA e UEFA con il diritto antitrust dell'Unione – sembra destinata in ogni caso a produrre notevoli implicazioni non soltanto sul piano giuridico, ma anche su quello sociale e politico. È a tutti noto che il progetto Superlega è stato per il momento accantonato a causa delle incessanti proteste dei tifosi dei club coinvolti e delle resistenze opposte da esponenti considerevoli del mondo calcistico; ma la regolarità con cui un progetto simile viene riproposto e la possibilità che la Superlega sia nuovamente rilanciata fanno sì che le questioni giuridiche sottese al caso di specie, e oggetto del seguente scritto, conservino vivo il loro interesse.

Parole Chiave: Superlega – FIFA – UEFA – Concorrenza – Calcio – Rinvio pregiudiziale

The case on which the Court of Justice has been asked to rule – the compatibility of the FIFA and UEFA Statutes with EU Law – seems in any case to have considerable implications not only on a legal level, but also on a social and political one. It is well known that the Super League project has been abandoned for the moment due to the incessant protests of the fans of the clubs involved and the resistance of considerable representatives of the football community; however, the regularity with which a similar project is proposed and the possibility that the Super League will be relaunched again makes the legal issues underlying the matter, and which are the subject of the following article, still of great interest.

Key Words: Super League – FIFA – UEFA – Antitrust – Competition – Football – Reference for a preliminary ruling

Estratto

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Juzgado de lo Mercantil nº 17 de Madrid (Spagna) il 27 maggio 2021 – European Superleague Company, S.L./Unione Europea delle Federazioni Calcistiche (UEFA) e Fédération internationale de football association (FIFA) – causa C-333/21.

* Dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli *Parthenope*.

Questioni pregiudiziali

1) Se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che vieta un abuso di posizione dominante in base al quale la FIFA e la UEFA stabiliscono nei loro statuti (in particolare, agli articoli 22 e da 71 a 73 dello statuto della FIFA, agli articoli 49 e 51 dello statuto della UEFA, nonché in qualsiasi articolo analogo contenuto negli statuti delle federazioni membri e delle leghe nazionali) che è richiesta una previa autorizzazione da parte di tali enti, ai quali è stata attribuita la competenza esclusiva di organizzare o autorizzare competizioni internazionali per club in Europa, affinché un'entità terza istituisca una nuova competizione paneuropea per club come la Superlega, in particolare, quando non esiste una procedura regolamentata sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori, e tenuto conto del possibile conflitto di interessi che interessa la FIFA e la UEFA;

2) Se l'articolo 101 TFUE debba essere interpretato nel senso che vieta alla FIFA e alla UEFA di imporre nei loro statuti (in particolare agli articoli 22 e da 71 a 73 dello statuto della FIFA, agli articoli 49 e 51 dello statuto della UEFA, nonché in qualsiasi articolo di analogo contenuto negli statuti delle federazioni membri e delle leghe nazionali) una previa autorizzazione da parte di tali enti, ai quali è stata attribuita la competenza esclusiva di organizzare o autorizzare competizioni internazionali in Europa, affinché un'entità terza possa istituire una competizione paneuropea per club come la Superlega, in particolare, quando non esiste una procedura regolamentata sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori, e tenuto conto del possibile conflitto di interessi che interesserebbe la FIFA e la UEFA;

3) Se gli articoli 101 e/o 102 debbano essere interpretati nel senso che vietano un'azione da parte della FIFA, della UEFA, delle loro federazioni che ne sono membri e/o delle leghe nazionali diretta a minacciare l'adozione di sanzioni contro i club che partecipano alla Superlega e/o i loro giocatori per la dissuasione che potrebbero generare. Se, qualora siano adottate le sanzioni di esclusione da competizioni o di divieto di partecipare a partite delle squadre nazionali, tali sanzioni, senza essere fondate su criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori, costituiscono una violazione degli articoli 101 e/o 102 del TFUE;

4) Se gli articoli 101 e/o 102 TFUE debbano essere interpretati nel senso che sono con essi incompatibili le disposizioni degli articoli 67 e 68 dello statuto della FIFA in quanto identificano la UEFA e le federazioni nazionali che ne sono membri come «proprietari originali di tutti i diritti derivanti dagli incontri [...] sotto la rispettiva giurisdizione», privando i club partecipanti e qualsiasi altro organizzatore di competizioni alternative della titolarità originaria di tali diritti, assumendosi la responsabilità esclusiva della loro commercializzazione;

5) Se, qualora la FIFA e la UEFA, quali entità a cui è attribuita la competenza esclusiva di organizzare e autorizzare competizioni internazionali di club calcistici in Europa, vietassero o si opponessero, sulla base delle suddette disposizioni dei loro statuti, allo sviluppo della Superlega, l'articolo 101 TFUE debba essere interpretato nel senso che tali restrizioni alla concorrenza potrebbero beneficiare dell'eccezione stabilita in detta disposizione [...]. Se siffatta restrizione trarrebbe vantaggio da una giustificazione obiettiva che consenta di ritenere che non vi sia abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE;

6) Se gli articoli 45, 49, 56 e/o 63 TFUE debbano essere interpretati nel senso che una disposizione come quella contenuta negli statuti della FIFA e della UEFA (in particolare gli articoli 22 e da 71 a 73 dello statuto della FIFA, gli articoli 49 e 51 dello statuto della UEFA, nonché qualsiasi altro articolo analogo contenuto negli statuti delle federazioni membri e delle leghe nazionali) costituisca una restrizione contraria ad alcune delle libertà fondamentali sancite in tali disposizioni [...].

SOMMARIO: 1. Introduzione: il fenomeno calcistico al banco di prova della competitività. – 2. La vicenda Superlega. – 3. L'analisi della domanda pregiudiziale: la condotta di FIFA e UEFA alla luce degli artt. 101 e 102 TFUE. – 3.1. La qualificazione quali associazioni di imprese. – 3.2. La configurabilità di un'intesa anti-competitiva ai sensi dell'art. 101 TFUE. – 3.2.1. La restrizione per oggetto o per effetto e il pregiudizio al commercio tra Stati membri. – 3.2.2. Le dichiarazioni di inapplicabilità ex art. 101, par. 3, TFUE. – 3.3. Il divieto di abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE. – 3.3.1. La definizione del mercato rilevante. – 3.3.2. Lo sfruttamento abusivo della posizione dominante. – 3.3.3. Il regime di eccezioni all'art. 102 TFUE. – 4. Alcune considerazioni conclusive: la violazione delle quattro libertà fondamentali; la (il)legittimità della Superlega; la valenza dello sport negli ordinamenti giuridici.

1. Introduzione: il fenomeno calcistico al banco di prova della competitività

La vicenda su cui è chiamata a pronunciarsi la Corte di Giustizia – la compatibilità degli Statuti FIFA e UEFA con il diritto antitrust dell'Unione – sembra destinata in ogni caso a produrre notevoli implicazioni non soltanto sul piano giuridico, ma anche su quello sociale e politico¹.

La questione è invero complessa come tutte le volte in cui i valori coinvolti sono di estremo rilievo. Da una parte, la libera concorrenza, che consente alle imprese di competere a parità di condizioni nel mercato comune; dall'altra l'integrità dello sport, che contribuisce «in modo significativo agli obiettivi strategici di solidarietà e prosperità perseguiti dall'Unione Europea»².

Non è la prima volta – e probabilmente non sarà l'ultima – in cui si assiste al tentativo di impedire l'affermazione di competizioni sportive organizzate in autonomia rispetto alle relative federazioni³.

Nondimeno, il caso di specie assume, se possibile, una rilevanza ancor maggiore, tenuto conto che la controversia al centro dell'attenzione riguarda questa volta il gioco del calcio, che più di ogni altro sport è mosso da notevoli interessi economici. Non a caso, l'idea di creare una competizione alternativa a quelle organizzate dalle relative federazioni internazionali nasce proprio dall'esigenza di rivedere il modello di commercializzazione delle stesse, ritenuto da alcuni club oramai insoddisfacente.

È a tutti noto che il progetto Superlega è stato per il momento accantonato a causa delle incessanti proteste dei tifosi dei club coinvolti e delle resistenze opposte da esponenti considerevoli del mondo calcistico; ma la regolarità con cui un progetto simile viene riproposto⁴ e la possibilità che la Superlega sia nuovamente rilanciata⁵ fanno sì che le questioni giuridiche sotte-

¹ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Juzgado de lo Mercantil n. 17 de Madrid (Spagna) l'11 maggio 2021 – *European Superleague Company, S.L./Unione Europea delle Federazioni Calcistiche (UEFA) e Fédération internationale de football association (FIFA)*, causa C-333/21 (depositata il 27 maggio 2021).

² Commissione europea, Libro bianco sullo sport, 11 luglio 2007, COM(2007) 391 definitivo, p. 2. Sul rapporto tra sport e concorrenza, si veda, senza pretesa di esaustività, G. BAROZZI REGGIANI, *Antitrust e ordinamento sportivo: un rapporto difficile*, in *Dir. ec.*, 1, 2011, p. 159 ss.; S. BASTIANON, *Sport, antitrust ed equilibrio competitivo nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 2012, p. 485 ss.; A. PASTENA, *Sport and competition law in the European Union*, in *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Esi, Napoli, 2015, p. 577 ss.; B. VAN ROMPUY, *The Role of EU Competition Law in Tackling Abuse of Regulatory Power by Sports Associations*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, 2, 2015, p. 179 ss.; M. GRANIERI, *Una lettura alternativa circa l'argomento della specificità dell'attività sportiva alla luce delle norme di concorrenza in Europa*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2018, p. 29 ss.

³ Come riporta S. BASTIANON (*Le federazioni e il mercato dell'organizzazione degli eventi sportivi: uno sguardo al passato per cercare di capire il presente (... ed immaginare il futuro)*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1, 2016, p. 65), già negli anni '70, una clausola inserita nello Statuto della Federazione Internazionale di Cricket (ICC) impediva agli atleti che avessero partecipato alla World Series Cricket – una manifestazione indipendente dalla Federazione – di prendere parte ai match internazionali dell'ICC. La clausola fu poi dichiarata nulla dalla High Court of England and Wales.

⁴ Nel 1998, la European Football League (EFL), registrata in Olanda, si era dichiarata pronta a dare vita ad un super campionato europeo a 32 club, di cui 16 con il posto garantito sulla base del passato sportivo (c.d. progetto Gandalf). L'iniziativa non ha poi avuto successo, ma ha spinto la UEFA a rivedere il sistema di redistribuzione degli introiti.

⁵ «Los presidentes de Madrid y Juve, cabecillas de la Superliga, fueron fotografiados en la Ciudad Condal para reunirse con su otro socio para agilizar la nueva competición» (*'Supercita'*

se alla vicenda, e oggetto del seguente scritto, conservino vivo il loro interesse.

2. La vicenda Superlega

Il 18 aprile 2021, dodici tra i più grandi club europei di calcio hanno annunciato la nascita di una nuova competizione infrasettimanale, la Superlega⁶. Nel comunicato stampa, i club fondatori hanno giustificato la decisione – senz'altro ardua – manifestando l'impellente necessità di riformare l'attuale sistema calcistico europeo, colpito duramente dalla pandemia, e di renderlo economicamente più sostenibile⁷. Il format reso pubblico prevede una competizione sostanzialmente chiusa: 20 club partecipanti, di cui 15 club fondatori⁸ e 5 club invitati ogni anno in base ai risultati conseguiti nella stagione precedente; al contempo, i club partecipanti abbandonano le competizioni europee sotto l'egida della UEFA⁹, ma continuano a competere nei loro rispettivi campionati nazionali.

Sin dal primo momento, i club fondatori si sono dichiarati aperti a instaurare un canale di comunicazione con FIFA e UEFA, in uno spirito di collaborazione costruttivo tra le parti, al fine di preservare l'integrità delle attuali strutture e dell'intero sistema calcio.

Nondimeno, le reazioni avverse non si sono fatte attendere. La UEFA, nonché le federazioni e le leghe nazionali che vedevano propri club coinvolti¹⁰, hanno immediatamente disconosciuto la nuova creatura, ritenendola contraria

en Barcelona: Florentino se vio con Agnelli y Laporta, in *as.com*, 7 agosto 2021). È di questo avviso anche F. CINTIOLI, *Il caso Superlega e la concorrenza tra ordinamenti (non solo sportivi)*, in *giustamm.it*, 6, 2021, pp. 1-10.

⁶ AC Milan, Arsenal FC, Atlético de Madrid, Chelsea FC, FC Barcelona, FC Internazionale Milano, Juventus FC, Liverpool FC, Manchester City, Manchester United, Real Madrid CF e Tottenham Hotspur. La società organizzatrice della competizione, la European Super League Company SL, è una società a responsabilità limitata posseduta in egual misura dai dodici club. Alla società madre si accompagnano: SL Sports Co S.L., società incaricata della gestione dal punto di vista sportivo, disciplinare e finanziario; SL MediaCo1, società responsabile della commercializzazione dei diritti televisivi; SL CommercialCo, società che si occupa del *marketing* e delle vendite a livello mondiale.

⁷ «The formation of the Super League comes at a time when the global pandemic has accelerated the instability in the existing European football economic model. Further, for a number of years, the Founding Clubs have had the objective of improving the quality and intensity of existing European competitions throughout each season, and of creating a format for top clubs and players to compete on a regular basis. The pandemic has shown that a strategic vision and a sustainable commercial approach are required to enhance value and support for the benefit of the entire European football pyramid. In recent months extensive dialogue has taken place with football stakeholders regarding the future format of European competitions. The Founding Clubs believe the solutions proposed following these talks do not solve fundamental issues, including the need to provide higher-quality matches and additional financial resources for the overall football pyramid». Il comunicato, disponibile in *thesuperleague.it*, riporta anche le dichiarazioni del Presidente della Super League, Florentino Pérez (già Presidente del Real Madrid) e dei due Vicepresidenti, Andrea Agnelli e Joel Glazer (già Presidenti, rispettivamente, della Juventus e del Manchester United).

⁸ Tre nuovi club fondatori avrebbero dovuto aggiungersi nei giorni successivi alla proclamazione della nascita della competizione.

⁹ Champions League, Europa League e Conference League.

¹⁰ La Football Association e la Premier League (EN), la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) e LaLiga (ES), la Federazione italiana giuoco calcio (FIGC) e la Lega Serie A (IT).

allo spirito solidaristico che informa il fenomeno sportivo¹¹ e hanno annunciato l'intenzione di adottare ogni misura idonea ad impedirne la riuscita, come il divieto, per i club partecipanti, di partecipare a qualsiasi altra competizione a livello nazionale, europeo o mondiale e, per i relativi giocatori, di far parte delle selezioni nazionali. Sulla stessa scia si è posizionata la FIFA, dichiarando che qualsiasi competizione calcistica, nazionale, regionale o globale «dovrebbe sempre riflettere i principi fondamentali di solidarietà, inclusività, integrità ed equa redistribuzione finanziaria»¹².

Sotto queste minacce, la European Super League si è rivolta al Tribunale di Madrid per consentire ai club fondatori e ai relativi giocatori di partecipare alla Superlega ed ai rispettivi campionati e tornei nazionali, nonché alle competizioni internazionali¹³. Nello specifico, i club fondatori hanno invocato la violazione, da parte di FIFA e UEFA, degli artt. 101 e 102 TFUE, lamentando, rispettivamente, l'esistenza di un'intesa restrittiva e un abuso di posizione dominante da parte delle due organizzazioni.

Secondo la ricorrente, ciò sarebbe desumibile dalla lettura degli Statuti di FIFA e UEFA, dalla quale emerge che FIFA e UEFA regolano il gioco del calcio e allo stesso tempo detengono il 100% della quota di mercato nell'organizzazione delle competizioni calcistiche internazionali e della commercializzazione dei relativi diritti¹⁴. In particolare, l'art. 22, par. 3, lett. e), dello Statuto FIFA obbliga le confederazioni – tra cui la UEFA – a garantire che leghe internazionali o altre organizzazioni simili di club non siano formate senza il loro consenso o senza l'approvazione della FIFA¹⁵. E, ancor più nello specifico, l'art. 71 dello Statuto FIFA attribuisce alla stessa, alle confederazioni e alle federazioni nazionali affiliate la competenza esclusiva di concedere l'autorizzazione preventiva per l'organizzazione di competizioni internazionali e vieta espressamente la possibilità di organizzare partite e competizioni che non

¹¹ «[...] resteremo uniti nei nostri sforzi per fermare questo cinico progetto, un progetto che si fonda sull'interesse personale di pochi club in un momento in cui la società ha più che mai bisogno di solidarietà. [...] Il calcio si basa su competizioni aperte e meriti sportivi; non può essere altrimenti»: Dichiarazione UEFA, Federcalcio inglese, Premier League, Federcalcio spagnola, LaLiga, Federcalcio Italiana e Lega Serie A, del 18 aprile 2021, in it.uefa.com. V. anche la successiva dichiarazione del Congresso UEFA (45° ordinario), del 20 aprile 2021, dove le 55 federazioni hanno rinnovato il giudizio sfavorevole nei confronti della nuova competizione.

¹² Comunicato stampa del 19 aprile 2021, disponibile in fifa.com.

¹³ Il foro della controversia non è casuale: la European Super League Company SL ha infatti sede legale a Madrid.

¹⁴ La posizione di monopolio è stata confermata anche da una dichiarazione dei diretti interessati: «In light of recent media speculation about the creation of a closed European "Super League" by some European clubs, FIFA and the six confederations (AFC, CAF, Concacaf, CONMEBOL, OFC and UEFA) once again would like to reiterate and strongly emphasize that such a competition would not be recognised by either FIFA or the respective confederation. Any club or player involved in such a competition would as a consequence not be allowed to participate in any competition organised by FIFA or their respective confederation. As per the FIFA and confederations statutes, all competitions should be organised or recognised by the relevant body at their respective level, by FIFA at the global level and by the confederations at the continental level» (Statement by FIFA and the Six Confederations, 21 January 2021, in uefa.com).

¹⁵ I diritti e gli obblighi di ciascuna confederazione sono i seguenti: a) rispettare e far rispettare gli Statuti, i regolamenti e le decisioni della FIFA; b) collaborare strettamente con la FIFA in tutte le aree relative al raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 2 e nell'organizzazione delle competizioni internazionali; c) organizzare tutte le proprie competizioni di club secondo il calendario internazionale; d) organizzare le proprie competizioni internazionali secondo il calendario internazionale; e) garantire che le leghe internazionali o altre organizzazioni simili di club o leghe non vengano costituite senza il suo consenso o senza l'approvazione della FIFA.

siano state precedentemente autorizzate dalla FIFA, dalle federazioni nazionali affiliate o dalle confederazioni¹⁶. Queste disposizioni sono poi ribadite negli artt. 49-51, dello Statuto UEFA, che conferiscono a quest'ultima il monopolio dell'organizzazione delle competizioni internazionali in Europa e il potere di proibire le manifestazioni internazionali a livello europeo che non sono state precedentemente autorizzate dalla UEFA. A ciò si aggiunge l'art. 67 dello Statuto della FIFA, il quale stabilisce che la FIFA e le sue federazioni e confederazioni sono i proprietari originali dei diritti delle competizioni, tra i quali i diritti economici, audiovisivi, multimediali, promozionali, di *marketing* e di commercializzazione, così come i diritti immateriali di marchi e diritti d'autore. Inoltre, l'art. 68 dello Statuto FIFA assegna alla stessa la responsabilità esclusiva dell'autorizzazione alla distribuzione di questi diritti di sfruttamento¹⁷.

Contestualmente al procedimento ordinario, di cui si dirà in seguito, i club fondatori hanno avanzato una richiesta di misure provvisorie, volta ad evitare che la naturale attesa della sentenza definitiva ne vanifichi l'effetto utile e, per l'effetto, che il danno provocato sia irreparabile.

Il Tribunale spagnolo ha considerato soddisfatte le condizioni della domanda cautelare e ha intimato a FIFA e UEFA, e agli associati per loro tramite, di astenersi dall'adozione di ogni misura che potesse compromettere la realizzazione della Superlega, come il rilascio di dichiarazioni o comunicati contrari al progetto e la minaccia di provvedimenti disciplinari o sanzionatori ai danni dei club partecipanti e ai relativi tesserati¹⁸.

In particolare, il giudice spagnolo ha ritenuto *prima facie* che il monopolio esercitato dalla FIFA e dalla UEFA per quanto riguarda l'organizzazione delle competizioni calcistiche nazionali e internazionali, nonché la gestione esclusiva dei ritorni economici derivanti da tali competizioni, unitamente alle misure appena annunciate¹⁹, impediscono l'esistenza della libera concorrenza sul

¹⁶ V. anche l'art. 72 dello Statuto FIFA, che proibisce ai giocatori e alle squadre affiliate alle federazioni affiliate di giocare partite o mantenere relazioni sportive con giocatori o squadre non affiliate ai membri FIFA o che non sono membri provvisori delle confederazioni. La FIFA ha la competenza esclusiva di autorizzare eccezioni a questo divieto; e l'art. 73 dello Statuto FIFA, che proibisce a federazioni, leghe e club affiliati alle federazioni affiliate di unirsi a un'altra federazione membro o di partecipare a competizioni nel territorio di tale federazione, a meno che non vi siano circostanze eccezionali e sia espressamente approvato dalla FIFA e dalle confederazioni competenti o dalla confederazione regionale.

¹⁷ Per ragioni di completezza, pure occorre tenere conto dell'art. 20 dello Statuto FIFA, il quale stabilisce espressamente che «I club, le leghe o altre entità affiliate a una federazione membro sono subordinate a tale federazione e possono esistere solo con il consenso di tale federazione. Gli statuti della federazione membro stabiliscono l'ambito di competenza e i diritti e i doveri di queste entità. Gli statuti e i regolamenti di queste entità sono approvati dalla federazione membro» dell'art. 70 dello stesso statuto, che attribuisce al Consiglio FIFA la competenza esclusiva di redigere il calendario delle partite internazionali, che sarà vincolante per le confederazioni, le federazioni nazionali associate e le leghe; e dell'art. 6 del Regolamento FIFA sulle partite internazionali adottato il 21 marzo 2014 (documento 15 del ricorso), che stabilisce la competenza esclusiva della FIFA, delle sue confederazioni e delle associazioni affiliate ad autorizzare lo svolgimento di partite internazionali.

¹⁸ Juzgado de lo Mercantil n. 17 de Madrid, auto n. 14/2021, del 20 aprile 2021, European Super League Company S.L. Il Tribunale ha anche ordinato porre fine ad ognuno di suddetti comportamenti qualora questi fossero già stati messi in atto: «Ordenar a FIFA y UEFA que, en el caso de que, con anterioridad a la resolución de la presente solicitud de medidas cautelares, se haya llevado a cabo cualesquiera de las conductas descritas en los apartados anteriores, realicen las acciones necesarias para remover y dejarlas inmediatamente sin efecto» (dispositivo).

¹⁹ In particolare, sarebbe stato impedito ai calciatori dei club coinvolti la partecipazione agli imminenti Europei di calcio (giugno 2021) e ai Giochi Olimpici (luglio 2021), nonché alla Coppa del Mondo (giugno 2022).

mercato delle competizioni calcistiche professionistiche a livello europeo (*fumus boni iuris*); e che l'adozione delle stesse avrebbe provocato il fallimento della Superlega e la conseguente perdita di impegni di investimento e di finanziamento da parte delle banche finanziatrici, a causa dell'impossibilità di rispettare la condizione di compatibilità tra le competizioni imposta nel contratto di finanziamento (*periculum in mora*)²⁰.

Malgrado la tutela assicurata dal giudice spagnolo, nove dei dodici club fondatori hanno abbandonato il progetto pochi giorni dopo dietro le incessanti proteste dei propri tifosi e hanno firmato una «Dichiarazione di Impegno dei Club», nella quale hanno ammesso che il progetto Superlega era un errore e hanno riconosciuto che non sarebbe stato autorizzato ai sensi degli Statuti e Regolamenti UEFA²¹.

3. L'analisi della domanda pregiudiziale: la condotta di FIFA e UEFA alla luce degli artt. 101 e 102 TFUE

Sebbene il progetto sia stato momentaneamente accantonato, la questione non risulta affatto conclusa. Sin da subito, la UEFA ha precisato che si sarebbe riservata di dare corso a qualunque azione ritenuta opportuna nei confronti dei club che si sono rifiutati di rinunciare alla Superlega. Difatti, la questione è stata prontamente riferita ai competenti organi disciplinari, che hanno aperto un procedimento disciplinare nei confronti dei tre club superstiti (Real Madrid, Juventus e Barcelona)²², poi sospeso a causa dell'ordinanza cautelare del Tribunale spagnolo²³.

²⁰ La banca d'affari statunitense J.P. Morgan si era impegnata a sostenere la nascita e lo sviluppo del progetto con un prestito di 4 miliardi di euro. Tale finanziamento era tuttavia subordinato al riconoscimento della Superlega da parte della FIFA e della UEFA come una nuova competizione compatibile con i relativi Statuti.

²¹ La UEFA approva le misure di reintegro per nove club coinvolti nella cosiddetta "Super Lega", 7 maggio 2021, in it.uefa.com: «In particolare, ogni club: riconosce e accetta senza riserve la natura vincolante degli Statuti UEFA; rimarrà impegnato e parteciperà a tutte le competizioni UEFA per club in tutte le stagioni in cui la squadra centerà la qualificazione per meriti sportivi; rientrerà a far parte dell'Associazione Club Europei, unico organo di rappresentanza dei club riconosciuto dalla UEFA; prenderà tutte le misure in proprio potere per porre fine al proprio coinvolgimento nella società creata per formare e gestire la Super League e cessare qualsiasi azione legale esistente; come gesto di buona volontà, e insieme agli altri club, farà una donazione per un totale di 15 milioni di euro, da utilizzare a beneficio di bambini, giovani e calcio di base nelle comunità locali in tutta Europa, compreso il Regno Unito; sarà soggetto alla trattenuta del 5% dei ricavi che avrebbe ricevuto dalle competizioni UEFA per club per una stagione, che verranno ridistribuiti; accetterà l'imposizione di sanzioni consistenti nel caso in cui prenda parte a una tale competizione non autorizzata (100 milioni di euro) o violi qualsiasi altro impegno assunto nella Dichiarazione d'Impegno del Club (50 milioni di euro); fornirà impegni individuali alla UEFA sull'accettazione di tutti i principi e i valori stabiliti nel Memorandum d'Intesa 2019 tra la UEFA e l'Associazione dei Club Europei».

²² UEFA Ethics and Disciplinary Inspectors appointed, 12 May 2021, in uefa.com: «In accordance with Article 31(4) of the UEFA Disciplinary Regulations, UEFA Ethics and Disciplinary Inspectors have today been appointed to conduct a disciplinary investigation regarding a potential violation of UEFA's legal framework by Real Madrid CF, FC Barcelona and Juventus FC in connection with the so-called 'Super League' project».

²³ Disciplinary proceedings against FC Barcelona, Juventus FC and Real Madrid CF temporarily suspended, 9 June 2021, in uefa.com: «UEFA notes that the decision to temporarily stay the proceedings has been taken by the UEFA Appeals Body following the formal notification made to UEFA by the Swiss competent authorities on 2 June 2021 of an ex-parte court order obtained on

Dall'altra parte, pur prendendo atto del ritiro degli altri club – e non mancando di sottolinearne la posizione «incoerente e contraddittoria» – i tre club fondatori hanno dichiarato come essi continuino a ricevere pressioni al fine di ritirare il progetto proposto e come ciò sia inaccettabile, anche preso atto dell'ordinanza cautelare del Tribunale di Madrid che intima a FIFA, UEFA e ai loro associati di astenersi dall'intraprendere ogni azione che possa pregiudicare l'iniziativa in pendenza della lite²⁴.

Proprio nell'ambito di questo procedimento, il Tribunale spagnolo ha ritenuto opportuno avanzare una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia. La domanda di rinvio contiene sei quesiti, tutti volti a verificare se le conferenti norme degli Statuti di FIFA e UEFA siano in contrasto con le norme sul mercato unico e, in particolare, con la disciplina sulla concorrenza applicabile alle imprese²⁵.

20 April 2021 by the legal entity European Super League Company SL from the Madrid Commercial Court No. 17. The decision of the independent UEFA Appeals Body has been taken without prejudice to the question about the enforceability of the Court Order in Switzerland. In reliance on the Court Order, the mentioned three clubs have sought to shield themselves from potential disciplinary consequences related to this so-called 'Super League' project».

²⁴ Comunicato di Barcellona, Juventus e Real Madrid, 8 maggio 2021, disponibile in [juventus.com](https://www.juventus.com).

²⁵ «1) Se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che vieta un abuso di posizione dominante in base al quale la FIFA e la UEFA stabiliscono nei loro statuti (in particolare, agli articoli 22 e da 71 a 73 dello statuto della FIFA, agli articoli 49 e 51 dello statuto della UEFA, nonché in qualsiasi articolo analogo contenuto negli statuti delle federazioni membri e delle leghe nazionali) che è richiesta una previa autorizzazione da parte di tali enti, ai quali è stata attribuita la competenza esclusiva di organizzare o autorizzare competizioni internazionali per club in Europa, affinché un'entità terza istituisca una nuova competizione paneuropea per club come la Superlega, in particolare, quando non esiste una procedura regolamentata sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori, e tenuto conto del possibile conflitto di interessi che interessa la FIFA e la UEFA; 2) Se l'articolo 101 TFUE debba essere interpretato nel senso che vieta alla FIFA e alla UEFA di imporre nei loro statuti (in particolare agli articoli 22 e da 71 a 73 dello statuto della FIFA, agli articoli 49 e 51 dello statuto della UEFA, nonché in qualsiasi articolo di analogo contenuto negli statuti delle federazioni membri e delle leghe nazionali) una previa autorizzazione da parte di tali enti, ai quali è stata attribuita la competenza esclusiva di organizzare o autorizzare competizioni internazionali in Europa, affinché un'entità terza possa istituire una competizione paneuropea per club come la Superlega, in particolare, quando non esiste una procedura regolamentata sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori, e tenuto conto del possibile conflitto di interessi che interesserebbe la FIFA e la UEFA; 3) Se gli articoli 101 e/o 102 debbano essere interpretati nel senso che vietano un'azione da parte della FIFA, della UEFA, delle loro federazioni che ne sono membri e/o delle leghe nazionali diretta a minacciare l'adozione di sanzioni contro i club che partecipano alla Superlega e/o i loro giocatori per la dissuasione che potrebbero generare. Se, qualora siano adottate le sanzioni di esclusione da competizioni o di divieto di partecipare a partite delle squadre nazionali, tali sanzioni, senza essere fondate su criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori, costituiscono una violazione degli articoli 101 e/o 102 del TFUE; 4) Se gli articoli 101 e/o 102 TFUE debbano essere interpretati nel senso che sono con essi incompatibili le disposizioni degli articoli 67 e 68 dello statuto della FIFA in quanto identificano la UEFA e le federazioni nazionali che ne sono membri come «proprietari originali di tutti i diritti derivanti dagli incontri [...] sotto la rispettiva giurisdizione», privando i club partecipanti e qualsiasi altro organizzatore di competizioni alternative della titolarità originaria di tali diritti, assumendosi la responsabilità esclusiva della loro commercializzazione; 5) Se, qualora la FIFA e la UEFA, quali entità a cui è attribuita la competenza esclusiva di organizzare e autorizzare competizioni internazionali di club calcistici in Europa, vietassero o si opponessero, sulla base delle suddette disposizioni dei loro statuti, allo sviluppo della Superlega, l'articolo 101 TFUE debba essere interpretato nel senso che tali restrizioni alla concorrenza potrebbero beneficiare dell'eccezione stabilita in detta disposizione, dato che la produzione è circoscritta in maniera sostanziale, la comparsa sul mercato di prodotti alternativi a quelli offerti dalla FIFA/UEFA è protetta e l'innovazione è limitata, precludendo formati e modalità ulteriori, eliminando la concorrenza potenziale nel mercato e limitando la scelta del consumatore. Se siffatta restrizione trarrebbe vantaggio da una giustificazione obiettiva che con-

Da una lettura dei quesiti pregiudiziali proposti dal giudice del rinvio, appare ragionevole ritenere che il modo in cui sono stati formulati spingerà la Corte a non pronunciarsi sul se e in qual misura il progetto Superlega è compatibile con il diritto dell'Unione, ma ad esaminare soltanto la legittimità delle condotte addebitabili alla FIFA e alla UEFA alla luce delle regole del mercato interno e, in particolar modo, della libera concorrenza.

Attestata tale (in)compatibilità e individuati i principi applicabili alla fattispecie, spetterà poi al giudice nazionale fornire una decisione dopo una corretta valutazione *antitrust* di tutte le circostanze specifiche del caso²⁶. In effetti, è bene ricordare come la funzione essenziale del rinvio pregiudiziale sia quella di fornire al giudice del rinvio l'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione necessaria alla soluzione di una controversia concreta dinanzi ad esso pendente²⁷.

Per queste ragioni, è opportuno scindere l'analisi della domanda pregiudiziale formulata alla Corte dalla valutazione di legittimità in concreto del progetto Superlega, soffermandosi essenzialmente sulla prima.

3.1. La qualificazione quali associazioni di imprese

In via preliminare, occorre ricordare che la disciplina della concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE è applicabile alle sole imprese.

Sebbene UEFA e FIFA siano investite di compiti a carattere pubblico²⁸, la giurisprudenza ha costantemente riconosciuto che le due entità costituiscano associazioni di imprese per le attività di carattere economico dalle stesse svolte in connessione con l'organizzazione delle competizioni sportive²⁹. Infatti, se

senta di ritenere che non vi sia abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE; 6) Se gli articoli 45, 49, 56 e/o 63 TFUE debbano essere interpretati nel senso che una disposizione come quella contenuta negli statuti della FIFA e della UEFA (in particolare gli articoli 22 e da 71 a 73 dello statuto della FIFA, gli articoli 49 e 51 dello statuto della UEFA, nonché qualsiasi altro articolo analogo contenuto negli statuti delle federazioni membri e delle leghe nazionali) costituisce una restrizione contraria ad alcune delle libertà fondamentali sancite in tali disposizioni, richiedendo una previa autorizzazione di tali enti per l'istituzione da parte di un operatore economico di uno Stato membro di una competizione per club paneuropea come la Superlega».

²⁶ A. BOZZA-E. MARASÀ, *The European Super League under the sword and shield of antitrust rules: a baby thrown out with the bathwater?*, in *Riv. dir. ec. sport*, vol. XVII, 1, 2021, p. 64.

²⁷ Corte Giust., 15 novembre 2016, causa C-268/15, *Ullens de Schooten*, punto 49; 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*. È in tale ottica che il rinvio assume anche una funzione indiretta di verifica della legittimità di una legge nazionale o di un atto amministrativo o anche di una prassi rispetto al diritto dell'Unione.

²⁸ L'«investitura» deriva dall'art. 29 della Carta Olimpica, redatta dal Comitato Olimpico Internazionale (C.I.O.), il quale stabilisce che «Al fine di promuovere il Movimento Olimpico, il C.I.O. può riconoscere a titolo di FI [Federazioni internazionali] delle organizzazioni internazionali non governative che amministrano uno o più sport a livello mondiale e che comprendono delle organizzazioni che amministrano tali sport a livello nazionale».

²⁹ Nonostante l'art. 101 TFUE ne faccia espressa menzione, il Trattato non contiene una definizione di «associazione di imprese». La nozione è di matrice giurisprudenziale: tra le tante, v. Corte Giust., 30 gennaio 1985, causa C-123/83, *Clair*, punti 18 e 19; Tribunale dell'Unione 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Piau c. Commissione*, punto 68. V. anche le conclusioni dell'avv. gen. Leger, del 10 luglio 2001, alla causa C-309/99, *Wouters*, punti 66-68. Sui criteri di individuazione precisati dal giudice dell'Unione, v. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE-F. FERRARO, I ed., vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 203 e 204: «Per stabilire se un'organizzazione costituisce un'associazione di imprese, la giurisprudenza ha individuato, da tempo, due criteri principali connessi alla *composizione* e alla *disciplina legale* delle attività di tale organismo. In particolare, è necessario innanzitutto che gli organi direttivi

è vero che, da un lato, l'esercizio del potere regolatorio da parte di UEFA e FIFA rappresenta un'attività ricollegabile alle prerogative di pubblici poteri, le quali non sono economicamente rilevanti e sono dunque esenti dalle regole dell'Unione sulla competitività, lo è, dall'altro, che tale circostanza «non impedisce, di per sé sola, di qualificarl[e] come impres[e]», qualora tali enti svolgano anche attività di tipo economico³⁰.

Come noto, la nozione di impresa «abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»³¹ e, per ciò stesso, la qualificazione come «attività economica» «deve essere esaminata per ciascuna delle diverse attività esercitate da una stessa determinata entità»³². Pertanto, pur avendo la FIFA e la UEFA il compito di regolare il gioco del calcio e di supervisionarne lo sviluppo in Europa e nel mondo, essi sono soggetti alla disciplina della concorrenza applicabile alle imprese quando organizzano competizioni per i club e per le rappresentative nazionali a livello internazionale. Sul punto, si tenga presente che, nella stagione 2018/2019, la UEFA ha comunicato che i ricavi totali provenienti dalle sue competizioni ammontano a 3 miliardi e 850 milioni di EUR, i quali hanno generato un profitto, al netto dei costi di gestione, dei contributi di solidarietà e dei premi distribuiti ai partecipanti e ai vincitori delle manifestazioni, pari a 330 milioni di euro (circa l'8,5% del totale)³³.

3.2. La configurabilità di un'intesa anti-competitiva ai sensi dell'art. 101 TFUE

Al fine di accertare se il procedimento di autorizzazione preventiva previsto

dell'organizzazione siano composti (almeno in maggioranza) dai rappresentanti delle imprese in questione. [...] In secondo luogo, tali organi, quando adottano la decisione che rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 101, par. 1, TFUE, devono poter agire nell'interesse delle imprese che rappresentano e non essere vincolati al rispetto «di un certo numero di criteri di interesse pubblico». Ne discende che l'associazione di imprese assume una funzione di coordinamento di autonomi centri di imputazione che conservano capacità decisionale ed economica. Nella fattispecie, ad esempio, le leghe nazionali e i club sono membri indiretti della UEFA; le federazioni nazionali sono membri diretti della UEFA; le confederazioni sono membri diretti della FIFA.

³⁰ Corte Giust., 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris c. Commissione*, punto 74.

³¹ Corte Giust., 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, punto 21; 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, punto 107; 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, *FENIN c. Commissione*, punto 25; 14 dicembre 2006, causa C-217/05, *Confederación Estaciones de Servicio*, punto 39; 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori c. Commissione*, punto 103. Cfr. anche 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione/Italia*; 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*; 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*; 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri*; 3 marzo 2011, causa C-437/09, *AG2R Prévoyance*. In dottrina, cfr. G. NAPOLITANO (*Contro lo spettro del neo-pubblicismo: sul carattere privatistico delle leghe sportive e delle procedure di commercializzazione dei diritti audiovisivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2016, pp. 101 e 102): «Sul piano soggettivo, non può certo revocarsi in dubbio che le leghe siano associazioni di diritto privato. Esse ne hanno non soltanto la forma, ma anche la sostanza, visto che sono composte a loro volta da società commerciali, gestite e finanziate da privati, operanti con scopo di lucro. Questo dato essenziale non può essere minimamente scalfito né dal fatto che le leghe operano talora come componenti delle federazioni sportive (a loro volta associazioni di diritto privato), né dal fatto che esse esercitano anche talune funzioni loro delegate da queste ultime».

³² Corte Giust., 27 giugno 2017, causa C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, punto 44.

³³ UEFA Financial Report 2018/2019, in *editorial.uefa.com*.

negli Statuti FIFA e UEFA e le conseguenti sanzioni in caso di inosservanza dello stesso costituiscano una decisione di associazione di imprese censurabile alla luce dell'art. 101, par. 1, TFUE, occorre verificare, in sequenza: 1) che la decisione abbia per oggetto o per effetto di restringere il gioco della concorrenza e che possa pregiudicare il commercio tra Stati membri; 2) che gli effetti restrittivi non siano inerenti al perseguimento di obiettivi e non siano ad essi proporzionati; 3) che non sussistano le condizioni per l'ottenimento di una decisione di esenzione ex art. 101, par. 3, TFUE³⁴.

3.2.1. La restrizione per oggetto o per effetto e il pregiudizio al commercio tra Stati membri

Per ricadere nel divieto di cui all'art. 101, par. 1, TFUE, una decisione di associazione di imprese deve anzitutto avere «per oggetto o per effetto» di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno³⁵.

Secondo una giurisprudenza risalente nel tempo, sebbene tali condizioni siano alternative – come espresso dalla disgiunzione «o» – la valutazione sull'oggetto dell'intesa è preliminare all'analisi sugli effetti della stessa³⁶. Ciò vuol dire che l'esame degli effetti non si rende necessario qualora l'oggetto della decisione sia già di per sé sufficiente a compromettere il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza³⁷.

Appare perciò pregiudiziale verificare anzitutto se le condotte di FIFA e UEFA possano ritenersi vietate per il loro oggetto, e cioè se «considerate in

³⁴ Per un'analisi approfondita sui presupposti e sugli elementi costitutivi dell'art. 101 TFUE, v. F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 82 ss. La posizione di monopolio sopra descritta esclude *a priori* che nella fattispecie possa configurarsi un'esenzione *de minimis*. Invero, nonostante l'art. 101, par. 1, TFUE nulla preveda in merito all'intensità che una restrizione anti-competitiva debba presentare affinché se ne prefiguri l'incompatibilità con il mercato unico, è risalente nel tempo la posizione della Corte, secondo la quale un accordo non ricade nel cono d'ombra dell'art. 101 TFUE quando la quota di mercato posseduta dalle imprese interessate sia marginale rispetto al mercato di riferimento: Corte Giust., 9 luglio 1969, causa 5/69, *Völck c. Vervaecke*, punti 5-7; 6 maggio 1971, causa 1/71, *Cadillon c. Höss*, punto 9; 1° febbraio 1978, causa 19/77, *Miller c. Commissione*, 131, punti 9-10). Tale giurisprudenza è riflessa nella c.d. *comunicazione de minimis* della Commissione: comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, spec. punti 4 e 5, nelle quale è scritto che la combinazione di una soglia basata sulla quota di mercato del 5 % e di una soglia di fatturato di 40 milioni di EUR indica solitamente la presenza di accordi la cui natura non è tale da influenzare sensibilmente il commercio tra Stati membri.

³⁵ Potrebbe ritenersi che la condotta di FIFA e UEFA costituisca anche un accordo verticale, ugualmente censurabile ai sensi dell'art. 101 TFUE, dal momento che la Corte ha precisato che il diritto dell'Unione non impedisce che comportamenti aventi lo stesso oggetto anticoncorrenziale possano fondare allo stesso tempo un accordo, una decisione di associazione di imprese e una pratica concordata: Corte Giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, punti 113 e 114. Nondimeno, tale circostanza non incide né sui presupposti, né sugli effetti dell'applicazione dell'art. 101 TFUE al caso di specie.

³⁶ Corte Giust., 30 giugno 1966, causa 56/65, *LTM*; 26 novembre 2015, causa C-345/14, *Maxima Latvija*, punto 16; 20 gennaio 2016, causa C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Commissione*, punto 24.

³⁷ Corte Giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e a.*, punti 28 e 30; 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a. c. Commissione e a.*, punto 55; 11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *CB c. Commissione*, punti 49, 50 e 58. V. anche Tribunale dell'Unione 8 luglio 2004, causa T-198/01, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*, punto 183; 25 gennaio 2007, cause riunite C-403/04 P e C-405/04 P, *Sumitomo*; 20 novembre 2008, causa C-209/07, *Beef Industry Development Society e Barry Brothers*.

termini obiettivi ed astratti, non hanno altra funzione se non quella di restringere la libertà di concorrenza»³⁸.

È noto che, perché un regime di previa autorizzazione amministrativa sia giustificato anche quando deroga ad una libertà fondamentale, esso debba fondarsi su criteri oggettivi, non discriminatori e conosciuti in anticipo dalle imprese interessate, in modo che l'esercizio del potere discrezionale delle autorità sia circoscritto e non possa essere utilizzato in maniera arbitraria³⁹. Invero, tale prerogativa può indurre l'impresa che lo detiene a impedire ad altri operatori di entrare sul mercato in questione. Di conseguenza, l'esercizio di tale funzione regolamentare deve essere soggetto a «limiti, obblighi o a un controllo al fine di evitare che la persona giuridica in questione possa falsare la concorrenza favorendo le gare che essa organizza o quelle alla cui organizzazione partecipa»⁴⁰.

Volgendo lo sguardo alle normative richiamate nella domanda di rinvio, non può nascondersi una certa idoneità della condotta di FIFA e UEFA a incidere sulla libera concorrenza attraverso intese che determinano la spartizione del mercato dell'organizzazione delle competizioni calcistiche europee. In effetti, l'assenza di parametri oggettivi, trasparenti e predefiniti al quale dovrebbero ancorarsi il procedimento autorizzativo e il procedimento disciplinare appare già in via astratta idonea a ridurre il grado di competitività nel mercato in questione. A voler esser ancor più precisi, gli Statuti FIFA e UEFA nemmeno descrivono una procedura di autorizzazione: ad esempio, non è fatta menzione né dell'organo competente al rilascio, né del termine massimo entro il quale il procedimento deve concludersi, né tantomeno è prescritto un obbligo di motivazione alla base dell'eventuale rifiuto.

Pertanto, anche qualora l'oggetto della restrizione non fosse ritenuto *in astratto* anti-competitivo, le conferenti norme degli Statuti FIFA e UEFA sono in grado di restringere la concorrenza *in concreto*.

Inoltre, ai fini dell'apprezzamento degli effetti restrittivi di un'intesa, la Corte ha precisato che occorre verificare quale sarebbe stato l'assetto concorrenzia-

³⁸ G. TESAURO, *op. cit.*, p. 218.

³⁹ Corte Giust., 20 febbraio 2001, causa C-205/99, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir)*, punto 37. Cfr. anche 23 febbraio 1995, cause riunite C-358/93 e C-416/93, *Bordessa*, punto 25; 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, punto 90; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*, punto 35.

⁴⁰ Tribunale dell'Unione, 16 dicembre 2020, causa T-93/18, *International Skating Union c. Commissione (ISU)*, punto 70. La vicenda verteva proprio sul rapporto tra sport e concorrenza. Nell'occasione, il giudice dell'Unione ha ricordato che, quando una normativa conferisce a una persona giuridica che organizza essa stessa e sfrutta commercialmente talune competizioni il potere di decidere sulle persone autorizzate a organizzare tali manifestazioni e di fissare le condizioni della loro organizzazione, essa riconosce a tale entità un chiaro vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (v. spec. punto 70). Nello specifico, lo Statuto dell'International Skating Union, che è l'unica federazione sportiva internazionale riconosciuta dal Comitato internazionale olimpico, incaricata della regolamentazione e della gestione dello sport del pattinaggio su scala mondiale, prevedeva un sistema di autorizzazione preventiva secondo il quale i pattinatori potevano partecipare solo alle competizioni autorizzate dalla stessa, pena la sanzione dell'esclusione a vita dalle manifestazioni da essa organizzate in caso di partecipazioni a competizioni non riconosciute. La Corte ha quindi concluso nel senso dell'incompatibilità della condotta dell'ISU con il diritto dell'Unione, dal momento che lo Statuto le riconosceva un ampio potere discrezionale per rigettare la richiesta di autorizzazione presentata da terzi concorrenti, anche per motivi non esplicitamente previsti, il che poteva condurre all'adozione di decisioni di diniego per motivi illegittimi. Per un approfondimento ulteriore, v. M. VIGNA, *The message given by the EU Commission in the ISU decision: "iceberg right ahead"*, in *Riv. dir. ec. sport*, vol. XIV, 1, 2018, p. 59 ss.; F. LAUS, *Lo sport tra concorrenza, competitività e protezionismo: riflessioni alla luce del caso Superleague*, in *federalismi.it*, 18, 2021, pp. 149-151.

le nel mercato di riferimento nell'eventualità in cui tale intesa non fosse stata presente⁴¹. Nel caso di specie, è comprensibile ritenere che l'applicazione delle norme statutarie della FIFA e dell'UEFA e le misure disciplinari annunciate sulla base di tali norme nei confronti dei club promotori della Superlega si concretizzi nell'utilizzo del potere regolatorio per impedire l'accesso al mercato di nuovi concorrenti. Tali misure sono perciò suscettibili di impedire in maniera sensibile il gioco della concorrenza, avendo un chiaro effetto dissuasivo sulla realizzazione di qualsiasi iniziativa sportiva esterna al cono d'ombra di FIFA e UEFA e negando, di fatto, ogni possibilità di accesso al mercato dell'organizzazione delle competizioni calcistiche.

Infine, affinché un'intesa sia incompatibile con l'art. 101 TFUE, non è sufficiente attestare l'alterazione delle condizioni di concorrenza all'interno del mercato comune, ma è necessario verificare altresì che essa possa essere pregiudizievole per il commercio tra Stati membri.

Secondo l'interpretazione della nozione fornita in giurisprudenza, l'intesa deve influenzare, in maniera sensibile e anche solo in via potenziale, l'attività economica transfrontaliera che interessi almeno due Stati membri dell'Unione e deve essere valutata tenuto conto della natura dell'intesa, dei prodotti o dei servizi interessati e della posizione e dell'importanza delle parti sul mercato⁴².

A tal proposito, da anni si registra un'internalizzazione del business sportivo e, in particolare, di quello calcistico. Sembra dunque tutt'altro che irragionevole ritenere che le decisioni di FIFA e UEFA – si ricordi, allo stesso tempo regolatori e organizzatori nel mercato degli eventi calcistici – nella misura in cui impediscono ingiustificatamente la realizzazione di manifestazioni sportive esterne alle due federazioni, hanno certamente la capacità di ostacolare sensibilmente – *rectius*, totalmente – l'esercizio di attività economiche aventi lo stesso oggetto e che coinvolgono potenzialmente tutti gli Stati membri i cui club partecipano, attualmente, alle competizioni internazionali delle due federazioni.

Ogni valutazione di compatibilità di un'intesa con l'art. 101 TFUE presuppone altresì la disamina dell'inerenza e della proporzionalità delle relative misure restrittive rispetto agli obiettivi da raggiungere⁴³. Invero, al fine di determinare se una decisione di associazione di imprese presenti un grado di dannosità sufficiente per essere considerata incompatibile con il mercato interno, la Corte ha a più riprese ricordato che va fatto riferimento «al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi che essa mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale si colloca»⁴⁴.

Di talché, una restrizione all'accesso al mercato quale un sistema di autorizzazione preventiva, unito ad un regime di sanzioni in caso di inosservanza dello stesso, può risultare compatibile con le norme sulla concorrenza nella

⁴¹ Corte Giust., 11 dicembre 1980, causa 31/80, *L'Oreal*.

⁴² Sul punto, v. Corte Giust., 28 aprile 1998, causa C-306/96, *Javico*, punto 17; 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.*, punto 43; 11 luglio 2013, causa C-439/11 P, *Ziegler/Commissione*, punti 93 e 94; 16 aprile 2015, causa C-3/14, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, punto 53.

⁴³ S. BASTIANON, *Le federazioni e il mercato dell'organizzazione degli eventi sportivi*, cit., p. 81.

⁴⁴ Corte Giust., 16 luglio 2015, causa C-172/14, *ING Pensii*, punto 31. V. anche 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, punti 19-22; 12 dicembre 1995, causa C-399/93, *Oude Luttikhuis e a.*, punto 10; 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, punto 49; 24 settembre 2009, cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank e a. c. Commissione*, punto 54; 11 settembre 2014, causa C-382/12 P, *Mastercard c. Commissione*, punto 165.

misura in cui tale restrizione sia inerente agli scopi perseguiti e sia proporzionata agli stessi (c.d. *test Wouters*)⁴⁵.

Nondimeno, né dagli Statuti né dalle dichiarazioni della FIFA e della UEFA sono evincibili gli obiettivi da tutelare alla base della restrizione, se non un timido accenno al concetto di unità dello sport. È, però, oramai assodato che la restrizione non può giustificarsi sulla base del fatto che oggetto della regolamentazione degli Statuti FIFA e UEFA sia l'attività sportiva. Infatti, la Corte ha da tempo precisato che la specificità dello sport non può costituire un grimaldello che limita in assoluto l'applicazione delle norme dei Trattati, stabilendo che la sola circostanza che una norma abbia un carattere puramente sportivo «non sottrae tuttavia dall'ambito di applicazione del Trattato la persona che esercita l'attività disciplinata da tale norma o l'organismo che l'ha emanata»⁴⁶. A tal riguardo, è bene rammentare che l'Unione ha solo una competenza di sostegno nell'ambito dello sport (artt. 6 e 165 TFUE), che resta un settore prevalentemente nelle mani degli Stati; ma – come più volte precisato dalla Corte – anche l'esercizio di una competenza riservata agli Stati membri non esclude il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione⁴⁷, nella fattispecie, le regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno⁴⁸.

⁴⁵ Corte Giust., 19 febbraio 2002, C-309/99, punto 97. In dottrina, v. P. KIENAPFEL-A. STEIN, *The application of Articles 81 and 82 EC in the sport sector*, Competition Policy Newsletter, 3, 2007, in ec.europa.eu, p. 6 ss. Del resto, un accordo può essere considerato restrittivo pure se non ha come unico oggetto la restrizione della concorrenza, ma persegue anche altri obiettivi legittimi: Corte Giust., 8 novembre 1983, cause riunite 96/82, 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ e a. c. Commissione, punto 25; 8 luglio 1999, causa C-235/92 P, *Montecatini/Commissione*, punto 122; 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, punto 491; 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, *General Motors c. Commissione*, punto 64.

⁴⁶ Corte Giust., 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione*, punto 27. La pronuncia ha comportato la trasposizione del *test Wouters* all'interno dell'attività sportiva. L'allora direttore dell'Ufficio legale, oggi presidente della UEFA, Gianni Infantino, definì la sentenza *Meca-Medina* «un passo indietro per il modello sportivo europeo e la specificità dello sport» (v. il titolo del contributo presente in editorial.uefa.com, 2 ottobre 2006). All'epoca, lo stesso Infantino presagì che «incoraggiati dalla sentenza Meca-Medina, i ricorrenti ora potranno ampliare il proprio campo d'azione sostenendo che le norme e pratiche di natura sportiva hanno effetti "sproporzionati" e che non "si limitano a quanto necessario per la condotta adeguata delle competizioni sportive" e, in tal modo, "comprovano" una violazione della normativa sulla concorrenza. Sembra che la Corte di Giustizia Europea [...] abbia dichiarato il proprio interesse e l'intenzione di esaminare qualsiasi tipo di caso di questo genere in futuro. La Commissione Europea potrebbe avere maggiori difficoltà adesso nel respingere ricorsi ovviamente infondati ai sensi della legislazione sulla concorrenza» (pp. 9 e 10). Ancor prima del caso *Meca-Medina*, v. 14 luglio 1976, causa 13/76, *Donà*, punti 14 e 15; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, punti 76 e 127; 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Deliège*, punto 43.

⁴⁷ Si tratta di una giurisprudenza consolidata e ricchissima, riferita dalla Corte a diversi settori (materia penale, espropriazione pubblica, organizzazione della giustizia, organizzazione del sistema fiscale, etc.). Tra le più recenti, v. Corte Giust., 19 marzo 2015, causa C-510/13, *E.ON Földgáz Trade*, punti 49 e 50; 11 dicembre 2017, causa C-438/05, *Viking*, punto 40; 13 novembre 2018, causa C-247/17, *Raugevicius*, punto 45; 26 febbraio 2019, cause riunite C-202/18 e C-238/18, *Rimšēvičs*, punto 57. Con riferimento all'istruzione e alla formazione professionale, anch'esse materie oggetto di competenze di coordinamento ex art. 6 TFUE (accanto allo sport), cfr. 11 settembre 2007, causa C-76/05, *Schwarz e Gootjes-Schwarz*, punto 70: «Allo stesso modo, se è pacifico che il diritto comunitario non reca pregiudizio alla competenza degli Stati membri per quanto riguarda, da una parte, il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché le loro diversità culturali e linguistiche e, dall'altra, il contenuto e l'organizzazione della formazione professionale, è pur vero che nell'esercizio di tale potere gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi».

⁴⁸ Che costituiscono una competenza esclusiva dell'Unione (art. 3 TFUE). Cfr. Cons. Stato,

Alla luce di ciò, è possibile ritenere che la Corte dichiari legittimo un sistema autorizzativo che abbia l'obiettivo di verificare il rispetto di norme minime, quale il regolare svolgimento delle competizioni; la sicurezza dei partecipanti; l'accavallamento dei calendari; l'uniformità delle regole⁴⁹; non può dirsi lo stesso quando invece l'esercizio del potere regolatorio nasconda, dietro gli interessi di protezione dello sport, i propri interessi economici a scapito di altri concorrenti⁵⁰.

A ciò si aggiunga che le misure disciplinari previste nei due Statuti in caso di organizzazione di manifestazioni non autorizzate – annunciate all'alba del progetto – non ammettono alcun tipo di ponderazione. A tal ultimo proposito, la Corte ha ricordato che la natura repressiva di una regolamentazione e la gravità delle sanzioni applicabili in caso di sua violazione «sono in grado di produrre effetti negativi sulla concorrenza perché, nel caso in cui tali sanzioni non si limitassero a quanto necessario a garantire il corretto svolgimento della competizione sportiva e si rivelassero, alla fine, immotivate, potrebbero comportare l'ingiustificata esclusione dell'atleta dalle competizioni e dunque falsare le condizioni di esercizio dell'attività sportiva in questione»⁵¹.

Nel caso di specie, i club promotori sono minacciati in ogni caso di espulsione immediata dalle competizioni organizzate dalla FIFA e dalla UEFA, senza alcuna valutazione sulla proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta attribuita. Per questo motivo, il procedimento sanzionatorio appare uno strumento di ritorsione nei confronti delle società calcistiche che sfidano la posizione monopolistica di FIFA e UEFA.

Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 18 (est. Giovagnoli), punto 23: «La tutela della concorrenza [...] è, d'altronde, una "materia" trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di "sostegno"».

⁴⁹ Trattasi delle cosiddette "restrizione accessorie": comunicazione della Commissione, del 27 aprile 2004, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, punto 28 e seguenti. Sul punto, cfr. F. AMATO, *Commento all'art. 101 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, II ed., Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1037 e 1038. Ad esempio, nel caso *Meca-Medina*, sopra citato, la Corte ha convenuto che, sebbene la regolamentazione anti-doping in questione andasse considerata come una decisione di associazioni di imprese che limitava la libertà dei concorrenti, essa non potesse rappresentare costituire una restrizione anti-competitiva incompatibile con il mercato comune perché giustificata da un obiettivo legittimo, vale a dire «assicurare un sano spirito di emulazione tra gli atleti» al fine del corretto svolgimento delle manifestazioni sportive (punto 45). Cfr. anche le conclusioni dell'avv. gen. Kokott, del 6 marzo 2008, alla causa *MOTOE*, causa C-49/07, punto 96: «La struttura a piramide che si è sviluppata nella maggior parte delle discipline sportive concorre ad assicurare l'osservanza dei particolari requisiti dello sport, quali regole uniformi e calendari di gara unitari. [...] La negazione del parere conforme si trasforma, tuttavia, in abuso allorché non possa essere obiettivamente giustificata con gli interessi dello sport e venga, invece, arbitrariamente impiegata per promuovere propri interessi economici, a scapito degli altri offerenti, che intendano organizzare e soprattutto commercializzare gare motociclistiche sotto la propria responsabilità».

⁵⁰ Nel recente passato, sono stati molti i casi portati all'attenzione delle autorità nazionali della concorrenza nei quali le federazioni sportive nazionali vietavano ai propri associati (organizzatori, atleti, ufficiali di gara) di partecipare a competizioni organizzate da soggetti terzi rispetto alla federazione nazionale, sotto pena di rilevanti sanzioni (pecuniarie; sospensione temporanea; esclusione definitiva). Come fa presente S. BASTIANON (*Le federazioni e il mercato dell'organizzazione degli eventi sportivi*, cit., p. 77 ss.), questi si sono risolti tutti nel senso di dichiarare illegittime le condotte assunte dalle relative federazioni.

⁵¹ La citazione richiama ancora il caso *ISU*, *supra*, punto 91. Pur avendo riconosciuto la presenza e l'inerenza di alcuni obiettivi legittimi alla base della necessità dell'autorizzazione – la tutela dell'integrità del pattinaggio rispetto alle scommesse – la Corte ha ritenuto che la restrizione, nonché le sanzioni in caso di mancato rispetto del sistema autorizzativo (l'espulsione a vita), andassero oltre quanto necessario ai fini del suo conseguimento. V. anche Corte Giust., 15 dicembre 1994, causa C-250/92, *DLG*, punto 35.

Di conseguenza, pare potersi sostenere che tali comportamenti manifestano un evidente conflitto di interessi dietro il quale si nasconde non già la tutela dell'attività sportiva ma un interesse diretto a utilizzare il potere regolatorio per limitare l'ingresso di potenziali concorrenti e preservare il monopolio nel mercato dell'organizzazione delle competizioni calcistiche. L'assenza di ogni obiettivo legittimo rende difficile giustificare il rifiuto dell'autorizzazione per ragioni di interesse generale e, anzi, configura un esercizio arbitrario del potere autorizzativo in netto contrasto con numerosi principi di un'Unione di diritto, tra cui la certezza del diritto⁵², la tutela del legittimo affidamento⁵³ e la proporzionalità⁵⁴.

3.2.2. Le dichiarazioni di inapplicabilità ex art. 101, par. 3, TFUE

Da ultimo, occorre chiedersi se le decisioni di associazione imputabili a FIFA e UEFA siano idonee a beneficiare dell'esenzione di cui al par. 3 dell'art. 101 TFUE (cc.dd. dichiarazioni di inapplicabilità)⁵⁵.

In linea di principio, le restrizioni anti-competitive per oggetto sono soggette ad una presunzione di incompatibilità assoluta rispetto all'art. 101 TFUE, in ragione di una pericolosità intrinseca per il mercato concorrenziale. È bene noto che, affinché un'intesa goda dell'inapplicabilità del divieto di cui al par. 1 dell'art. 101 TFUE, il par. 3 elenca quattro condizioni: 1) l'intesa deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico⁵⁶; 2) l'intesa deve riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva⁵⁷; 3) l'intesa deve evitare di imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi⁵⁸; 4) l'intesa deve evitare di riconoscere a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi⁵⁹.

⁵² Tra le tante, Corte Giust., 12 aprile 2018, causa C-227/17, *Medtronic*; ordinanza 3 settembre 2020, causa C-174/20 P, *STADA Arzneimittel/EUIPO*, punto 28 e seguenti; 3 marzo 2021, causa C-507/20, *FGSZ*, punto 23; 3 giugno 2021, causa C-76/20, *BalevBio*, punto 56.

⁵³ Tra le più recenti, Corte Giust., 21 febbraio 2018, causa C-628/16, *Kreuzmayr*; ordinanza 26 marzo 2020, causa C-113/19, *Luxaviation*, punto 51; 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.*, punto 41; 3 giugno 2021, causa C-39/20, *Jumbocarry Trading*, punto 48.

⁵⁴ Corte Giust., 26 aprile 2012, causa C-508/10, *Commissione c. Paesi Bassi*; 2 settembre 2015, causa C-309/14, *CGIL e INCA*.

⁵⁵ Nella letteratura, v. F. GHEZZI, *Commento all'art. 101, paragrafo 3*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2012, p. 2564 ss.

⁵⁶ «Il miglioramento deve in specie consistere in un rilevante vantaggio obiettivo, atto a compensare gli inconvenienti che ne derivano sul piano della concorrenza»: Corte Giust., 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten & Grundig*, p. 525.

⁵⁷ Si ricordi che il "trasferimento degli utili" può anche assumere la forma di incrementi di efficienza di carattere qualitativo, come la disponibilità di prodotti nuovi e migliori, che creino benefici tali da compensare gli effetti anticoncorrenziali dell'intesa.

⁵⁸ «[La terza condizione] impone che gli incrementi di efficienza siano specificamente legati all'accordo in questione, vale a dire che non esistano altre soluzioni economicamente praticabili e meno restrittive per realizzare tali incrementi di efficienza»: Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, del trattato, cit., punto 75.

⁵⁹ Cfr. Corte Giust., 25 ottobre 1977, causa 26/76, *Metro*, punto 21: «I poteri attribuiti alla Commissione dall'art. 85, n. 3, dimostrano che le esigenze della conservazione di una concorrenza efficace, possono venir conciliate con la tutela di finalità di natura diversa e che, a questo scopo, si possono tollerare alcune restrizioni della concorrenza se sono indispensabili al conse-

A questo proposito, la giurisprudenza ha precisato che è sufficiente che manchi una delle quattro condizioni perché la Commissione neghi l'emanazione di una decisione di esenzione individuale⁶⁰.

Nella fattispecie, se la discussione resta aperta per le prime due condizioni⁶¹, la natura del sistema autorizzativo previsto negli Statuti FIFA e UEFA, che promuove decisioni di rifiuto arbitrarie e prive di motivazione, è in grado di soddisfare sia la terza che la quarta condizione, rendendo vana ogni possibilità di giustificare le condotte delle due organizzazioni alla luce di presunti miglioramenti nell'efficienza del mercato concorrenziale di riferimento.

3.3. Il divieto di abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE

Le condotte di FIFA e UEFA sopra descritte rilevano pure ai fini dell'applicabilità dell'art. 102 TFUE, che lega la valutazione sull'esistenza di uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante a: 1) la definizione del mercato rilevante; 2) l'individuazione di una posizione dominante; 3) l'accertamento dell'abusività della stessa; 4) l'assenza di eccezioni relative all'*objective justification* e all'*efficiency defence*.

3.3.1. La definizione del mercato rilevante

La delimitazione del contesto di mercato nella quale l'impresa opera costituisce il primo momento giuridico nel processo di constatazione di una presunta posizione dominante abusiva.

La definizione del mercato rilevante si fonda su due profili distinti: la dimensione geografica e la dimensione merceologica.

Poiché il mercato geografico può essere definito come il territorio nel quale tutti gli operatori economici si trovano in condizioni di concorrenza analoghe con riferimento agli stessi prodotti⁶², contrariamente a quanto è stato sostenuto da parte della dottrina⁶³, si ritiene che la portata del mercato rilevante per l'organizzazione di competizioni calcistiche internazionali a livello europeo non coincida con i singoli mercati nazionali, ma corrisponda all'intero continente europeo.

Il progetto Superlega ha esplicitamente manifestato l'interesse a concorrere con le tre competizioni internazionali per club organizzate dalla UEFA sotto l'egida della FIFA, cioè la Champions League, l'Europa League e la Conference League, le quali rappresentano manifestazioni sportive ben diverse da

guimento di dette finalità e non si risolvono nell'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale del mercato comune».

⁶⁰ Corte Giust., 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, *VBVB e VBBB c. Commissione*; Tribunale, 9 luglio 1992, causa T-66/89, *Publishers Association c. Commissione*; 3 febbraio 1994, cause riunite T-39/92 e T-40/92, *CB e Europay c. Commissione*, punto 110; 15 luglio 1994, causa T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*, punto 104; 21 febbraio 1995, causa T-29/92, *SPO e a. c. Commissione*, punto 267; Corte Giust., 7 febbraio 2013, C-68/12, *Slovenská sporiteľňa*, punto 33; 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd*, punto 97.

⁶¹ Potrebbe essere dimostrato, rispettivamente, che la restrizione è in grado di garantire, attraverso l'unicità dell'organizzazione, lo svolgimento di manifestazioni calcistiche internazionali che allo stesso tempo valorizzano la struttura piramidale dello sport e assicurano la massima inclusività in termini di partecipazione; e che i profitti ricavati dallo sfruttamento dei relativi diritti sono utilizzati per lo sviluppo del gioco del calcio nei relativi Paesi di competenza.

⁶² Corte Giust., 1° luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, punto 34.

⁶³ T. VAN DER BURG, *A European Super League would violate EU competition law – as would UEFA's proposed reforms of the Champions League*, in *blogs.lse.ac.uk*, 20 February 2021.

quelle nazionali. Invero, i campionati a livello europeo soddisfano un'esigenza del consumatore (il tifoso) che non combacia con quella alla base dei campionati nazionali, vale a dire determinare i club campioni al di fuori dei confini interni. Ulteriore indizio che conferma la necessaria distinzione tra i due mercati è la circostanza che gli orari delle competizioni europee non si sovrappongono mai con quelli delle competizioni nazionali⁶⁴.

In relazione alla dimensione del mercato relativa al prodotto, la giurisprudenza ritiene che il mercato rilevante sia costituito da prodotti o servizi che sono considerati sostituibili o sufficientemente interscambiabili con quello di specie da parte dei consumatori, in funzione non solo delle loro caratteristiche obiettive, ma anche delle condizioni di concorrenza, della struttura della domanda e dell'offerta sul mercato rilevante⁶⁵. Nella fattispecie, va notato che il mercato rilevante coincide con l'organizzazione di competizioni calcistiche internazionali per club e con la commercializzazione dei diritti delle relative competizioni. Difatti, come affermato già dal giudice dell'Unione, questi due tipi di attività non sono interscambiabili, ma piuttosto funzionalmente complementari⁶⁶.

Come rilevato dal giudice del rinvio, pare accertata l'esistenza di una posizione dominante da parte di FIFA e UEFA, dal momento che le due federazioni detengono da un lungo periodo di tempo una quota di mercato pari al 100%, e che attualmente non esiste alcun concorrente nel mercato per l'organizzazione e lo svolgimento delle competizioni calcistiche⁶⁷. Tale conclusione sembra incontestabile, tenuto conto che la Corte considera che quote di mercato estremamente elevate rappresentano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante da parte di un'impresa⁶⁸ e che, in altre circostanze, ha ritenuto che già il possesso del 70% delle quote di mercato costituisca la prova di tale esistenza⁶⁹.

3.3.2. Lo sfruttamento abusivo della posizione dominante

Pure è noto che l'art. 102 TFUE non vieta la posizione dominante in sé, ma l'abuso della stessa⁷⁰.

⁶⁴ E.G. BAPTISTA-S.D. GURU, *The European Super League: Opening the Floodgates of Competition Law*, in maastrichtuniversity.nl, 20 May 2021.

⁶⁵ Corte Giust., 28 febbraio 2013, causa C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, punto 77; *MOTOE*, sopra citata, punto 32.

⁶⁶ *MOTOE*, sopra citata, punto 33.

⁶⁷ Juzgado de lo Mercantil n. 17 de Madrid, cit., punto 19: «De lo anterior se infieren indicios en torno a que FIFA y UEFA tienen el 100% de la cuota de mercado en cuanto a la organización de competiciones internacionales de fútbol, ostentando por tanto una situación de monopolio».

⁶⁸ «In effetti, una quota di mercato particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene per un certo periodo, dato il volume di produzione e di offerta che essa rappresenta – senza che i detentori di quote notevolmente inferiori siano in grado di soddisfare rapidamente la domanda che volesse orientarsi verso imprese diverse da quella che detiene la quota maggiore –, in una posizione di forza che la rende controparte obbligatoria e che, già solo per questo fatto, le garantisce, quanto meno per periodi relativamente lunghi, l'indipendenza di comportamento che caratterizza la posizione dominante»: Corte Giust., 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries c. Commissione*, punto 256. V. anche 23 maggio 1978, causa 102/77, *Hoffmann-La Roche*, punti 41, 60 e 66; Tribunale dell'Unione 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods c. Commissione*, punto 154.

⁶⁹ Tribunale dell'Unione, 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, punti 91 e 92. In *Tetrapak* (Tribunale dell'Unione 6 ottobre 1994, causa T-83/91) la quota era pari al 90%; in *AKZO c. Commissione* (3 luglio 1991, causa C-62/86, spec. punto 60) la quota ritenuta sufficiente a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante ammontava addirittura al 50 %.

⁷⁰ Difatti, la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante non implica di per sé

Quanto già detto a proposito della anti-competitività della condotta di FIFA e UEFA indirizza l'indagine anche con riferimento all'esame di compatibilità di tali comportamenti alla luce dell'art. 102 TFUE. Difatti, sebbene non sia espressamente specificato in tale disposizione, è pacifico che una restrizione ex art. 101 TFUE rappresenti un elemento rilevante anche per valutare se il comportamento di una singola impresa rientri nell'ambito di applicazione del divieto di abuso di posizione dominante⁷¹.

Giova sinteticamente ricordare che la nozione di sfruttamento abusivo ex art. 102 TFUE comprende il comportamento di un'impresa in posizione dominante che, attraverso l'utilizzo di «sistemi diversi da quelli propri di una normale politica concorrenziale fondata sul merito»⁷², è atto ad influire sulla struttura di un mercato in maniera tale da impedire il mantenimento del livello di concorrenza ancora presente sul mercato o da ostacolarne lo sviluppo⁷³. Nel caso di specie, il sistema di autorizzazione preventiva, così come prefigurato negli Statuti FIFA e UEFA, rappresenta un vincolo amministrativo che funge da barriera strategica all'entrata nel mercato e facilita il consolidamento della posizione dominante delle due entità⁷⁴. In particolare, le due federazioni utilizzano il potere regolamentare riservato alle stesse per impedire l'accesso al mercato a nuovi concorrenti e conservare il monopolio sull'organizzazione delle competizioni sportive e sulla gestione dei ritorni economici derivanti da tali competizioni⁷⁵.

Tali conclusioni trovano conforto nella giurisprudenza della Corte e, in particolare, in un caso analogo che pure aveva ad oggetto il rapporto tra sport e concorrenza. Nel caso *MOTOE*, alla Corte era stato chiesto se la circostanza che l'ELPA, il club automobilistico ed escursionistico greco, organizzasse e commercializzasse gare motociclistiche e allo stesso tempo avesse il potere di emanare un parere obbligatorio su domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare da parte di altri concorrenti potesse contrastare con le norme sulla concorrenza⁷⁶. Il giudice dell'Unione non ha sindacato la natura *per se* di un siffatto doppio cappello, bensì che l'art. 49 del Codice della strada greco riconoscesse all'ELPA tale potere autorizzativo senza fissare limiti, obblighi o controlli all'esercizio dello stesso, con il rischio che l'emissione del parere conforme potesse essere garantita solo alle gare da essa organizzate, falsando così la concorrenza⁷⁷.

alcun addebito nei confronti dell'impresa in questione, ma indica solamente che questa «è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune», indipendentemente dalle ragioni che giustificano tale posizione: Corte Giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, punto 57. Tali ragioni potrebbero essere più che legittime: per ipotesi, si pensi ad un mercato nel quale nessun'altra impresa, al di fuori di quella in posizione dominante, abbia interesse ad accedere.

⁷¹ In questo senso, v. le conclusioni dell'avvocato generale Wahl, del 20 ottobre 2016, alla causa C-413/14 P, *Intel c. Commissione*, punti 43 e 80-82. In dottrina, A. BOZZA-E. MARASÀ, *op. cit.*, p. 64.

⁷² G. TESAURO, *op. cit.*, p. 234.

⁷³ V. Corte Giust., ordinanza 28 settembre 2006, causa C-552/03 P, *Unilever Bestfoods*, punto 129.

⁷⁴ Cfr. Corte Giust., 20 marzo 1985, 41/83, *Italia/Commissione* (British Telecom), punto 19.

⁷⁵ In questo senso, cfr. Corte Giust., 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione* (Terminali di telecomunicazione), punto 51; 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *GB-Inno-BM*, punto 25; il punto 51 della sentenza *MOTOE*, sopra citata.

⁷⁶ Sopra citato.

⁷⁷ *Ibidem*, punto 52.

Peraltro, neppure è necessario concentrarsi oltremisura sulla circostanza che le condotte assunte dalle due federazioni rappresentino un pregiudizio al commercio tra Stati membri, giacché è indubbio che la portata di tale nozione sia identica in rapporto tanto all'art. 101 TFUE quanto all'art. 102 TFUE. Anzi, la Corte ha precisato che, in caso di sfruttamento abusivo della posizione dominante, risulta irrilevante accertare «se l'abuso tenda a soffocare il commercio intracomunitario oppure le esportazioni del concorrente; ciò che conta è il fatto che la sparizione dell'impresa rivale modificherà i rapporti di concorrenza entro il mercato comune»⁷⁸.

3.3.3. Il regime di eccezioni all'art. 102 TFUE

Merita invece maggiori riflessioni il regime di eccezioni applicabile al divieto di cui all'art. 102 TFUE. Quantunque in dottrina sia stato messo in luce come l'accertamento di un'esenzione a favore di un'intesa anti-competitiva sia sostanzialmente lo stesso di una posizione dominante abusiva⁷⁹, una valutazione specifica alla luce dell'art. 102 TFUE va comunque condotta, avendo la Corte affermato che il riconoscimento di un'esenzione ex art. 101 TFUE non impedisce il riconoscimento di un abuso di posizione dominante⁸⁰.

A differenza di quanto disposto dal par. 3 dell'art. 101 TFUE, nessuna esenzione è espressamente prevista nel dettato dell'art. 102 TFUE. Nondimeno, la giurisprudenza ha chiarito che è possibile per un'impresa che detiene una posizione dominante "giustificarne" lo sfruttamento abusivo dimostrando che la propria condotta è obiettivamente necessaria⁸¹ o che l'effetto preclusivo che ne deriva è controbilanciato da vantaggi in termini di efficienza a beneficio del mercato in generale, nonché del consumatore⁸².

Tale accertamento sembra condurre, anche in questa ipotesi, verso una risposta negativa. Per quanto concerne la *objective justification*, si è già descritto come la condotta di FIFA e UEFA non sia fondata su obiettivi legittimi. In relazione all'*efficiency defence*, invece, la Commissione ha individuato quattro condizioni cumulative da soddisfare affinché un'impresa dominante possa giustificare la propria posizione anti-competitiva sulla base di efficienze⁸³. In par-

⁷⁸ Corte Giust., 6 marzo 1974, cause riunite 6/63 e 7/63, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, punto 33.

⁷⁹ Cfr. P. IBÁÑEZ COLOMO, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 17, 2, 2021, spec. p. 326 ss.

⁸⁰ Corte Giust., 6 aprile 1995, causa C-310/93 P, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, punto 11; 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports e a.*, punti 130 e 131: «[...] l'applicabilità dell'art. 85 del Trattato [oggi, art. 101 TFUE] ad un accordo non pregiudica l'applicabilità dell'art. 86 del Trattato [oggi, art. 102 TFUE] ai comportamenti delle parti di questo stesso accordo, purché ricorrano le condizioni di applicazione di ciascuna c. disposizione. Più specificamente, la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, non pregiudica l'applicazione dell'art. 86 del Trattato. Il fatto che operatori soggetti ad una concorrenza effettiva si vedano autorizzata una pratica non implica che l'adozione della stessa pratica da parte di un'impresa in posizione dominante non possa mai costituire un abuso di tale posizione».

⁸¹ Corte Giust., 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *CBEM c. CLT e IPB*, punti 26 e 27.

⁸² In tal senso, v. Corte Giust., 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, punto 184; 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM*, punto 27; 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *RTE e ITP c. Commissione*, punti 54 e 55; 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways c. Commissione*, punto 86; 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Telia-Sonera Sverige*, punti 31, 75 e 76.

⁸³ Comunicazione della Commissione, del 5 dicembre 2008, Orientamenti sulle priorità della

ticolare, la Commissione ha precisato che la rivalità tra imprese è uno stimolo essenziale di efficienze economiche, ragion per cui nessuna esenzione può essere ammessa in ogni caso se la condotta dell'impresa in posizione dominante «sopprime la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse»⁸⁴. Senza ripetere quanto già detto, va sottolineato che il sistema autorizzativo descritto negli Statuti FIFA e UEFA ha l'effetto di precludere *ogni* forma di competitività nel mercato delle competizioni calcistiche europee. Dalle reazioni immediatamente successive all'annuncio della Superlega si evince che il disappunto manifestato da FIFA e UEFA non concerne le modalità specifiche in cui è stata immaginata la Superlega, ma evidenzia una contrarietà in via assoluta a qualunque progetto alternativo alle proprie competizioni.

4. Alcune considerazioni conclusive: la violazione delle quattro libertà fondamentali; la (il)legittimità della Superlega; la valenza dello sport negli ordinamenti giuridici

Quanto detto sinora spinge a concludere nel senso che il regime di autorizzazione preventiva della FIFA e della UEFA solleva forti dubbi di incompatibilità con gli artt. 101 e 102 TFUE nella misura in cui il potere regolatorio riconosciuto alle due federazioni è esercitato in maniera arbitraria, impone restrizioni sproporzionate agli obiettivi prefissati e ha il solo scopo di riservare a sé stessa il monopolio sull'organizzazione degli eventi sportivi calcistici. Gli Statuti della FIFA e della UEFA implicano l'esistenza di una decisione di associazione di imprese e di una posizione dominante abusiva volte a coordinare e condizionare l'organizzazione delle competizioni calcistiche internazionali a livello europeo nonché la commercializzazione dei relativi diritti economici. Per vero, dal momento che tali manifestazioni possono essere organizzate all'interno dell'Unione Europea solo con l'autorizzazione della FIFA e della UEFA, il mancato riconoscimento dell'autorizzazione a terzi concorrenti e l'applicazione delle relative sanzioni in caso di inosservanza del divieto costituiscono una barriera insormontabile all'ingresso di quest'ultimi nel mercato rilevante in oggetto.

Sebbene non rientri nell'economia del presente lavoro, che si concentra sui

Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, COM/2008/0832 def., punto 29: «– le efficienze sono state (o è probabile che siano state) realizzate in conseguenza del comportamento. Si può trattare, ad esempio, di miglioramenti tecnici della qualità dei beni o di una riduzione dei costi di produzione o di distribuzione; il comportamento è indispensabile per la realizzazione di tali efficienze: devono esistere alternative altrettanto anticompetitive al comportamento che siano in grado di produrre le stesse efficienze;– le probabili efficienze determinate dal comportamento in questione superano probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nei mercati interessati; – il comportamento non sopprime la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse».

⁸⁴ *Ivi*, punto 29: «In sua assenza l'impresa dominante non avrà incentivi adeguati per continuare a creare e trasferire gli incrementi di efficienza. Quando non vi è una concorrenza residua né alcuna minaccia prevedibile di ingresso sul mercato, la protezione dalla rivalità e dal processo competitivo supera gli eventuali incrementi di efficienza. Secondo la Commissione, un comportamento di esclusione che mantenga, crei o rafforzi una posizione di mercato che si avvicina a quella di monopolio non può di norma essere giustificato per il fatto che crea anche incrementi di efficienza».

rapporti tra lo sport e le regole *antitrust*, non è escluso che le condotte precedentemente descritte violino anche altre norme del diritto dell'Unione e, in particolare, quelle concernenti le quattro libertà fondamentali. Alcune perplessità sorgono con specifico riferimento alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione di servizi. Impedendo ai calciatori dei club partecipanti alla Superlega di poter fornire le proprie prestazioni in altre competizioni e alla società rappresentante la Superlega di fornire i servizi per i quali è stata creata, gli Statuti FIFA e UEFA potrebbero essere dichiarati in contrasto anche, rispettivamente, con l'art. 45⁸⁵ e l'art. 56 TFUE⁸⁶.

Quel che è certo è che un'eventuale pronuncia della Corte che accerti uno dei profili di illegittimità sopra descritti a proposito delle condotte di FIFA e UEFA creerebbe una nuova fase di assestamento sia nella regolazione del fenomeno calcistico, sia nel mercato dell'organizzazione dei relativi eventi, paragonabile solo a quanto fu allora per la sentenza *Bosman*⁸⁷.

Tale eventualità non esaurisce la questione, dal momento che essa risolve soltanto in via di principio la possibilità che altri concorrenti entrino nel mercato dell'organizzazione degli eventi calcistici internazionali a livello europeo e ne commercializzino i relativi diritti.

Invero, spetta comunque al giudice interno spagnolo – o ad un'autorità della concorrenza – stabilire se la Superlega, nella sua attuale conformazione, sia effettivamente legittima⁸⁸.

Ad esempio, il progetto in questione potrebbe essere a sua volta incompatibile con le stesse norme antitrust. Trattasi, questa, di un'operazione difficilmente replicabile in via astratta, data la mancata divulgazione di alcuni elementi di fondamentale importanza, disponibili solo al giudice e alle parti in causa e la cui conoscenza risulta essenziale per un simile accertamento: si pensi, su tutto, alle clausole inserite nel contratto di partenza⁸⁹.

Oltre a ciò, pare ragionevole ritenere che il progetto *Super League* prospetti taluni punti di frizione anche con altri profili del diritto dell'Unione.

Il riferimento è, in particolare, al dettato del par. 2 dell'art. 165 TFUE che sottolinea come l'azione dell'Unione sia intesa a sviluppare «l'apertura nelle competizioni sportive». E, dal momento che l'apertura in termini di mercato dell'organizzazione degli eventi sportivi è già garantita nel Trattato dalle relative norme sulla concorrenza, tale disposizione dovrebbe essere interpretata nel senso di assicurare una totale accessibilità alle competizioni sportive in-

⁸⁵ Corte Giust., 26 gennaio 1999, causa C-18/95, *Terhoeve*, punto 36; 28 febbraio 2013, causa C-544/11, *Petersen*; 7 marzo 2013, causa C-127/11, *van den Booren*; 14 marzo 2019, causa C-174/18, *Jacob e Lennertz*, punto 21; ordinanza 5 settembre 2019, causa C-801/18, *EU*, punto 32.

⁸⁶ Su tutte, v. Corte Giust., 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *van Binsbergen*.

⁸⁷ «The *Bosman* ruling was a turning point for sport»: R. PARRISH, *Sports law and policy in the European Union*, Manchester University Press, Manchester, 2003, p. 207.

⁸⁸ Per una disamina più approfondita sulle ricadute economiche del progetto, v. M. DI DOMIZIO, R. CARUSO, *Analisi economica e prospettive del progetto «Super League»*, in *Riv. dir. ec. sport*, vol. XVII, 1, p. 85 ss. Sulla qualificazione giuridica della Superlega, A. CINQUE, *Il caso della «Superlega»*. Note a prima lettura, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2021, p. 60 ss.

⁸⁹ Un'analisi del genere è comunque rintracciabile in J. MELIÉZER, *The European Super League, Super Anti-Competitive? Whether European Competition law should prohibit the new closed football league*, Amsterdam, 2019. L'autore conclude affermando che «This is a restriction by object, as the Founders do not give clear criteria for participating in the league and favour themselves heavenly with the rules that apply. It is concluded that the way the Super League is organized is a restriction of competition by object under 101 TFEU» (p. 36).

ternazionali da parte di tutti i club interessati. Accessibilità che il progetto Superlega, al momento, non pare garantire, trattandosi di una competizione chiusa e numericamente ridotta.

Tali dubbi trovano conforto nelle intenzioni dei club fondatori che hanno dichiarato di voler modificare il progetto iniziale, coinvolgendo un numero di club nettamente superiore e rivedendo il sistema di accesso alla Superlega⁹⁰.

Riflessioni di carattere più generale spingono invece a soffermarsi sulla valenza dello sport nell'ordinamento dell'Unione e in quelli nazionali⁹¹.

Lo sport sembra soffrire quanto nessun'altra attività della fluidità dei confini tra diritto pubblico e diritto privato. Il ruolo sociale dello sport si trova necessariamente a fare i conti con la dimensione economica dello stesso, oramai affermatasi da qualche decennio (si pensi, su tutti, alla commercializzazione dei diritti televisivi). In questo contesto, è opportuno chiedersi quale sia realmente la valenza del principio "uno sport, una federazione" e se questo costituisca una regola giuridica vincolante⁹² o un limite meramente imposto dal senso comune, fondato sull'idea che campione di una competizione possa essere solo e soltanto un singolo soggetto.

Dal numero di interventi registrati nell'ambito della domanda pregiudiziale – circa quindici – sembra evincersi un certo interesse degli Stati membri sulla questione⁹³. In particolare, gli Stati sembrerebbero intenzionati ad appoggiare FIFA e UEFA, rivendicando l'esistenza di un modello di sport europeo "verticale"⁹⁴, incompatibile con leghe sportive chiuse e "orizzontali" – di tradizione americana – alle quali pare ispirarsi la Superlega⁹⁵.

⁹⁰ V. il comunicato stampa dei tre club "superstiti" dell'8 maggio 2021, sopra citato: «iv) Siamo totalmente consapevoli della diversità di reazioni all'iniziativa della Super League e, conseguentemente, della necessità di riflettere sulle ragioni di alcune di esse. Siamo pronti a riconsiderare l'approccio proposto, per quanto necessario. Come riportato dal settimanale tedesco Der Spiegel, il nuovo format prevederebbe un sistema di promozioni e retrocessioni tra una Superlega A e una Superlega B (*So planen die Super-League-Klubs ihren nächsten Angriff auf die Uefa*, 27 agosto 2021, disponibile in [spiegel.de](https://www.spiegel.de), n. 35/2021).

⁹¹ *Amplius*, v. S. BASTIANON (a cura di), *L'Europa e lo Sport. Profili giuridici, economici e sociali. Vent'anni della sentenza Bosman 1995-2015*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁹² In questa direzione, v. la delibera dell'AGCM del 15 maggio 2008, n. 18285, *Federitalia c. Federazione Italiana Sport Equestri* (FISE), A378, dove si fa riferimento ad un «sistema imperniato sulla necessità – non eludibile, nell'ambito del sistema CONI-CIO – di un'unica federazione nazionale dello sport equestre che sia rappresentativa delle classifiche e delle graduatorie a livello nazionale ed internazionale» (par. VII – "La valutazione degli impegni").

⁹³ Pare appena il caso di richiamare alla memoria che l'art. 23 dello Statuto della Corte riconosce agli Stati membri la possibilità di presentare osservazioni scritte in qualunque procedura pregiudiziale pendente dinanzi alla Corte – a prescindere da uno specifico interesse alla risoluzione della singola controversia. In questo modo, gli Stati possono intervenire per supportare un'interpretazione del diritto dell'Unione che possa confermare indirettamente la compatibilità della normativa nazionale di riferimento. V. Corte Giust., 6 ottobre 2015, causa C-508/14, *T-Mobile Czech Republic e Vodafone Czech Republic*, punto 29; ordinanza 26 novembre 2020, causa C-318/20, *Colt Technology Services e a.*, punto 17.

⁹⁴ Modello che, allo stato, non pare potersi ancora riconoscere. Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo, del 23 novembre 2021, sulla politica dell'UE in materia di sport: valutazione e possibili vie da seguire, 2021/2058(INI) e, in particolare, il *considerando* g e i paragrafi 8 e 13, dove il Parlamento, ritenendo che «l'UE dovrebbe mirare a sviluppare ulteriormente la dimensione europea dello sport [...] chiede un modello sportivo europeo» e, a tal proposito, «sottolinea il ruolo della Conferenza sul futuro dell'Europa nelle discussioni sulla via da seguire nella politica dell'UE in materia di sport» (enfasi aggiunta).

⁹⁵ *EU countries line up to join legal fight against football Super League*, in politico.eu, 20 Ottobre 2021. Come indicato dal Dipartimento per le Politiche europee, per l'Italia interverranno una o più delle seguenti amministrazioni: Presidenza del Consiglio dei Ministri; Ministero dello Sviluppo economico; Ministero della Giustizia; AGCM.

Sotto quest'aspetto, deve farsi notare anzitutto che non necessariamente l'esistenza di più federazioni all'interno dello stesso sport mina l'integrità del sistema verticistico/unitario. Si prenda l'esempio del pugilato, dove la piramide è garantita contemporaneamente da diverse federazioni internazionali⁹⁶.

Inoltre, l'idea che il principio "uno sport, una federazione" e la struttura piramidale del calcio siano messi a rischio dalla Superlega pare rappresentare, nel caso di specie, un falso problema⁹⁷. Infatti, i club fondatori non intendono mettere in discussione il potere regolatorio di FIFA e UEFA, bensì il monopolio dell'organizzazione delle competizioni calcistiche e del relativo sfruttamento dei diritti.

Infine, si rammenta che già la stessa UEFA organizza più di una competizione internazionale – attualmente tre – ognuna delle quali permette ad un club di laurearsi campione contemporaneamente all'altro.

Neppure sembra concepibile sostenere che lo scenario descritto possa essere del tutto rivoluzionato se gli Stati membri prendessero in considerazione l'idea di regolare l'attività sportiva calcistica alla stregua di un servizio di interesse economico generale (SIEG). Secondo alcuni autori, sarebbe stato addirittura lo stesso giudice dell'Unione a lasciare aperta un'ipotesi simile⁹⁸. La tesi si fonda, da un lato, sul dettato dell'art. 106, par. 2, TFUE, il quale specifica che le imprese incaricate della gestione di SIEG sono sottoposte alle norme del Trattato, e in particolare alle regole della concorrenza, «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento»; dall'altro, sul protocollo (26) al TFUE, che riconosce «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale» degli Stati membri di fornire e organizzare tali servizi di interesse economico generale⁹⁹. In questo modo, la concessione di diritti esclusivi sull'organizzazione degli eventi calcistici alla UEFA e ai suoi

⁹⁶ Il World Boxing Council (WBC), la World Boxing Association (WBA), la International Boxing Federation (IBF) e la World Boxing Organization (WBO) sono le quattro "Major sanctioning bodies". Nel gergo della boxe, il campione indiscusso ("undisputed champion") è colui che ha raccolto tutte le cinture messe in palio dalle quattro Federazioni nella relativa categoria di peso. Anche lo "spirito olimpico" non sembra opporsi a questo scenario: si veda la regola 26.8.4 delle "Technical Rules" della World Athletics (la Federazione internazionale dell'atletica leggera) che ha permesso agli altisti Gianmarco Tamberi e Mutaz Essa Barshim di scegliere di evitare lo spargio e di assicurarsi entrambi la medaglia d'oro *ex aequo* ("Can we have two golds?" – Barshim, Tamberi share high jump win, in *reuters.com*, 1st August 2021).

⁹⁷ È di questo avviso S. BASTIANON, *Some preliminary remarks on the Super League Affaire in the light of EU competition rules*, in *Riv. dir. ec. sport*, vol. XVII, 1, 2021, p. 29. In senso contrario, G.G. CARBONI, *L'ordinamento sportivo italiano nel diritto comparato*, in *federalismi.it*, 12, 2021, pp. 70 e 71: «La recente vicenda della c.d. Superlega del calcio europeo, nella quale 15 clubs di diversi paesi hanno manifestato l'intenzione di dar vita a un circuito di gare sottratto al controllo della UEFA e della FIFA, ha rivelato che l'autonomia dello sport come ordinamento distinto da quello statale presuppone la struttura piramidale e il carattere monopolista dello stesso. Se viene meno il monopolio da parte della struttura a piramide, i clubs si possono sottrarre alle regole, alle competizioni e al sistema di giustizia "interno"».

⁹⁸ A. BOZZA-E. MARASÀ, *op. cit.*, p. 70: «The General Court in *ISU* seems to possibly justify application of Article 106 TFEU (which concerns the direct or indirect assignment of special or exclusive rights by Member States to public or private undertakings) to sports federations authorized by the IOC to govern one specific sport, despite this provision should only apply in connection with State measures and regulatory tasks. In this regard, it may be argued that the sport sector might, with respect to certain functions, justify a specific, differentiated treatment because of the essential regulatory tasks vertically assigned, generally on an exclusive basis, by the International Olympic Committee (IOC) to authorized sport organizations and bodies (as e.g., FIFA, UEFA, and the affiliated national federations and associations) under the "One Sport, One Federation" principle».

⁹⁹ Art. 1.

associati sarebbe giustificata sulla base di esigenze di natura sociale o per motivi di interesse pubblico.

Le obiezioni da sollevare sono però numerose.

Nonostante l'importanza universalmente riconosciuta al fenomeno calcistico, sembra difficile giustificare che soltanto il gioco del calcio, e non già ogni attività sportiva, necessiterebbe di essere considerato un servizio di interesse economico generale.

Anzi, i SIEG rappresentano prevalentemente servizi universali che, in ragione della particolare struttura del mercato, sono sottoposti ad obblighi di servizio pubblico – debitamente compensati – perché altrimenti genererebbero fallimenti del mercato¹⁰⁰. Ad onor del vero, nel caso dell'organizzazione delle competizioni calcistiche internazionali, non è dato scorgere fallimenti di questo tipo. Anzi, la controversia in oggetto nasce proprio dalla volontà di un'impresa terza di organizzare nuove competizioni calcistiche, aumentando il grado di concorrenza nel mercato di riferimento.

In questa ipotesi, gli Stati dovrebbero comunque dimostrare, in linea con una consolidata giurisprudenza della Corte, che le imprese soggette all'art. 106, par. 2, TFUE – nella fattispecie, le federazioni – invocano tale disposizione per giustificare misure contrarie alle norme sulla concorrenza nella misura in cui «le restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza, [sono] necessarie per garantire l'adempimento degli specifici compiti loro affidati»¹⁰¹.

Sia consentita una chiosa finale. A prescindere da come la vicenda andrà concretamente a concludersi, la convinzione è che sia il mercato a dover decidere se il progetto Superlega debba divenire realtà o naufragare prima ancora di partire. E pare averlo già fatto¹⁰².

¹⁰⁰ In dottrina, v. per tutti D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. p. 633.

¹⁰¹ Corte Giust., 25 giugno 1998, causa C-203/96, *Dusseldorp e a.*, punto 65; 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, punto 14; 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo*, punto 46.

¹⁰² *The week English football fans bit back against the billionaire owners*, in *theguardian.com*, 24 April 2021.