

RIVISTA DELLA

Regolazione dei **mercati**

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 2 | 2022

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

Direttori

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

Comitato direttivo

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

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno, C. Barbati,
L.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. Scalfani,
M. Sica, M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

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

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

Editoriale

Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo

di Edoardo Chiti

468

SAGGI

Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon: nulla di nuovo sotto il sole?

di Federico Ghezzi e Maria Teresa Maggolino

478

L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM. Fattispecie, rapporto con il private enforcement e prospettive applicative

di Vittorio Minervini

516

Diritti fondamentali dell'incolpato e tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia

di Nicoletta Vettori

568

COMMENTI

Regolazione soft dei mercati e qualità delle regole

di Maria Bianca Armiento

595

Le modifiche alla Costituzione in tema di tutela all'ambiente e alla salute e i limiti alla libertà di iniziativa economica

di Lorenzo Delli Priscoli

625

Turismo extra-alberghiero e locazioni brevi ai tempi della sharing economy: la risposta del diritto amministrativo

di Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone

651

Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta

di Marco Lonardi

669

Il silenzio dell'amministrazione tra mercato e persona

di Barbara Mameli

691

Misurare la sostenibilità: note introduttive e inquadramento del problema. Il ruolo del rating ESG

di Sara Michielin

708



EDITORIALE

Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel *Green Deal* europeo

Beyond Market Regulation: Ecosystems' Sustainability and its Relevance in the European Green Deal

di **Edoardo Chiti***

SOMMARIO: 1. Il quinto elemento: la tutela della biodiversità. – 2. Un tassello essenziale della strategia per la neutralità climatica. – 3. Il perno della revisione della costituzione economica europea? – 4. La ridefinizione della costruzione giuridica della sostenibilità. – 5. Il ruolo della scienza giuridica.

1. Il quinto elemento: la tutela della biodiversità

La strategia europea per la neutralità climatica coinvolge e incrocia una grande varietà di politiche pubbliche e discipline, come dimostra plasticamente la rappresentazione grafica che del *Green Deal* ha dato la Commissione sin dalla sua comunicazione del dicembre 2019¹.

In questa costruzione complessiva, un ruolo peculiare è svolto dall'azione a tutela della biodiversità. Non si tratta di una componente che cattura immediatamente l'attenzione degli osservatori: resta in ombra, quasi nascosta, rispetto alle quattro principali (e più studiate) linee direttrici del progetto di riforma economica e sociale che la strategia europea per la neutralità climatica porta con sé, che comprendono, secondo la puntuale analisi svolta da Eugenio Bruti Liberati in questa *Rivista*², l'avvio di una nuova politica industriale, la prevalenza dell'interesse alla decarbonizzazione, la circolarità dell'economia e la sostenibilità sociale della transizione. Eppure, essa rappresenta un intervento potenzialmente assai rilevante. Ciò per tre ragioni principali: perché è un tassello irrinunciabile, sul piano funzionale, del complesso insieme di strumenti e di leve che l'Unione deve utilizzare per raggiungere gli ambiziosi obiettivi che si è prefissata nella sua azione di contrasto al cambiamento climatico; perché è il perno intorno al quale può ruotare il ripensamento della costituzione economica europea avviato dal *Green Deal*; e perché apre la strada a una revisione

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Scuola Superiore Sant'Anna.

¹ COM (2019) 640; la figura che rappresenta le connessioni tra le diverse politiche e discipline dell'Unione è a p. 3.

² E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in questa *Rivista*, 2022, p. 3 ss.

della costruzione giuridica della sostenibilità nell'ordinamento dell'Unione europea.

2. Un tassello essenziale della strategia per la neutralità climatica

L'azione europea a tutela della biodiversità non è un'invenzione del *Green Deal*. Al contrario, ha radici consolidate, che risalgono ai primi anni Novanta del secolo scorso, ed ha avuto modo di svilupparsi gradualmente per circa due decenni, attraverso aggiustamenti progressivi che ne hanno man mano affinato finalità e strumenti. Sarebbe un errore, però, pensare che il progetto del *Green Deal* europeo si sia limitato a ribadire la *ratio* e le linee di fondo. Pur ponendosi in linea di continuità con le discipline esistenti, infatti, ha fissato con chiarezza l'obiettivo complessivo al quale la tutela della biodiversità deve tendere nel contesto di una strategia orientata al raggiungimento della neutralità climatica. L'obiettivo è quello della sostenibilità degli ecosistemi, dapprima presentato come specifico obiettivo di *policy*, quindi tradotto in una serie di proposte regolatorie.

Di tale finalità è importante mettere a fuoco i contenuti strettamente ecologici. Nella prospettiva che emerge tanto dai *policy documents* quanto dalle proposte normative della Commissione, la sostenibilità degli ecosistemi coincide con la loro resilienza e integrità. Il concetto di resilienza, espressamente richiamato in varie proposte, come quella di revisione del Regolamento LULUCF, che rientra nel pacchetto di misure «Pronti per il 55%»³, viene inteso in un senso funzionale. Tra le varie possibili accezioni della nozione ecologica di resilienza, la Commissione utilizza quello che può essere riassunto nella formula *resilience of ecosystem functions* o *functional resilience*⁴. Un sistema è resiliente quando ha la capacità di fornire in modo continuativo, in ragione delle proprie buone condizioni di salute, alcuni servizi e prodotti: la capacità di stoccare e sequestrare il carbonio, anzitutto, ma anche servizi e prodotti ulteriori come la produzione di alimenti e biomassa, la purificazione di acqua e aria, la protezione da inondazioni, desertificazione e altre conseguenze dei cambiamenti climatici⁵. Intesa in questo senso, la resilienza degli ecosistemi presuppone la loro integrità, ovvero quella situazione nella quale gli elementi e i processi costitutivi di un ecosistema sono intatti e ben funzionanti. La sostenibilità degli ecosistemi, in altri termini, si fonda sul nesso «resilienza – integrità ecologica». È questo nesso – scontato nella riflessione ecologica, ma ormai presente anche in quella giuridica più sensibile alle ragioni della biodiversità – a definire l'obiettivo della sostenibilità nei principali documenti di *policy* in materia di biodiversità presentati nel quadro del *Green Deal*, ovvero la Strategia dell'Unione sulla biodiversità per il 2030⁶, la Nuova strategia per le foreste per

³ COM (2021) 550.

⁴ Per una sintesi della discussione in corso nella scienza ecologica, si veda, ad esempio, P. CAPDEVILA *et al.*, *Reconciling resilience across ecological systems, species and subdisciplines*, in *Journal of Ecology*, 2021, p. 3102 ss.; sulla nozione di resilienza funzionale, T.H. OLIVER *et al.*, *Biodiversity and Resilience of Ecosystem Functions*, in *Trends in Ecology and Evolution*, 2015, p. 673 ss.

⁵ COM (2021) 554, pp. 3, 7 e 56.

⁶ COM (2020) 380. Per un esame della Strategia, M. BISCOSI, *Two Parallel Discourses and a*

il 2030⁷ e la Strategia per il suolo per il 2030⁸. Ed è questo stesso nesso che troviamo nelle proposte normative attraverso le quali si viene realizzando il processo di *juridification* della sostenibilità degli ecosistemi, esemplificate dalle proposte di revisione del Regolamento LULUCF, di ripristino della natura⁹ e di contrasto alla deforestazione e al degrado forestale¹⁰.

In questa veste, la sostenibilità degli ecosistemi è un elemento essenziale della strategia complessiva attraverso la quale l'Unione vuole raggiungere la neutralità climatica. Il nesso è esplicitato dalla stessa Commissione in ciascuna delle tre strategie ecologiche sopra richiamate: nella Strategia sulla biodiversità, ad esempio, si osserva che la natura è un «alleato vitale nella lotta ai cambiamenti climatici» e che le «soluzioni basate su di essa – come la protezione e il ripristino delle zone umide, delle torbiere e degli ecosistemi costieri, o la gestione sostenibile di zone marine, foreste, pascoli e terreni agricoli – saranno determinanti per la riduzione delle emissioni e l'adattamento ai cambiamenti climatici»¹¹. Il collegamento tra la sostenibilità degli ecosistemi e l'attesa decarbonizzazione, poi, è confermato dalla «Normativa europea sul clima»¹². In essa, il legislatore scolpisce la doppia strategia che dovrebbe condurre alla neutralità climatica, prevedendo due misure distinte e complementari: da un lato, quelle orientate alla riduzione irreversibile e graduale delle emissioni di gas a effetto serra, che presuppongono tecnologie innovative di *carbon capture and storage*; dall'altro, quelle volte all'aumento degli assorbimenti, che richiedono la protezione e il rafforzamento dei pozzi naturali di assorbimento del carbonio, ovvero di foreste, suoli, oceani. I pozzi naturali, oltre a fornire servizi ecosistemici fondamentali per la vita, la salute e il benessere dell'uomo, svolgono un ruolo centrale nel processo di transizione ecologica dell'Unione. In questo quadro, la tutela della sostenibilità degli ecosistemi è funzionale al secondo ordine di interventi, giacché ci si aspetta che il ripristino degli ecosistemi contribuisca, come espressamente indicato dal legislatore europeo, «a mantenere, gestire e migliorare i pozzi naturali e a promuovere la biodiversità, contrastando nel contempo i cambiamenti climatici»¹³.

La sostenibilità degli ecosistemi, naturalmente, non è l'unico elemento della strategia che l'Unione viene sviluppando per la neutralità climatica. Nell'Editoriale richiamato in apertura, Eugenio Bruti Liberati ha portato l'attenzione su quattro aspetti fondamentali di tale strategia, relativi, rispettivamente, alla nuova politica industriale, alla prevalenza dell'interesse alla decarbonizzazione, all'economia circolare e alla sostenibilità della transizione sociale, mostrando la logica che tiene insieme tali elementi e il tentativo della Commissione, sostanzialmente condivisibile, di conciliare decarbonizzazione e crescita, politica

New Path for Policy-Making: The Biodiversity Strategy for 2030, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2021, p. 44 ss.

⁷ COM (2021) 572.

⁸ COM (2021) 699.

⁹ COM (2022) 304.

¹⁰ COM (2021) 706.

¹¹ COM (2020) 380, p. 2.

¹² Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 2021/1119, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 (Normativa europea sul clima), in GUUE 2021 L243, art. 1.

¹³ *Ibidem*, considerando n. 23; si vedano, inoltre, i considerando n. 3 e n. 8.

industriale e mercato¹⁴. Si può ora aggiungere che la finalità della neutralità climatica è definita, nel *Green Deal*, in modo particolarmente ambizioso. Nella specifica accezione utilizzata dall'art. 2 della Legge europea sul clima, che si riferisce all'equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti di tutta l'Unione dei gas a effetto serra, la «neutralità climatica» è un obiettivo più ambizioso tanto della «decarbonizzazione», che può essere intesa come il processo di riduzione del rapporto carbonio-idrogeno nelle fonti energetiche, quanto della «neutralità carbonica», che consiste nel raggiungimento di un equilibrio tra le emissioni e l'assorbimento di carbonio. Rispetto a questo obiettivo, la strategia europea non può che mettere in campo una varietà di leve e di strumenti tra loro complementari: un insieme di politiche pubbliche, anzitutto, accompagnate da una regolazione pubblica volta a sostenerne gli effetti e a dare stabilità e certezza ai regolati; una costante ricerca in funzione dell'innovazione tecnologica, sostenuta da imprese che investano sulla ricerca e sullo sviluppo e da una corrispondente domanda da parte dei consumatori; un ruolo centrale della scienza, chiamata a validare e sostenere sia i processi di innovazione che le politiche e le regolazioni pubbliche; e un forte collegamento con le collettività e con la complessiva società europea, da strutturare in una pluralità di canali diversi.

È questo l'insieme di strumenti che emerge tanto dalla costruzione della Legge europea sul clima quanto dalle iniziative che la Commissione è venuta sviluppando nel corso dell'ultimo triennio. Ed è in questo quadro, allo stesso tempo ambizioso e complesso, che si inserisce la sostenibilità degli ecosistemi. Ciò pone, peraltro, una serie di questioni complesse, destinate a impegnare nel prossimo futuro le istituzioni politiche dell'Unione e la stessa scienza giuridica: come integrare questo obiettivo nelle varie politiche e discipline settoriali, a partire da quelle relative all'agricoltura e all'energia? Quale autonomia rilevanza assegnargli? E in quale modo utilizzarlo in modo complementare agli altri strumenti attivabili dalla Commissione in una strategia realistica di raggiungimento della neutralità climatica?

3. Il perno della revisione della costituzione economica europea?

La tutela della biodiversità non è solo un tassello irrinunciabile degli strumenti che l'Unione deve utilizzare per raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica, ma anche l'elemento intorno al quale può ruotare il ripensamento della costituzione economica che l'Unione ha sviluppato e consolidato negli ultimi tre decenni¹⁵.

Per non perdere il senso della prospettiva, occorre osservare come il progetto complessivo del *Green Deal* faccia compiere alcune torsioni significative alle principali componenti della costituzione economica europea¹⁶. Esso arric-

¹⁴ E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, cit., p. 11.

¹⁵ Sui significati dell'espressione «costituzione economica», si veda *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, VI ed., Laterza, Bari-Roma, 2021, p. 3 ss.

¹⁶ Per una discussione più distesa di quanto non sia possibile qui, sia consentito il rinvio a E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 19 ss., p. 28 ss. Si vedano, inoltre, E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governan-*

chisce, per cominciare, le finalità tradizionali delle discipline pro-concorrenziali: nel ribadire e rilanciare uno sviluppo avviato sin dalla fine degli anni Novanta¹⁷, il *Green Deal* offre una giustificazione generale per l'integrazione in tali discipline di obiettivi alternativi alla concorrenza, ed in particolare delle finalità di tutela ambientale, come dimostra, ad esempio, la nuova attenzione dedicata agli appalti circolari¹⁸. Ridefinisce, in secondo luogo, gli obiettivi della regolazione economica: sin qui costruita come un insieme di interventi volti a costruire un mercato concorrenziale e attuati da autorità amministrative chiamate a esercitare poteri non discrezionali, la regolazione economica viene ora modificata in modi che prefigurano lo sviluppo di vere e proprie politiche pubbliche dell'Unione, incentrate sul bilanciamento tra interessi pubblici da parte di istituzioni politiche e amministrative. Il *Green Deal* modifica anche una terza componente della costituzione economica europea, quella della regolazione sociale, rendendo meno netta la distanza tra la tradizionale cura di interessi sociali nel contesto del mercato e le finalità tipiche delle politiche sociali: è il caso, ad esempio, della Strategia «Dal produttore al consumatore»¹⁹, che rafforza la rilevanza della sicurezza alimentare intesa nel senso specifico dell'accessibilità (*affordability*) e della *food security*, secondo una *ratio* che si avvicina a quella di liberazione di tutti dal bisogno che è propria del *welfare state*. Infine, il *Green Deal* incide sulla politica industriale, di cui rafforza la rilevanza e ridefinisce i suoi obiettivi, nella prospettiva di un modello di crescita «circolare» e «rigenerativo», incentrato sulla necessità di dissociare la crescita economica dall'uso delle risorse²⁰.

Se l'influenza del *Green Deal* è articolata e profonda, tuttavia, è proprio dalla rinnovata attenzione alla tutela della biodiversità che la costituzione economica europea è maggiormente sollecitata. L'individuazione di un nuovo obiettivo di sostenibilità degli ecosistemi, infatti, non vale semplicemente ad arricchire e specificare la rappresentazione dell'ambiente che è propria delle normative dell'Unione, introducendo una visione ecosistemica più coerente con i concetti e le conoscenze della scienza ecologica. Piuttosto, mette in discussione l'assunto centrale della tutela ambientale nella costituzione economica europea così come essa si è evoluta a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, ovvero che la protezione dell'ambiente sia necessaria per correggere una esternalità negativa del mercato e rappresenti, dunque, un tipo di intervento qualificabile come regolazione sociale, al pari della tutela della sicurezza alimentare, dei prodotti cosmetici, dei giocattoli e della stessa tutela del consumatore.

ce, in *Diritto pubblico*, 2021, p. 415 ss.; e A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto ambientale*, 2020, p. 32 ss.

¹⁷ M. DOLMANS, *Sustainable Competition Policy*, in *Competition Law and Policy Debate*, 2020, p. 4 ss.; e O. BROOK, *Struggling With Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, and Five Competition Authorities*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 121 ss.

¹⁸ *Sustainability through public procurement: The way forward – reform proposals*, a cura di M. ANDHOV-R. CARANTA, SMART Project Report, 2020, disponibile alla pagina die-gdi.de/uploads/media/Sustainability_through_public_procurement_the_way_forward_Reform_Proposals.pdf, e K. POUIKLI, *Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal: reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool*, in *ERA Forum*, 2021, p. 699 ss.

¹⁹ COM (2020) 381.

²⁰ La centralità di una rafforzata politica industriale dell'Unione è confermata dal pacchetto di misure proposte con la Comunicazione «Pronti per il 55 %»: si veda, in particolare, COM (2021) 550.

Il punto essenziale è questo: nella veste in cui è costruita dalla Commissione, vale a dire come sostenibilità degli ecosistemi fondata sulla integrità di questi ultimi e sulla loro capacità di fornire correttamente i propri servizi, la nuova finalità individuata dalle strategie ecologiche del *Green Deal* non mira ad affrontare una esternalità del mercato, ma rappresenta un obiettivo autonomo rispetto al mercato stesso. Certo, la salute degli ecosistemi è strumentale alla salute e alla vita economica degli esseri umani, come più volte ribadito dalla Commissione nei propri documenti di *policy*. Ma non sono la crescita economica e il mercato a dover essere sostenibili, quanto, piuttosto, gli stessi ecosistemi. Alla tradizionale integrazione della tutela ambientale all'interno delle discipline e delle politiche proconcorrenziali dell'Unione, in altri termini, si affianca la protezione della integrità degli ecosistemi in quanto tali.

Di questo sviluppo occorre cogliere la carica fortemente innovatrice. È probabile che la Commissione sia stata mossa, nella individuazione del nuovo obiettivo della sostenibilità degli ecosistemi, da un approccio pragmatico, volto a garantire uno spazio, nella complessiva strategia per la neutralità climatica, alle misure funzionali all'aumento degli assorbimenti. Ed è certo che la sostenibilità degli ecosistemi possa essere in molti casi assicurata attraverso l'integrazione o il rafforzamento delle finalità di funzionalità dei servizi ecosistemici all'interno delle discipline attuali: non mancano, cioè, esempi di discipline, a partire da quella del settore agroalimentare e dell'energia, nelle quali il ripristino di ecosistemi in salute e capaci di fornire i propri servizi si può accompagnare al funzionamento del mercato, in linea con la logica di integrazione della tutela ambientale che ha guidato l'Unione a partire dalla fine degli anni Ottanta. Ma è altrettanto certo che esistono anche *hard cases*, nei quali l'obiettivo di tutela e ripristino di ecosistemi sostenibili può entrare in conflitto con le finalità del mercato, soprattutto quando è in gioco l'integrità di specifici ecosistemi, come le foreste o alcuni tipi di suolo. In questi casi, l'integrità degli ecosistemi rivela il suo nesso insuperabile con il concetto di «primazia ecologica»²¹. L'integrità ecologica, infatti, presuppone inevitabilmente che, nel caso di conflitto tra integrità degli ecosistemi ed esigenze sociali ed economiche, la prima prevalga sulle seconde, perché risponde a parametri che solo la scienza può individuare e ai quali non si può rinunciare senza compromettere la stessa integrità degli ecosistemi. Da questo punto di vista, il nuovo obiettivo riduce lo spazio del possibile bilanciamento tra interessi economici, ambientali e sociali, per riconoscere la prevalenza dei limiti ecologici sulle esigenze sociali ed economiche.

Il tempo dirà se tale conflitto rappresenta solo un'ipotesi astratta o una concreta possibilità, se non addirittura una situazione inevitabile. Le prime proposte legislative attraverso le quali la Commissione sta articolando l'obiettivo della sostenibilità degli ecosistemi sono chiaramente ispirate alle ragioni di un cauto gradualismo: è questo il caso, ad esempio, della revisione del Regolamento LULUCF, della proposta volta a contrastare la deforestazione e il degrado forestale, della proposta relativa al ripristino della natura, già menzionata. L'evoluzione in corso, in ogni caso, è ricca di implicazioni. La Commissione sta introducendo nel sistema giuridico dell'Unione una finalità e un criterio che è difficile riconciliare con l'attuale disegno costituzionale dell'Unione²², senza,

²¹ Su questo punto, nella letteratura giuridica di impronta ecologista, si veda in particolare C. SBERT, *The Lens of Ecological Law: A Look at Mining*, Elgar, Cheltenham, 2020, p. 78 ss.

²² La difficoltà di riconciliare il principio di *policy* del «non nuocere» con il quadro costituzio-

tuttavia, riconoscere apertamente i conflitti che si possono generare tra la nuova finalità e gli obiettivi e i principi consolidati della costituzione economica europea e senza chiarire come tali conflitti potrebbero essere risolti.

Da questo punto di vista, il *Green Deal* opera come una forza potenzialmente destabilizzante, invece che come un progetto regolatorio in grado di articolare e sviluppare il quadro costituzionale europeo. L'anticipazione e la gestione dei conflitti giuridici eventualmente generati dalla introduzione del nuovo obiettivo della sostenibilità degli ecosistemi è destinata a rappresentare, nel prossimo futuro, una delle principali sfide del *Green Deal*, la cui soluzione passa tanto da una reinterpretazione del quadro costituzionale dell'Unione quanto dalla capacità del legislatore di individuare, a trattati invariati, soluzioni regolatorie allo stesso tempo funzionali ed equilibrate.

4. La ridefinizione della costruzione giuridica della sostenibilità

La tutela della biodiversità promossa dal *Green Deal* è importante anche per un terzo e ultimo motivo: essa implica una revisione del modo in cui la sostenibilità è stata costruita giuridicamente nell'ordinamento europeo.

La storia è (relativamente) nota. Tra il 1993 e il 1999, le revisioni dei trattati europei hanno dapprima attribuito alla Comunità il compito di promuovere una «crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente», quindi impegnato l'Unione a raggiungere uno «sviluppo equilibrato e sostenibile, in particolare mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria». In questo modo, gli Stati membri hanno introdotto nell'ordinamento giuridico dell'Unione una specifica declinazione del concetto di sostenibilità, quella del *Brundtland Report* elaborato dalla *World Commission on Environment and Development* delle Nazioni Unite²³ e riassunta nella formula dello sviluppo sostenibile²⁴, calandola nel peculiare contesto del progetto di integrazione economica perseguito dall'Unione europea. Le modifiche dei trattati europei, in altri termini, hanno allo stesso tempo attuato e articolato su scala regionale la nozione di sostenibilità promossa dalle Nazioni Unite e capace di esercitare, a partire dalla fine degli anni Ottanta, una grande influenza su tutti gli ordinamenti politici occidentali: una nozione che presuppone che sia possibile perseguire contemporaneamente gli obiettivi della crescita economica, della tutela ambientale e della protezione sociale, attraverso il bi-

nale dell'Unione europea è posta in evidenza da A. SIKORA, *European Green Deal – legal and financial challenges of the climate change*, in *ERA Forum*, 2021, p. 681 ss., che osserva come «what the EGD fails to address and explore is the constitutional dimension of environmental protection in the EU legal order. Constitutional entrenchment of environmental protection seems to be precisely a missing point of the EGD» (p. 690).

²³ World Commission on Environment and Development, United Nations, *Our Common Future*, 1987, disponibile alla pagina file:///Users/unitus/Downloads/our_common_futurebrundtlandreport1987.pdf.

²⁴ Definito come «uno sviluppo che risponde alle esigenze del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di rispondere alle loro». La definizione, come noto, riprende, modificandola, quella proposta qualche anno prima dallo studioso ambientalista Lester Brown, secondo la quale una società è sostenibile quando soddisfa i suoi bisogni senza mettere a repentaglio la capacità delle generazioni future di realizzare i propri: così L.R. BROWN, *Building a Sustainable Society*, Norton for the Worldwatch Institute, New York-London, 1981.

lanciamento dei relativi interessi. Una decina di anni più tardi, il Trattato di Lisbona ha dato una nuova centralità all'obiettivo dello sviluppo sostenibile, ribadito che esso implica un bilanciamento tra interessi diversi (la crescita economica, la piena occupazione e il progresso sociale, un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente), collegato lo sviluppo sostenibile al modello, sbrigativamente ripreso dalla storia costituzionale e politica tedesca, di una «economia sociale di mercato fortemente competitiva»²⁵.

Sul piano formale, questo sviluppo ha portato alla formalizzazione di un obiettivo giuridicamente vincolante dell'Unione, piuttosto che di un principio generale dell'ordinamento europeo, come sostenuto da parte della scienza giuridica²⁶. Che si tratti di un obiettivo, del resto, è confermato, al di là di alcune incertezze del legislatore europeo, dalla posizione espressa dalla Commissione nella sua comunicazione del 2001 e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁷. Di tale obiettivo, poi, è importante notare le modalità di attuazione, che corrono, per così dire, su due binari paralleli. Per un verso, lo sviluppo sostenibile è stato concretamente reso operativo attraverso il principio di integrazione, che impone al legislatore di garantire un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità nella elaborazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione. Questa prospettiva era stata acutamente anticipata dall'Avvocato generale Léger nelle proprie conclusioni nella causa *First Corporate Shipping*: lo sviluppo sostenibile, aveva osservato in quell'occasione, «non vuol dire che gli interessi dell'ambiente debbano necessariamente e sistematicamente prevalere sugli interessi sostenuti nell'ambito delle altre politiche perseguite dalla Comunità»; al contrario, pone l'accento «sull'equilibrio necessario tra diversi interessi, talvolta contraddittori, ma che conviene conciliare»; ed è proprio al fine di conciliare tali diversi interessi che il Trattato sull'Unione europea ha introdotto il principio di integrazione²⁸. Per altro verso, l'attuazione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile ha seguito la strada, del tutto diversa, della scomposizione dello stesso sviluppo sostenibile in una pluralità di obiettivi paralleli, secondo il disegno dell'Agenda 2030. Il bilanciamento degli interessi cede il passo, in questa seconda modalità di attuazione, al perseguimento di obiettivi di sostenibilità tra loro paralleli, la discrezionalità alla misurazione attraverso indicatori, mentre la capacità di recuperare una prospettiva unificante è affidata agli strumenti di *policy coherence* prospettati dall'ultimo dei *Sustainable Development Goals*.

Il nuovo obiettivo della sostenibilità degli ecosistemi mette in discussione questo quadro. Per cominciare, relativizza e mette in prospettiva la costruzione giuridica della sostenibilità negli specifici termini dello sviluppo sostenibile. Ricorda che la storia del concetto è assai più ricca e ampia di quanto abituale-

²⁵ Per una messa in prospettiva storica di questa nozione, C. JOERGES-F. RÖDL, 'Social Market Economy' as Europe's Social Model, EUI Workin Paper, No. 2004/8.

²⁶ Si veda, ad esempio, M. HUMPHREYS, *Sustainable Development in the European Union. A General Principle*, Routledge, Abingdon, 2018.

²⁷ La comunicazione della Commissione alla quale si fa riferimento ha presentato, all'inizio del nuovo secolo, la strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile (COM (2001) 264). Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, si veda, ad esempio, la sentenza *Green Network v. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in causa C-66/13, ECLI: ECLI:EU:C:2014:2399.

²⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 7 marzo 2000, *The Queen contro Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte First Corporate Shipping Ltd*, causa C-371/98, §§ 54 e 57.

mente riconosciuto²⁹. La sostenibilità non si esaurisce nello sviluppo sostenibile, sebbene quest'ultimo ne rappresenti la declinazione più diffusa negli ordinamenti giuridici e politici contemporanei. La storia della sostenibilità, ancora per molti versi inesplorata, comprende anche la sua particolare accezione ecologica, di sostenibilità degli ecosistemi, elaborata almeno a partire dalla metà del Novecento dalla scienza ecologica e ribadita, in una veste aggiornata alle nuove conoscenze scientifiche, all'inizio del nuovo secolo. La formulazione del nuovo obiettivo della salute degli ecosistemi nel *Green Deal*, dunque, amplia, prima di ogni altra cosa, l'orizzonte della sostenibilità al di là della specifica versione dello sviluppo sostenibile, recuperando una dimensione della sostenibilità estranea alle agende politiche degli ordinamenti occidentali ma da tempo ben nota e sviluppata dalla scienza ecologica. In secondo luogo, il nuovo obiettivo della sostenibilità degli ecosistemi non sostituisce ma affianca quello tradizionale e consolidato dello sviluppo sostenibile. I due tipi di sostenibilità, cioè, non dovrebbero essere visti come alternativi tra loro, ma come diverse formulazioni della sostenibilità in grado di coesistere e operare in modo complementare, all'interno di una rappresentazione plurale della sostenibilità. Questo è vero sia allo stato attuale di sviluppo e di attuazione del *Green Deal* europeo, sia in una prospettiva evolutiva di più lungo periodo. L'ipotesi è quella di una «sostenibilità plurale», capace di tenere insieme e di riferirsi, in base alle esigenze di volta in volta rilevanti, all'obiettivo dello sviluppo sostenibile, a quello della sostenibilità degli ecosistemi e ad altre possibili dimensioni della sostenibilità.

Una simile prospettiva, peraltro, porta con sé una complicata sfida regolatoria e teorica. Sul piano regolatorio, la questione principale è come si possa costruire in termini giuridici una trama allo stesso tempo unitaria e plurale di sostenibilità: in quale modo, cioè, sia possibile sviluppare una pluralità di declinazioni diverse della sostenibilità chiarendo rispetto a quali ambiti e a quali situazioni ciascuna di esse sia rilevante e come possano essere riferite a una concezione funzionalmente unitaria di sostenibilità. Sul piano teorico, la costruzione di una nuova e più ricca nozione giuridica di sostenibilità nell'ordinamento europeo non può prescindere da una riflessione sui mutamenti che la nuova prospettiva sulla sostenibilità produrrebbe su alcuni concetti portanti dell'ordinamento politico e giuridico dell'Unione e dei suoi Stati membri, inclusi quelli di proprietà, sovranità e potere pubblico. Si conferma anche su questo piano la capacità trasformatrice delle risposte al cambiamento climatico, già osservata dagli studiosi più sensibili alle trasformazioni delle fondamenta dei sistemi giuridici contemporanei³⁰.

²⁹ Per un inquadramento storico, si vedano, in particolare, le diverse ricostruzioni di *The Routledge Handbook of the History of Sustainability*, a cura di J. CARADONNA, Routledge, Abingdon, 2018; e U. GROBER, *Sustainability: A Cultural History*, Green Books, Totnes, 2012.

³⁰ Si pensi, ad esempio, alla ricerca che Neil Walker sta svolgendo sul ruolo dei *framing concepts* di proprietà e sovranità nella transizione ecologica; all'analisi di Thomas PIKETTY sul nesso tra riscaldamento climatico e uguaglianza svolte in *Una breve storia dell'uguaglianza*, La nave di Teseo, Milano, 2021, p. 357 ss.; alle riflessioni di Antoine Vauchez sul ruolo del «pubblico», presentate in *Public*, Anamosa, Paris, 2022; agli studi in corso sui *global e common goods*, esemplificati da N. BRANDO-C. BOONEN-S. COGOLATI-R. HAGEN-N. VANSTAPPEN-J. WOUTERS, *Governing as commons or as global public goods: Two tales of power*, in *International Journal of the Commons*, 2019, p. 553 ss.

5. Il ruolo della scienza giuridica

Lungi dal rappresentare una componente marginale del *Green Deal*, la tutela della biodiversità innesca, dunque, processi che le cui implicazioni sono potenzialmente ampie e profonde. La scienza giuridica dovrebbe riconoscere, valorizzare e sostenere tali processi. Da essi dipende, anzitutto, la messa a punto di una strategia compiuta per il raggiungimento della neutralità climatica. Ma gli sviluppi in corso permettono anche di avviare un ripensamento della costituzione economica europea, quanto meno nel senso di un approfondimento delle ragioni della sostenibilità ecologica, oltre che una revisione di un concetto politico e giuridico centrale nella costruzione teorica dell'Unione, quello dello sviluppo sostenibile. Ciascuno dei processi richiamati, peraltro, pone problemi complessi. Di nuovo, spetta alla scienza giuridica di svolgere un ruolo attivo, fornendo al legislatore europeo e nazionale opzioni e strumenti regolatori funzionali al raggiungimento degli obiettivi attesi, individuando soluzioni capaci di anticipare e risolvere i conflitti tra gli sviluppi normativi e l'attuale quadro dei trattati, proponendo ricostruzioni teoriche in grado di guidare gli sviluppi in corso.

Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso *FBA Amazon*: nulla di nuovo sotto il sole?*

The Italian FBA Amazon antitrust case and the notion of abuse of dominance: Nothing new under the Sun?

di Federico Ghezzi** e Mariateresa Maggolino***

ABSTRACT

Con una recente decisione, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha condannato Amazon per abuso di posizione dominante. L'abuso sarebbe consistito nell'aver condizionato l'accesso all'etichetta Prime e ad altre promozioni sulla piattaforma Amazon ai soli venditori indipendenti che avessero utilizzato, per la consegna dei propri beni, il servizio logistico di Amazon – denominato fulfillment by Amazon (FBA) – in sostituzione di altri servizi concorrenti. Il provvedimento si caratterizza per una certa ambiguità nell'inquadramento della condotta contestata. L'AGCM ha qualificato esplicitamente la condotta di come un caso di self-preferencing, sebbene non abbia poi seguito la giurisprudenza europea in relazione alla verifica del soddisfacimento delle varie 'liability conditions' elencate dal Tribunale europeo nella decisione Google Shopping. Allo stesso tempo, la decisione *FBA Amazon* è piena di riferimenti ad ulteriori fattispecie escludenti, quali ad esempio le pratiche discriminatorie o le condotte leganti, o ancora alla dottrina delle risorse essenziali. Ancora, si potrebbe sostenere che, essendosi concentrata solamente sugli effetti della pratica posta in essere da Amazon, il provvedimento dell'AGCM sia censurabile in quanto non abbia individuato con esattezza la tipologia di violazione commessa. Ora, tale ambiguità – o, almeno, la riluttanza dell'AGCM a incasellare la condotta di Amazon in una specifica categoria di pratiche escludenti e a sviluppare il castello accusatorio coerentemente rispetto a tale categoria – solleva una questione teorica generale: se si ritiene che l'approccio più appropriato per la valutazione delle pratiche monopolistiche sia quello che si fonda sugli effetti, non dovrebbe rilevare che la condotta possa incasellarsi nelle fattispecie del tying, dell'essential facility o del self-preferencing. Più esplicitamente, se si afferma che un'impresa in posizione dominante abusa del proprio potere di mercato quando la sua condotta sia suscettibile di escludere i rivali in modo anticoncorrenziale senza produrre alcun guadagno di efficienza tale da più che compensare gli effetti anticompetitivi, perché dovrebbe rilevare la forma di tale condotta? Oppure, si dovrebbe ritenere che qualificare una pratica come self-preferencing risolva questi dubbi ricostruttivi, perché tale qualificazione riconduce la condotta a una famiglia di pratiche – le pratiche discriminatorie –

* Sebbene il lavoro sia frutto di discussioni comuni, a Mariateresa Maggolino vanno attribuiti i paragrafi da 5 a 10, a Federico Ghezzi da 1 a 4.

** Professore ordinario di diritto commerciale, Università Bocconi di Milano.

*** Professoressa associata di diritto commerciale, Università Bocconi di Milano.

che differisce da quella delle pratiche escludenti? Il presente contributo tenta di rispondere a queste domande, al centro di un dibattito dottrinale molto serrato e riaccesosi alla luce delle più recenti decisioni della Commissione nei confronti delle piattaforme digitali. Il lavoro discute altresì di alcune ulteriori questioni che hanno caratterizzato il provvedimento, quali la ripartizione di competenze nell'ambito della rete di autorità europee, il livello (eccessivo?) delle sanzioni calcolate per un comportamento che non era mai stato considerato vietato (almeno a livello nazionale), e il potere di imporre rimedi strutturali e comportamentali prima del recepimento della direttiva ECN+.

In a recent decision, the Italian Competition Authority (ICA) condemned Amazon for making Prime and other Amazon services de facto exclusively accessible to independent vendors who delivered their goods using Amazon's logistics service – called fulfillment by Amazon (FBA) – in lieu of other independent logistics service providers. However, it is unclear how the ICA framed such behaviour. It explicitly qualified Amazon's conduct as a case of self-preferencing, although it did not build this charge by meeting the liability conditions that the European General Court affirmed in Google Shopping. At the same time, the FBA Amazon decision is replete with words and expressions evoking a tying case, a discriminatory practice, or an essential facility. Finally, there is room to argue that because it focused on the effects of the company's practice, the ICA overlooked the form that practice took – and the class of exclusionary practices under which it could belong. Now, such a legal ambiguity – or, at least, the ICA's reluctance to pigeonhole Amazon's conduct into a single class of practices and write the decision accordingly – raises a general theoretical question: if one believes – as we do – that the effects-based approach would be the most appropriate to assess monopolistic practices, why does it matter whether Amazon's conduct is a case of tying, a case of essential facility, or a case of self-preferencing? More explicitly, if a dominant firm is said to be abusing its power when its conduct is likely to exclude rivals in an anticompetitive way without producing any efficiency or innovation gain in return, why does the form of that conduct – or the class of practices to which such behaviour is said to belong – matter? Or should one believe that qualifying a practice as self-preferencing sorts things out, because such a qualification traces the conduct to a family of practices – discriminatory practices – that differs from that of exclusionary practices? The paper also looks at some other issues that have characterized the ICA decision, namely the allocation of cases between the ECN, the (excessive?) level of the fines calculated for a behaviour that was never considered prohibited (at least at national level), and the power to impose structural and behavioural remedies before the implementation of the ECN+ Directive.

SOMMARIO: 1. Introduzione: i fatti e le molte questioni procedurali e sostanziali sollevate dal provvedimento *FBA Amazon*. – 2. La competenza ad assumere il provvedimento nel quadro del regolamento (CE) 1/2003. – 2.1. Alcune notazioni sulla ripartizione delle competenze applicative. – 3. Il potere dell'Autorità garante di applicare rimedi comportamentali e strutturali. – 3.1. Il nuovo testo dell'art. 15 legge n. 287/1990. – 4. Una sanzione iperbolica o insufficiente? – 4.1. Ulteriori questioni in materia sanzionatoria. – 5. Una pratica e molte qualificazioni giuridiche. – 5.1. Una premessa sul ruolo delle condizioni di illiceità. – 6. Dove collocare il *self-preferencing*? Le pratiche discriminatorie *non* rappresentano una fattispecie di abuso diversa e ulteriore rispetto alle condotte di sfruttamento e alle pratiche escludenti e anticompetitive. – 7. Le varie tipologie di pratiche escludenti e anticompetitive *non* rappresentano fattispecie autonome e indipendenti di condotte abusive. – 8. Gli elementi costitutivi dell'unica fattispecie astratta rilevante, quella delle pratiche escludenti e anticompetitive. – 9. L'importanza di fondarsi sui fatti (alternativi) che mostrino l'illiceità della pratica. – 10. Le motivazioni dell'analisi.

1. Introduzione: i fatti e le molte questioni procedurali e sostanziali sollevate dal provvedimento *FBA Amazon*

Dopo oltre due anni e mezzo di indagini¹, caratterizzate da taluni ‘imprevisti’ procedurali², l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (d’ora in poi, anche AGCM) ha vietato per abuso di posizione dominante, ai sensi dell’art. 102 TFUE, le condotte poste in essere da Amazon³ nei mercati della logistica per e-commerce e dei servizi per intermediazione su marketplace⁴. In particolare, Amazon avrebbe legato l’accesso ad un insieme di ‘funzionalità’ che consentono ai venditori terzi di ottenere maggiore visibilità e un miglioramento delle loro performance di vendita su *Amazon.it* alla sottoscrizione del servizio di logistica integrata offerto da Amazon stessa. In altri termini, Amazon avrebbe indotto⁵ i venditori terzi a scegliere la logistica di Amazon (c.d. FBA, o Fulfillment by Amazon) riservando *esclusivamente* a costoro la possibilità: (i) di utilizzare l’etichetta ‘Prime’, che a sua volta rendeva possibile la partecipazione ad eventi di vendita speciali quali il Black Friday, il Cyber Monday, o il Prime Day, aumentando altresì la probabilità di venire selezionati nella c.d. Buy Box; e (ii) di essere esentati dai rigorosi indicatori di performance che, invece, Amazon applicava per monitorare e penalizzare i venditori meno affidabili qualora avessero utilizzato operatori di logistica diversi da FBA⁶. L’Autorità garante ha ritenuto queste funzionalità aggiuntive ‘non-replicabili’ e un ‘game changer’⁷ in quanto idonee a modificare in modo radicale le prospettive di

¹ L’istruttoria, conclusa nel novembre 2021, era stata avviata con provv. 27623, 10 aprile 2019, *FBA Amazon*, in *Boll.*, 16/2019.

² Tra questi ‘imprevisti’, deve menzionarsi il fatto che, sulla base delle difese di Amazon, i membri dell’Autorità garante hanno richiesto agli uffici un supplemento di indagine. Ciò per valutare se l’introduzione, a partire dal 2021, di una nuova modalità di prestazione dei servizi di logistica, offerti da operatori diversi da Amazon, fosse in grado di superare le accuse di *self-preferencing*. Ulteriori colpi di scena si sono avuti, sempre sotto il profilo procedurale, con riguardo alla ripartizione di competenze e alla decisione della Commissione di aprire un procedimento in tutto analogo a quello *FBA Amazon*, lasciando all’autorità antitrust italiana la competenza a valutare le condotte di Amazon con riferimento ai mercati italiani. Su questo aspetto si v. in particolare *infra*, il § 2.

³ In questo lavoro si fa genericamente riferimento all’impresa Amazon. Si deve però rilevare che l’istruttoria è stata avviata nei confronti delle due società italiane che si occupano, rispettivamente, di servizi di logistica e del marketplace, Amazon Italia Logistica s.r.l. e Amazon Italia Services s.r.l., nonché di tre società di diritto lussemburghese: Amazon Europe Core S.à.r.l., responsabile della gestione dei siti *web* dei marketplace europei di Amazon e titolare del dominio *internet* *www.amazon.it*; Amazon Services Europe S.à.r.l., la quale offre servizi di marketplace di vario tipo, in particolare *Vendita su Amazon*, *Logistica di Amazon* (*Fulfillment by Amazon*), nonché *Prime Gestito dal Venditore* (*Seller Fulfilled Prime*); infine, Amazon EU S.à.r.l., la quale si occupa della vendita ai consumatori, sui propri marketplace europei, dei prodotti che Amazon acquista dai fornitori terzi. L’AGCM non ha coinvolto nell’istruttoria la capogruppo americana Amazon com., Inc., come forse avrebbe consentito l’applicazione della nozione di singola unità economica.

⁴ Cfr. AGCM, n. 29925, 31 novembre 2021, *FBA Amazon*, in *Boll.*, 49/2021.

⁵ Si utilizza il termine ‘indotto’ perché il legame tra i vantaggi offerti ai venditori e l’utilizzo della logistica di Amazon non può essere considerato né di tipo tecnologico, né di natura contrattuale. In altri termini, i venditori rimanevano liberi di scegliere, senza essere soggetti ad alcun tipo di coercizione. Tuttavia, Amazon con le sue pratiche ha fortemente incentivato i venditori ad utilizzare la propria logistica, similmente a quanto le imprese fanno quando offrono sconti a pacchetto.

⁶ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 685-686.

⁷ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 696.

successo dei venditori, incrementandone esponenzialmente visibilità e fatturato (così come i profitti di Amazon)⁸.

Operando in tal modo, Amazon avrebbe illegittimamente fatto leva sulla posizione di assoluta preminenza detenuta tra i marketplace che si rivolgono ai consumatori (il c.d. *primary monopolized market*) per riservare a sé stessa un significativo vantaggio sui concorrenti nel mercato italiano della logistica per e-commerce (il c.d. *secondary competitive market*). Inoltre, l'assoluta 'necessità' per i venditori terzi di essere presenti sul marketplace di Amazon, unitamente agli elevati costi logistici in caso di compresenza su più piattaforme (il c.d. *multihoming* logistico), avrebbe indotto tali venditori ad abbandonare progressivamente le vendite sulle piattaforme concorrenti rispetto a *Amazon.it*. Di conseguenza, la strategia di Amazon, dall'AGCM definita di *self-preferencing* in analogia ad una recente decisione della Commissione⁹, avrebbe avuto l'ulteriore effetto di rafforzare la sua posizione già super dominante nel mercato nazionale dei servizi di intermediazione su marketplace. Ad avviso dell'Autorità, tale manovra avrebbe comportato un impatto concreto sulla struttura dei mercati interessati. Da un lato, la leva avrebbe causato la graduale fuoriuscita dal mercato secondario degli operatori di logistica, anche integrati, alternativi ad Amazon¹⁰. D'altro lato, la menzionata antieconomicità del *multihoming* logistico, comportando la concentrazione delle vendite sulla piattaforma di Amazon, avrebbe determinato in breve tempo la marginalizzazione dei suoi concorrenti sul mercato primario.

La condotta illustrata, essendo idonea ad incrementare ulteriormente la posizione di Amazon in entrambi i mercati, sarebbe tale – in prospettiva – da consentire a tale impresa di aumentare i prezzi e ridurre la qualità, la varietà e il grado di innovazione della sua offerta¹¹. Dunque, essa potrebbe inquadrarsi secondo una *theory of harm* escludente piuttosto tradizionale e consistente nell'utilizzare la forza nel mercato dominato per rinforzare ulteriormente il proprio potere e posizione strutturale in ambedue i mercati delle vendite su piattaforma e della logistica, onde poi modificare i parametri dell'offerta (non solo in termini di prezzo, ma anche in relazione alle altre variabili dalle quali dipende il benessere del consumatore) senza subire contraccolpi con la clientela a monte (i venditori terzi) e a valle (gli utenti della piattaforma)¹².

Infine, nel provvedimento si sostiene che non vi sia alcuna giustificazione oggettiva per la pratica escludente ed anticompetitiva. Ad avviso dell'Autorità, per un verso Amazon non è riuscita ad indicare in concreto quali efficienze derivassero dal collegamento tra la logistica di Amazon e le suddette caratteristiche non replicabili della propria piattaforma¹³. Per altro verso, l'impresa non è nemmeno stata in grado di mostrare perché la propria logistica rappresentas-

⁸ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 737.

⁹ Cfr. Commissione europea 27 giugno 2017, *Google Search (Shopping)*, confermata da Tribunale UE, 10 novembre 2021, *Google LLC, Alphabet, Inc.*, T-612/17, pochi giorni prima del provvedimento finale dell'AGCM.

¹⁰ La quota di mercato di Amazon nel mercato secondario è velocemente cresciuta dal 30-40% al 70-80%. Cfr. AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., §§ 728 e 810.

¹¹ Cfr. AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 805 e 806.

¹² AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 811, in relazione all'incremento dei prezzi avutosi in relazione all'offerta di servizi di logistica FBA. Successivamente alla conclusione dell'istruttoria, Amazon ha annunciato un consistente aumento del costo dell'abbonamento al servizio Prime, che passerà da 36 a 49.90 € l'anno.

¹³ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., §§ 703 e 725-726.

se il miglior servizio tra quelli presenti sul mercato, né perché i servizi diversi dalla logistica di Amazon non fossero altrettanto efficaci.

In proposito, si deve notare che l'AGCM non ha negato che, in linea teorica, un tale collegamento potrebbe giustificarsi al fine di tutelare la qualità del 'pacchetto-servizio' che Amazon offre ai consumatori (l'acquisto di un determinato prodotto disponibile sulla piattaforma unitamente alla sua consegna in tempi rapidi e certi). Essa ha tuttavia rilevato che collegare le funzionalità di cui sopra alla logistica di Amazon non risulta il modo meno anticoncorrenziale per proteggere la qualità di tale pacchetto-servizio. Il medesimo risultato, infatti, potrebbe essere raggiunto imponendo standard di qualità oggettivi a qualsiasi venditore che desiderasse consegnare i propri prodotti acquistati sulla piattaforma *www.amazon.it* tramite un fornitore di servizi logistici diverso da Amazon¹⁴.

L'AGCM ha di conseguenza ritenuto la strategia di Amazon abusiva e ha imposto un insieme di incisive misure comportamentali volte a ripristinare una concorrenza effettiva nei mercati della logistica. Data la gravità delle condotte, essa ha inoltre applicato una sanzione pari a € 1.128.596.146, di gran lunga la sanzione più elevata sinora irrogata dall'autorità antitrust italiana. La decisione è stata immediatamente impugnata da Amazon presso il TAR del Lazio. Al momento in cui si scrive, il caso è pendente, ancorché il TAR abbia sospeso l'applicazione del pacchetto di misure comportamentali imposte dall'AGCM «in ragione della particolare pervasività degli obblighi imposti dall'Autorità nonché del rischio di una attuazione diversificata di misure differenti a livello europeo e italiano»¹⁵.

La decisione Amazon si inquadra nell'ambito di un significativo attivismo di recente mostrato dall'Autorità garante della concorrenza nei confronti delle grandi piattaforme digitali e delle loro condotte sui mercati e nei confronti dei consumatori¹⁶. Tra il 2021 e il 2022, essa ha concluso tre istruttorie antitrust nei confronti di Amazon, Google e Apple, accertando alcune violazioni gravi e comminando sanzioni particolarmente consistenti¹⁷. Un quarto procedimento, avviato nei confronti di Google, è stato invece interrotto dopo oltre un anno di indagini poiché sulla medesima fattispecie la Commissione europea ha, a sua volta, avviato un procedimento formale di accertamento¹⁸. È notizia recente,

¹⁴ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 725.

¹⁵ TAR del Lazio, ord. 1530/2022 del 9 marzo 2022. Si noti che il TAR non ha sospeso il pagamento della sanzione, attesa la – impossibile – dimostrazione che l'immediato pagamento della sanzione avrebbe potuto compromettere in modo significativo la capacità aziendale e l'equilibrio economico-finanziario delle imprese facenti parte del gruppo Amazon. Peraltro, attesa l'attuale orientamento del TAR e del Consiglio di Stato in tema di decadenza dal potere di avviare l'istruttoria, è verosimile che anche questo provvedimento, come la maggior parte delle decisioni assunte negli ultimi anni dall'AGCM, possa essere annullato.

¹⁶ Trend che sembra caratterizzare l'attività di molte delle autorità nazionali di tutela della concorrenza dell'Unione europea. Cfr. K. VAN HOVE-A. PAPAETHYMIU-M. VOGELS, *Revising the Competition Law Rulebook for Digital Markets in Europe. An Update*, CPI Columns, Europe, March 2022; H. SCHWEITZER-F. GUTMANN, *Unilateral Practices in the Digital Market: An Overview of EU and National Case Law*, in *Concurrences*, July 2021.

¹⁷ Oltre al caso Amazon, oggetto di questo commento, v. AGCM, n. 29645, 27 aprile 2021, *Google/Compatibilità App Enel per Italia con sistema Android Auto*, in *Boll.*, 20/2021, che ha indotto a comminare una sanzione di 102 milioni di euro nei confronti di Google per abuso di posizione dominante. Cfr. inoltre AGCM, n. 29889, 16 novembre 2021, *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon Market Place*, in *Boll.*, 47/2021, in cui è stata applicata una sanzione complessiva di € 173 milioni nei confronti di Amazon e Apple per un accordo volto a restringere l'accesso al marketplace di Amazon per la vendita di prodotti Apple e Beats.

¹⁸ Si v. AGCM, n. 29845, 12 ottobre 2021, *Google nel mercato italiano del display adverti-*

infine, l'apertura dell'istruttoria nei confronti di Google in relazione a una ipotizzata condotta abusiva consistente nel frapporre ostacoli all'individuazione di meccanismi di interoperabilità idonei a rendere i dati presenti nella propria piattaforma disponibili a piattaforme alternative¹⁹. Ancor più intensa, rispetto a quella antitrust, è risultata l'attività – per certi versi “complementare” di tutela del consumatore, concentrata su talune pratiche commerciali sleali e vessatorie poste in essere dalle principali piattaforme nei confronti degli utenti²⁰.

Se, dunque, pare chiaro l'intento dell'AGCM di indirizzare l'attività di enforcement al fine di contrastare l'uso del (ritenuto eccessivo) potere di mercato delle grandi piattaforme a danno della concorrenza e dei consumatori, molti dubbi hanno suscitato la qualificazione delle condotte, le teorie del danno utilizzate, così come le misure adottate al fine di porre termine alle infrazioni accertate e ad impedire la loro reiterazione. Il caso *FBA Amazon* si caratterizza, inoltre, perché nel corso del procedimento sono state sollevate alcune importanti questioni di natura procedurale, con riferimento tanto alla competenza, quanto ai poteri decisori, la rilevanza delle quali va oltre la specifica vicenda e merita, pertanto, di essere approfondita.

Si è ritenuto opportuno prendere le mosse da queste ultime, rinviando alla seconda parte del lavoro l'esame della fondatezza del percorso argomentativo utilizzato dall'AGCM al fine di riscontrare l'abuso di posizione dominante. Come si avrà modo di illustrare, il provvedimento pare infatti ambiguo con riferimento alla qualificazione giuridica dell'illecito, riferendosi, di volta in volta, ad una condotta assimilabile al *self-preferencing*, al *tying*, all'*essential facility* o alla discriminazione. Tale ambiguità – o, almeno, una certa riluttanza a ricondurre la condotta di Amazon ad un'unica e specifica tipologia di illecito nello sviluppare il castello accusatorio in modo coerente con questa qualificazione – solleva una questione teorica più generale. Se si ritiene che l'approccio fondato sugli effetti sia il più appropriato per valutare le pratiche monopolistiche, è rilevante qualificare più specificamente la condotta come un caso di *tying*, di *essential facility*, di *self-preferencing*, o di discriminazione? Più esplicitamente, se si afferma che un'impresa in posizione dominante abusa del proprio potere quando è verosimile che la sua condotta escluda i rivali in modo anticoncorrenziale, senza produrre in compenso alcun più che compensativo guadagno di efficienza o innovazione, perché la forma di tale condotta – o la classe delle pratiche a cui si dice essa appartenga – dovrebbe rilevare? Il lavoro affronta – e prova a rispondere – a queste domande sulla scorta dell'idea che, adottando un approccio fondato sugli effetti, pratiche che assumono forme diverse ma che, alla luce delle circostanze specifiche del caso, siano in grado di produrre i medesimi effetti, dovrebbero avere una identica probabilità di essere considerate abusive.

sing, in *Boll.*, 43/2021. Per una discussione relativa al potere di avocazione da parte della Commissione ai sensi dell'art. 11, § 6, regolamento n. 1/2003, cfr. *infra*, il paragrafo 2 di questo lavoro.

¹⁹ Cfr. AGCM, n. 30215, 5 luglio 2022, *Google – Ostacoli alla portabilità dei dati*, in *Boll.*, n. 27/2022.

²⁰ Si vedano AGCM, n. 26993, 10 gennaio 2018, *WhatsApp-clausole vessatorie*, in *Boll.*, 3/2018; n. 28442, 10 dicembre 2020, *Amazon-Vendita online Emergenza sanitaria*, in *Boll.*, 49/2020; n. 28562, 9 febbraio 2021, *Facebook-Raccolta Utilizzo dati degli utenti*, in *Boll.*, 8/2021; n. 29819, 7 settembre 2021, *I-cloud Apple/Clausole vessatorie*, in *Boll.*, 38/2021; n. 29888, 9 novembre 2021, *I-cloud*, in *Boll.*, 47/2021; n. 29890, 16 novembre 2021, *Google Drive – Sweep 2017*, in *Boll.*, 47/2021; n. 30076, 22 marzo 2022, *Google Drive – clausole vessatorie*, in *Boll.*, 13/2022.

2. La competenza ad assumere il provvedimento nel quadro del regolamento (CE) 1/2003

Una prima questione procedurale, di notevole impatto pratico, riguarda la competenza o, meglio, la ripartizione delle competenze all'interno della Rete europea di autorità di tutela della concorrenza. In proposito, si deve ricordare che l'AGCM aveva già autonomamente avviato, nell'aprile 2019, una istruttoria nei confronti delle condotte poste in essere da Amazon nei mercati della logistica per e-commerce e dei servizi offerti sul marketplace²¹. Successivamente, verso la fine del 2020, anche la Commissione europea ha ritenuto di avviare un procedimento sulla medesima fattispecie. Contrariamente a quanto ci si sarebbe potuto attendere, l'avvio del procedimento da parte della Commissione non ha condotto all'avocazione della competenza e alla conseguente 'esautorazione' dell'AGCM, la quale ha pertanto potuto proseguire l'istruttoria e assumere il provvedimento finale, seppure limitatamente al territorio italiano.

L'esito descritto appare, quantomeno a prima vista, peculiare e non del tutto coerente con le regole di ripartizione delle competenze previste dalle norme europee. Per meglio inquadrare la questione, si deve premettere che la presunta violazione rientrava nell'ambito di applicazione del diritto europeo della concorrenza, trattandosi di condotta idonea a pregiudicare il commercio tra Stati membri²². In presenza di un possibile pregiudizio al commercio, il regolamento n. 1/2003²³ stabilisce un sistema di competenze parallele, ossia che tanto la Commissione, quanto le autorità nazionali possano avviare un procedimento ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE²⁴. Qualora avviino un procedimento ai sensi di tali disposizioni, le autorità nazionali devono informarne tempestivamente la Commissione, come previsto dall'art. 11, par. 2, del regolamento n. 1/2003²⁵. Il regolamento non prevede una gerarchia o un diritto di

²¹ Non è chiaro se sia trattato di segnalazione o avvio del procedimento di ufficio: nel provvedimento l'AGCM si limita a scrivere 'visti i documenti in proprio possesso'.

²² La Comunicazione della Commissione che definisce il concetto di pregiudizio (Commissione Europea, *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUUE 2004/C 101/07) afferma che tale nozione deve essere interpretata tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri: «qualora un'impresa che detiene una posizione dominante sulla totalità di uno Stato membro, commette abusi escludenti, normalmente il commercio tra Stati membri è suscettibile di essere pregiudicato». Se si considera che una parte consistente dei venditori terzi che utilizzano la piattaforma Amazon.it è straniera, è di immediata evidenza come la condotta di Amazon fosse in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri.

²³ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L1, 2003, 1-25.

²⁴ Nella situazione descritta le autorità garanti nazionali, qualora avviino un procedimento, pur avendo la facoltà di applicare anche il proprio diritto nazionale, ai sensi dell'art. 3 del regolamento 1/2003 devono applicare gli articoli 101 e 102 TFUE.

²⁵ Sul funzionamento della Rete, i meccanismi di allocazione dei casi e di cooperazione tra le autorità, nonché i riflessi per le imprese, v. A. OUTHUIJSE-K.J. CSERES, *Parallel enforcement and accountability: the case of EU competition law*, in M. SCHOLTEN-M. LUCHTMAN (eds.), *Law enforcement by EU Authorities*, Edward Elgar, 2017, pp. 82-115; P. VAN CLEYNENBRUEGEL, *Case (re-)Allocation Against the Backdrop of Procedural Convergence: Time for a Regulation '2' Upgrade?*, in 11 *J. Eur. Comp. Law & Pract.*, 2020, pp. 418-422; B. MARCHETTI, *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella Rete europea della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2014; S. BRAMMER, *Concurrent Jurisdiction Under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, in 42 *Common Market Law Review*, 2005, pp. 1383-1424.

priorità nell'allocazione dei casi *tra* le autorità nazionali di tutela della concorrenza appartenenti alla Rete europea. Ciascuna delle autorità garanti nazionali può dunque avviare un procedimento, anche in parallelo. La regola esposta subisce una sola, rilevante, eccezione: l'art. 11.6 del regolamento n. 1/2003 specifica infatti che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione di infrazione²⁶ priva le autorità garanti degli Stati membri della competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE sulla medesima fattispecie²⁷. Dunque, ove un'autorità nazionale avesse già avviato un procedimento e la Commissione decidesse in un secondo momento di avviare un'istruttoria sulla medesima fattispecie, l'autorità antitrust nazionale, essendo privata della competenza, non potrebbe che chiudere (o sospendere) immediatamente l'istruttoria²⁸.

Così sinteticamente tracciata l'architettura normativa in materia di ripartizione delle competenze, si può tornare al caso in commento. In proposito, è utile rammentare che, subito dopo l'avvio dell'istruttoria nei confronti di Amazon da parte dell'AGCM, la Commissione europea aveva aperto un procedimento nei confronti della medesima impresa, vertente tuttavia su un profilo *diverso* da quello all'esame dell'autorità italiana: l'indagine riguardava infatti i possibili effetti restrittivi derivanti dall'utilizzo dei dati sensibili dei venditori terzi al fine di migliorare l'offerta di prodotti Amazon sulla propria piattaforma di vendita²⁹. Con riferimento a quest'ultimo mercato del prodotto, nel novembre 2020 la Commissione inviava una comunicazione degli addebiti ad Amazon, rilevando possibili profili distorsivi della concorrenza. In quella occasione, essa annunciava tuttavia l'intenzione di avviare un secondo filone di indagine, legato alle modalità di accesso alla *Buy box* e all'utilizzo dell'etichetta '*Prime*' in relazione all'offerta dei propri servizi di logistica³⁰.

²⁶ Oppure di imposizione di impegni o di natura cautelare.

²⁷ La *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza* in GUCE C101, del 27 aprile 2004, 43 ss., stabilisce che la Commissione è nella posizione più idonea quando uno o più accordi o pratiche incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri, ovvero qualora il caso presenti una stretta relazione con altre disposizioni comunitarie per la cui applicazione la Commissione ha competenza esclusiva o che possono essere meglio applicate dalla Commissione, come pure i casi nei quali la tutela dell'interesse comunitario richiede l'adozione di una decisione della Commissione per adeguare la politica antitrust comunitaria a problemi di concorrenza nuovi o per assicurare il rispetto effettivo delle regole di concorrenza.

²⁸ Il potere di avocazione della Commissione è discrezionale: per un verso, nulla impone alla Commissione di intervenire, eventualmente avocando il caso quando essa accerti di essere nella posizione più idonea; per altro verso, nulla impedisce alla Commissione di avviare un procedimento anche in relazione a fattispecie diverse rispetto a quelle indicate nella Comunicazione.

²⁹ Si trattava dell'utilizzo dei dati sensibili dei venditori terzi al fine di modulare le proprie offerte sulla piattaforma e selezionare le imprese vincitrici della c.d. *Buy Box*, ossia il riquadro della scheda prodotto dal quale l'utente può aggiungere l'articolo nel carrello oppure acquistarlo immediatamente. Aggiudicarsi la *Buy Box* è di fondamentale rilevanza perché aumenta in modo esponenziale la probabilità di vendita di un determinato prodotto rispetto agli altri venditori. La selezione del venditore inserito nella *Buy Box* viene fatta sulla base di un algoritmo che utilizza una serie di parametri, tra i quali il prezzo, l'affidabilità e l'efficienza del venditore e dei servizi di logistica utilizzati. Cfr. Commissione europea, 17 luglio 2019, caso AT.40462, *Amazon Marketplace*.

³⁰ L'assegnazione dell'etichetta Prime consente al venditore di raggiungere la platea di acquirenti più attivi e con maggiore propensione all'acquisto sul marketplace Amazon, incrementando significativamente le chance di vendita rispetto ai venditori che non possono utilizzare tale etichetta. A tal fine, i venditori devono rispettare molteplici requisiti, in particolare in relazione alla disponibilità dei prodotti, alla loro spedizione e consegna, alle politiche di reso. Gli utenti che si abbonano al servizio Prime ottengono consegne gratuite in tempi molto rapidi e possono

L'indagine veniva dunque ampliata sino a riguardare le stesse condotte oggetto di accertamento da parte dell'Autorità antitrust italiana, che come accennato stava vagliando se il legame tra l'accesso a talune funzionalità capaci di moltiplicare le vendite (in particolare, la possibilità di fregiarsi dell'etichetta *Prime*) e l'uso della logistica Amazon potessero comportare una illecita estensione della posizione dominante.

Ci si sarebbe aspettati che l'avvio da parte della Commissione del secondo procedimento nei confronti di Amazon, con riferimento alla medesima fattispecie già oggetto di esame da parte dell'AGCM, determinasse le conseguenze prefigurate dall'art. 11.6 del regolamento 1/2003. Tuttavia, e pur senza fornire alcuna giustificazione esplicita, la Commissione decideva di agire diversamente. Si legge, infatti, nel comunicato stampa relativo all'ampliamento dell'istruttoria che: «the Commission has informed Amazon and the competition authorities of the Member States that it has opened a second in-depth investigation into Amazon's business practices. This investigation will cover the European Economic Area, *with the exception of Italy*. The Italian Competition Authority started to investigate partially similar concerns last year, with a particular focus on the Italian market. The Commission will continue the close cooperation with the Italian Competition Authority throughout the investigation»³¹. Insomma, attraverso un opportuno ritaglio dei mercati geografici interessati, la Commissione si prendeva in carico le condotte di Amazon in tutti i territori nazionali interessati dalla pratica, escludendo quello già indagato dall'AGCM.

Contro la decisione della Commissione, Amazon presentava immediatamente ricorso al Tribunale dell'Unione Europea, chiedendo di annullare la decisione impugnata nella parte in cui essa escludeva il territorio italiano dall'ambito geografico dell'indagine condotta. Con una ordinanza del 14 ottobre 2021, il Tribunale ha respinto la richiesta di Amazon, ritenendo *in punto di diritto* che la decisione di escludere l'Italia dall'ambito del procedimento avviato dalla Commissione producesse solo gli effetti propri di un atto procedurale e non incidesse sulla situazione giuridica di Amazon sotto un profilo sostanziale³². Infatti, la delimitazione dell'ambito geografico dell'indagine ha lo scopo di preparare la decisione finale e, in questo senso, potrebbe evolvere, poiché nel corso del procedimento amministrativo la Commissione conserva la facoltà di modificare l'ambito geografico della sua indagine³³. Così, ai fini del giudizio, per il Tribunale non rilevava *il fatto* che l'esclusione dell'Italia dall'ambito dell'indagine imponesse ad Amazon di difendersi dinanzi a due autorità diverse, nel rispetto di regole procedurali e con garanzie differenti, con il rischio di giungere a decisioni confliggenti, le quali avrebbero potuto pregiudicare lo

accedere ad ulteriori servizi (con condizioni diverse da paese a paese), quali Prime Video, Prime Reading, Amazon Photos, Prime Gaming.

³¹ Si veda il Comunicato stampa 10 novembre 2020, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, disponibile alla pagina: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077. Contro la decisione del Tribunale Amazon ha fatto ulteriormente appello in Corte di Giustizia (causa C-815/21 P).

³² Tribunale UE, ord. 14 ottobre 2021, T-19/21, *Amazon.com Inc., et al. c. Commissione*; Amazon aveva presentato l'istanza in data 19 gennaio 2021.

³³ Dunque, solo quando la Commissione avrà adottato nei confronti di Amazon una decisione definitiva sulla presunta violazione o sulle presunte violazioni dell'articolo 102 TFUE e quando il procedimento in questione sarà terminato, sarà definitiva anche la pronuncia della Commissione sull'ambito geografico della presunta infrazione. Tribunale UE, Ord., *Amazon.com Inc., et al c. Commissione*, cit., § 33.

svolgimento delle sue attività secondo un approccio europeo uniforme. E ciò perché il rischio di decisioni contrastanti o di sanzioni divergenti, che l'autorità antitrust italiana e la Commissione potrebbero eventualmente imporre in parallelo, non sarebbe una conseguenza della decisione impugnata, bensì dell'esito *finale* di tali procedimenti amministrativi o delle successive decisioni e sentenze ³⁴.

Inoltre, il Tribunale ha evidenziato la legittimità della decisione della Commissione ricordando che essa, quando ha stabilito nella decisione impugnata che il mercato geografico su cui doveva vertere la sua indagine non comprendesse l'Italia, ha semplicemente fatto uso del potere *discrezionale* che siamo soliti riconoscerle nella definizione dell'ambito delle proprie indagini ³⁵.

In sintesi, dunque, ad avviso del Tribunale la decisione di escludere l'Italia dall'ambito del procedimento avviato dalla Commissione non era tale da incidere sulla situazione giuridica di Amazon, salvo che dal punto di vista procedurale. Del resto, l'art. 11.6, del regolamento 1/2003 mira a proteggere le imprese da procedimenti paralleli da parte della Commissione e di una o più autorità nazionali con riferimento alla medesima fattispecie e sui medesimi mercati. Non impedisce, invece, procedimenti paralleli su mercati geografici diversi ³⁶.

Le conclusioni del Tribunale si inquadrano nell'ambito di una ormai consolidata giurisprudenza delle corti europee in materia di meccanismi di ripartizione delle competenze nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. A titolo esemplificativo, nella recentissima sentenza *Slovak Telekom*, la Corte di giustizia si era interrogata se l'avvio di un procedimento da parte della Commissione privasse l'autorità slovacca della competenza ad agire, concludendo tuttavia che, in applicazione dell'art. 11.6 del regolamento n. 1/2003, le autorità garanti nazionali sono automaticamente private della loro competenza a perseguire le stesse condotte, se ed in quanto «interventute sullo stesso o sugli stessi mercati di prodotto e geografici nel corso dello stesso o degli stessi periodi» ³⁷.

2.1. Alcune notazioni sulla ripartizione delle competenze applicative

Dalla giurisprudenza esaminata si possono trarre alcune conclusioni, in forza delle quali la Commissione non solo gode di discrezionalità nell'esercizio del potere di avocazione di un caso, ma può anche ritagliare la propria competenza in modo da ricorrervi parzialmente. La discrezionalità nell'avviare un procedimento può dunque essere esercitata in modo tale da riguardare fatti-

³⁴ Di conseguenza, solo al termine dei procedimenti avviati dalla Commissione e dall'autorità antitrust italiana Amazon potrebbe fare valere, nell'ambito del ricorso diretto contro l'atto definitivo, gli eventuali vizi di detti procedimenti o delle decisioni adottate all'esito di essi: cfr. Tribunale UE, Ord., *Amazon.com Inc., et al c. Commissione*, cit., § 35-36.

³⁵ Pertanto, l'esclusione dell'Italia dall'ambito dell'indagine avviata dalla Commissione è una conseguenza puramente procedurale derivante dall'apertura dell'indagine medesima e non può trasformare la decisione impugnata in un atto che incide sulla posizione giuridica di Amazon e, quindi, in un atto impugnabile. Tribunale UE, Ord., *Amazon.com Inc., et al c. Commissione*, cit., § 34.

³⁶ Tribunale UE, ord. *Amazon.com Inc., et al c. Commissione*, cit., § 39 ss.

³⁷ Cfr. Corte di Giustizia UE, 25 febbraio 2021, C-857/19, *Slovak Telekom a.s.*, § 33; su questa importante sentenza, cfr. F. RIZZUTO-M. LYNCH, *Has the CJEU's Slovak Telekom Ruling Declared the Principle of Ne Bis in Idem Virtually Redundant in Cases of Parallel Public Enforcement of EU Competition Law? (C-857/19 Slovak Telekom)*, in 5 *Eur Comp. & Reg. L. Rev.*, 2021, p. 162.

specie che, sotto il profilo temporale, spaziale o dei mercati del prodotto interessati non coincidano pienamente con quelle già indagate dalle autorità nazionali, senza privare queste ultime della competenza applicativa. In altri termini, la Commissione potrebbe esautorare l'autorità nazionale integralmente, sottraendole il caso³⁸ o potrebbe decidere di avviare l'istruttoria sui medesimi fatti, ma in mercati diversi: in quest'ultima ipotesi, le autorità nazionali potrebbero proseguire con riferimento agli aspetti non avvocati.

L'opzione della 'avocazione parziale', che quindi comporta che le due autorità agiscano parallelamente, concentrandosi su mercati del prodotto e/o geografici distinti, non pare scontrarsi con il principio del *ne bis in idem*³⁹ e potrebbe risultare efficace quando, ad esempio, le dinamiche nei distinti mercati geografici o del prodotto siano disomogenee, sia necessaria una attività di indagine particolarmente approfondita e capillare su uno specifico mercato nazionale e l'autorità "domestica" risulti nella migliore posizione per effettuarla, o l'istruttoria sia già in fase avanzata⁴⁰.

Sebbene il Tribunale abbia respinto l'argomento in punto di diritto, non ci si può nascondere che in punto di fatto l'opzione della 'avocazione parziale' potrebbe comportare costi considerevoli per le imprese, non solo per la necessità di disporre delle risorse per difendersi al contempo di fronte a più autorità di tutela della concorrenza, ma soprattutto per il rischio di dovere subire decisioni confliggenti, non dovute alle specifiche dinamiche dei mercati e dei prodotti interessati. E lo stesso potrebbe dirsi con riferimento ad eventuali rimedi imposti, che se non attentamente scelti e modulati potrebbero confliggere tra loro, non essere applicabili contemporaneamente, o comunque aggravare inutilmente i costi di compliance delle imprese oggetto delle misure volte a fare terminare l'illecito e ripristinare condizioni di concorrenza effettiva. Al fine di evitare tali rischi, è allora evidente la necessità di una strettissima cooperazione tra le autorità interessate lungo tutto l'arco temporale dei procedimenti paralleli.

Da quest'ultimo punto di vista, si può osservare che nel procedimento Amazon si ha traccia di una sorta di coordinamento anche in relazione ai rimedi. In un primo tempo, infatti, l'Autorità garante aveva individuato come misura, tra le altre, quella di astenersi da ogni attività connessa alla fase di consegna dei pacchi per ordini realizzati sulla piattaforma Amazon.it⁴¹. Nel prov-

³⁸ Come è avvenuto nel già ricordato provv. AGCM, n. 29845, 12 ottobre 2021, *Google nel mercato italiano del display advertising*. L'AGCM, considerato che in data 22 giugno 2021 la Commissione aveva avviato una procedura per l'applicazione dell'articolo 102 TFUE nei confronti del gruppo Google (AT.40670 – Google-Adtech and Data-related practices) e che i comportamenti oggetto di valutazione da parte della Commissione nel predetto procedimento coincidevano con quelli esaminati dall'Autorità nel provvedimento di avvio dell'istruttoria per violazione dell'art. 102 TFUE, ha ritenuto che fosse venuta meno la propria competenza, deliberando di conseguenza che non vi fosse luogo a provvedere.

³⁹ Per una opinione parzialmente diversa, relativa però ad una fattispecie di applicazione del diritto nazionale e del diritto europeo, cfr. P. HARRISON-M. ZDZIEBORSKA, *Importance Of Robust Application Of The Ne Bis In Idem Principle In Competition Enforcement And Regulation*, p. 6, che può leggersi alla pagina <https://ssrn.com/abstract=4059170>.

⁴⁰ Così si deduce altresì dalle dichiarazioni della Commissione a seguito della pubblicazione del provvedimento dell'AGCM, nelle quali si legge che: «We are faced with an example of successful coordination between the European Commission and the Italian Authority, which was ideally placed to conduct a separate investigation into Amazon's conduct in Italy» (la dichiarazione è riportata in V. IORIO, *Brussels praises Italy for fining Amazon €1.1 billion in antitrust case*, in *Euractiv*, 10 December 2021).

⁴¹ Invero, il rimedio imposto appariva poco coerente con l'abuso riscontrato, posto che

vedimento finale l'AGCM rilevava, tuttavia, che «tenuto conto delle specificità del procedimento nazionale, nel presente provvedimento il contenuto delle misure da imporre alla Società è stato modulato al fine di assicurare l'applicazione uniforme del diritto della concorrenza dell'Unione Europea sull'intero territorio dell'Unione, anche considerato il procedimento in corso da parte della Commissione europea, che coinvolge alcune società del Gruppo Amazon, parti nel presente provvedimento»⁴². In proposito, le motivazioni dell'Autorità garante non appaiono del tutto chiare e convincenti. Sarebbe, infatti, quantomeno contraddittoria l'idea di mantenere in capo ad AGCM la competenza in ragione delle specificità dei mercati del prodotto e geografico nazionali per poi non tenere conto di queste specificità in sede di individuazione delle misure appropriate al fine di ripristinare condizioni di concorrenza effettiva (nel mercato nazionale), da sacrificarsi sull'altare del principio della applicazione uniforme del diritto della concorrenza europeo⁴³. È allora più verosimile che la Commissione europea, proprio in nome di quello stretto coordinamento che dovrebbe sussistere tra le istituzioni in vista dell'assunzione del provvedimento finale da parte dell'AGCM⁴⁴, abbia notato che il rimedio inizialmente individuato dall'autorità antitrust italiana non fosse necessario e proporzionato rispetto alla condotta abusiva, spingendola a desistere dalla sua imposizione anche facendo leva sull'opportunità di assumere – rispetto a situazioni simili – misure omogenee.

Una seconda considerazione riguarda l'allocatione delle competenze in una prospettiva di *politica della concorrenza*. La vicenda FBA Amazon riguardava una condotta potenzialmente abusiva su una pluralità di mercati nazionali, in relazione ad una fattispecie relativamente nuova, nella quale è particolarmente opportuno assicurare un rispetto effettivo delle regole di concorrenza. Il soddisfacimento anche solo di uno di questi criteri avrebbe dovuto indurre la Commissione, sin dall'inizio, ad avviare l'istruttoria su tutti i mercati europei interessati. E ciò senza contare che ragione ulteriore, se non ve ne fossero già state, per affidare all'autorità europea l'istruttoria risiedeva nel fatto che i temi del controllo delle grandi piattaforme in relazione ai diritti dei cittadini europei sono stati posti al centro dell'attività della Commissione nel primo mandato della Commissaria Vestager e oggi rientrano nelle priorità generali della Commissione per il periodo 2019-2024⁴⁵. Del resto, anche le scelte dell'Unio-

quest'ultimo produceva i suoi effetti restrittivi nel mercato (a monte, rispetto alla consegna) della logistica per e-commerce.

⁴² AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 890.

⁴³ Né sembra che potesse nascere automaticamente un conflitto rispetto ai rimedi applicabili dalla Commissione ad esito del procedimento europeo. Le misure dovrebbero innanzitutto essere efficaci nel risolvere il problema concorrenziale riscontrato, e la stessa Commissione potrebbe imporre misure diversificate, nei vari Stati membri, a seconda delle situazioni concorrenziali e di mercato in ciascuno di essi. Tale situazione non sarebbe censurabile, quantomeno se le misure fossero congrue, necessarie e proporzionate, e inoltre tra loro coerenti senza dare luogo a conflitti applicativi. Sarebbe invece scorretto imporre la medesima misura in situazioni oggettivamente diverse, o imporre misure diverse in una situazione che invece è la stessa (sempre che esse siano congrue, necessarie, proporzionate).

⁴⁴ Come è noto, ai sensi dell'art. 11, paragrafo 4, del regolamento 1/2003 al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri informano la Commissione. A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta.

⁴⁵ Cfr. l'Agenda Strategica dell'UE 2019-2024, formulata dal Consiglio Europeo nell'incontro

ne Europea per la regolazione *ex ante* delle grandi piattaforme digitali vanno nel senso di una ri-centralizzazione dei poteri di supervisione, intervento e sanzione in capo alla Commissione Europea, unica autorità competente ad applicare il regolamento in corso di emanazione, con le autorità degli Stati membri relegate a fornire eventualmente supporto nell'attività di indagine⁴⁶.

Può allora essere che la vicenda *FBA Amazon* rimanga un *unicum*, nella quale la Commissione ha forse errato nel non avviare fin da subito il procedimento, una volta informata dall'Autorità garante italiana della sua intenzione di aprire un'istruttoria (non sentendosela successivamente di avocare il caso quando l'AGCM era ormai prossima alla conclusione del procedimento). Se così non fosse, tuttavia, i meccanismi di ripartizione delle competenze, così come le linee guida sul funzionamento della Rete delle autorità nazionali di tutela della concorrenza, dovrebbero essere profondamente aggiornati e rivisti.

3. Il potere dell'Autorità garante di applicare rimedi comportamentali e strutturali

Si è detto della necessità che, in caso di istruttorie parallele, i provvedimenti finali e i rimedi siano tra loro coordinati e calibrati. Il riferimento ai rimedi consente di toccare un'altra questione, legata all'estensione dei poteri decisori di cui è dotata l'AGCM. Come è noto, tali poteri sono stati recentemente modificati a motivo del recepimento della c.d. Direttiva ECN+, volta a rafforzare le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e dotarle di poteri di enforcement più omogenei ed efficaci al fine dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE⁴⁷.

del 20 giugno 2019, nonché la Mission letter della Presidente Ursula Von Der Leyen alla Vice Presidente Margrethe Vestager del 1 dicembre 2019, con delega tanto alla concorrenza quanto alla trasformazione digitale, intitolata *Executive Vice-President for a Europe fit for the Digital Agenda*. I documenti si leggono alle pagine: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2019/06/20/a-new-strategic-agenda-2019-2024/>, nonché https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/default/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-margrethe-vestager_2019_en.pdf.

⁴⁶ Si veda l'art. 9 del testo della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali) nell'ultima versione della proposta, elaborata il 11 maggio 2022 dopo l'accordo di fine marzo tra il Consiglio e il Parlamento (D.I. 2020/0374(COD)); la documentazione è raccolta alla pagina: [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0374\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0374(COD)&l=en).

⁴⁷ Cfr. Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno (Testo rilevante ai fini del SEE), in *GU* L11, 2019, pp. 3-33. La Direttiva è recepita con legge 22 aprile 2021, n. 53, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2019-2020 (art. 6 e 7 dell'allegato); il Governo ha poi emanato il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, entrato in vigore il 14 dicembre 2021. Sulle varie fasi del recepimento in Italia della direttiva e del suo impatto sulla legge antitrust italiana, v. ASSONIME, *Poteri dell'AGCM e rafforzamento della cooperazione tra autorità di concorrenza: il recepimento della direttiva ECN Plus*, Circolare n. 4, gennaio 2022; G. DALLA VALENTINA, *Competition Law Enforcement in Italy after the ECN+ Directive: The Difficult Balance between Effectiveness and over-Enforcement*, in 20 YARS, 2020, pp. 91-110; P. DE PASQUALE, *L'European Competition Network tra rafforzamento della collaborazione e vecchi vincoli: l'attuazione in Italia della direttiva ECN+*, in 47 DPCE Online, [S.l.], 2021; N. INFANTE, *Implementation of the ECN+ Directive: Italy getting closer to the finish Line*, in 5 CoRe, 2021, p. 268 ss.;

Il provvedimento *FBA Amazon* è stato tuttavia assunto *prima* dell'entrata in vigore di tali modifiche. Di conseguenza, nel vietare la condotta ritenuta abusiva, l'autorità ha applicato il previgente testo dell'art. 15, legge n. 287/1990, il quale non prevedeva *esplicitamente* la possibilità di imporre rimedi comportamentali o strutturali. La norma si limitava infatti a stabilire che se l'AGCM, a seguito di istruttoria, avesse ravvisato un'infrazione alle regole di concorrenza, avrebbe fissato il termine per l'eliminazione dell'infrazione ovvero, se già cessata, ne avrebbe vietato la reiterazione.

Proprio per questo motivo Amazon, nel corso dell'indagine, ha vivacemente contestato la ventilata imposizione delle misure, lamentando che l'Autorità non disponesse di alcun potere per applicarle. Si legge ai punti 479 ss. del provvedimento che – ad avviso dell'impresa indagata – l'AGCM «sarebbe priva dei necessari poteri per imporre rimedi, tanto di natura comportamentale quanto strutturale, nei procedimenti in cui si applica l'articolo 102 (posto che) l'articolo 15 della legge n. 287/1990 stabilisce che l'Autorità fissi il termine per la cessazione delle contestazioni accertate, senza alcun riferimento al potere di adottare rimedi». In assenza della necessaria base giuridica, l'imposizione di rimedi avrebbe dunque violato gli articoli 23 e 25 Cost.

Le contestazioni di Amazon riguardavano l'insieme dei rimedi che l'AGCM intendeva imporre, ma l'impresa si doleva soprattutto per l'ipotizzata imposizione di una misura strutturale volta ad impedirle di operare nel mercato delle consegne di pacchi. Sebbene tale rimedio sia stato espunto dal provvedimento finale, ed il TAR del Lazio abbia *sospeso* l'applicazione dell'intero pacchetto delle misure, sembra opportuno svolgere qualche considerazione ulteriore sul potere dell'AGCM di imporre rimedi comportamentali e strutturali e sui suoi limiti.

Invero, la questione non è nuova ed era già stata posta al vaglio dei giudici amministrativi, con soluzioni non sempre coincidenti⁴⁸. Nel corso del tempo la giurisprudenza sembra tuttavia essere giunta ad una posizione concordante e affermativa circa il potere dell'AGCM di imporre tanto rimedi comportamentali, quanto rimedi strutturali⁴⁹. Secondo il pronunciamento più recente del Consiglio di Stato⁵⁰, l'Autorità avrebbe il potere di imporre sia rimedi comportamentali, sia rimedi strutturali se ed in quanto intesi a ripristinare la situazione concorrenziale indebitamente ristretta. Lo stesso Consiglio di Stato indica al riguardo che in presenza «di fatti storici già compiuti e di illeciti che hanno i loro

G. CODACCI PISANELLI, *Questioni di priorità: la Direttiva ECN+ e la discrezionalità dell'Autorità di concorrenza nella selezione dei casi*, in *M.C.R.*, 2021, p. 173 ss.; con particolare riferimento ai possibili effetti sui poteri sanzionatori dell'AGCM v. F. GHEZZI, *L'efficacia dei poteri di enforcement delle autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 965 ss.

⁴⁸ La stessa AGCM aveva inizialmente sostenuto di non disporre di poteri di imposizione di misure specifiche: cfr. AGCM, n. 14184, 31 marzo 2005, *Lottomatica-Sisal*: la diffida non può spingersi fino ad indicare «le specifiche modalità di ottemperanza alla diffida (che) rientrano nella sfera di autonomia delle imprese destinatarie». Nello stesso senso, ossia per una interpretazione restrittiva dell'art. 15 legge n. 287/1990, il quale non consentirebbe dunque l'imposizione di rimedi comportamentali o strutturali, v. A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008.

⁴⁹ Si vedano, nello stesso senso, M. D'OSTUNI-M. BERETTA, *Diritto della concorrenza in Italia*, Torino, 2021, p. 449 ss.; C. LO SURDO, *Commento all'art. 15*, in C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza*, Padova 2019, nonché l'ampio saggio di M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in *Conc. merc.* 2011, pp. 567 ss.

⁵⁰ Cons. Stato 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*.

effetti ancora in oggettivo atto, l'autorità può invero adottare ordini alla luce del principio del c.d. effetto utile, e in ragione del principio di proporzionalità. È dato perciò imporre alle imprese misure dettagliate, sia comportamentali che strutturali, dirette ad eliminare nell'immediato futuro gli effetti delle intercorse infrazioni», rispettando i caratteri dell'idoneità, della necessità e dell'adequatezza⁵¹. In altri termini, l'art. 15 legge n. 287/1990, ed in particolare l'atto di diffida, andrebbero considerati secondo il principio dell'effetto utile, avendo la funzione di ottenere che nel mercato inciso siano ripristinate in forma il più possibile (*quam maxime*) specifiche condizioni simili a quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'infrazione⁵².

Tuttavia, in concreto i giudici amministrativi non si erano mai espressi favorevolmente sulla legittimità di un rimedio strutturale, riscontrando un contrasto con il principio di proporzionalità e ragionevolezza e mostrando in linea generale un atteggiamento guardingo, se non di aperto scetticismo, con riferimento all'utilizzo in concreto di tali misure "gravissime"⁵³.

3.1. Il nuovo testo dell'art. 15 legge n. 287/1990

A seguito del recepimento della Direttiva ECN+, il testo dell'art. 15, comma 1, legge n. 287/1990 è stato modificato. La prima parte continua a prevedere che se, a seguito di istruttoria, l'AGCM ravvisa un'infrazione agli artt. 101 o 102 TFUE (o degli artt. 2 o 3, legge n. 287/1990), essa fissa il termine per l'eliminazione dell'infrazione ovvero, se l'infrazione è già cessata, ne vieta la reiterazione. Alla disposizione è stato però aggiunto l'inciso che «l'Autorità antitrust può imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa». Si specifica, infine, che, al momento di scegliere fra due rimedi ugualmente efficaci, l'AGCM deve optare per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità.

I rimedi comportamentali e strutturali sono dunque entrati a pieno titolo tra gli strumenti a disposizione dell'Autorità antitrust italiana per indurre una più pronta ed efficace cessazione della violazione o per impedirne la reiterazione. Si deve notare, al riguardo, che la normativa italiana non si esprime su un ordine di preferenza tra queste due forme di rimedio, limitandosi a stabilire – in ossequio ai principi di proporzionalità e ragionevolezza – che al momento di scegliere fra due rimedi *ugualmente* efficaci, l'AGCM opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa. È dunque ragionevole ritenere che, in linea con la giurisprudenza eu-

⁵¹ Con ciò intendendosi, quanto all'idoneità, il rapporto tra mezzo e obiettivo; quanto alla necessità, l'assenza di altri mezzi idonei, ma tali da incidere in misura minore sulla condizione della singola impresa; quanto all'adequatezza, la tollerabilità della restrizione degli interessi dell'impresa privata in una prospettiva di valutazione comparativa. Cons. Stato 8 aprile 2014, n. 1673, § 5.

⁵² Cons. Stato 8 aprile 2014, n. 1673, § 5.

⁵³ Cfr. per tutte Cons. Stato, 20 febbraio 2008, n. 594, *Rifornimenti aeroportuali*, e le osservazioni di R. GAROZZO, *Le decisioni dell'AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 181. Come nota C. Lo SURDO, *Commento all'art. 15*, cit., un'apertura al riconoscimento del potere di imporre specifiche misure *strutturali* si era registrata in TAR Lazio 26 giugno 2008, n. 6213, *Calcestruzzo cellulare autoclavato*, e TAR Lazio 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*, ma sul punto non si sono espresse le relative pronunce di secondo grado (Cons. Stato 13 settembre 2012, n. 4873 e Cons. Stato 1 marzo 2012, n. 1192).

ropea e nazionale, si confermi il *favor* nei confronti degli impegni comportamentali, in linea generale meno invasivi rispetto all'impresa e al suo patrimonio⁵⁴.

L'esplicita previsione dei nuovi poteri nel testo normativo non deve essere interpretata quale un nulla osta per l'imposizione di rimedi che siano non idonei o proporzionali, come pareva effettivamente la misura strutturale relativa all'obbligo di astensione dal porre in essere l'attività di consegna dei pacchi. D'altro lato, in una visione dell'intervento a tutela della concorrenza più proattiva e volta ad evitare il rischio di recidive, il fatto che sia stato riconosciuto normativamente il potere di imporre rimedi comportamentali e strutturali potrebbe stimolare l'AGCM a seguire con maggiore frequenza quanto deliberato nel caso Amazon, applicando specifiche misure comportamentali, unitamente a forme monitoraggio indipendente della corretta compliance dell'impresa, al fine di ristabilire una concorrenza effettiva sui mercati.

4. Una sanzione iperbolica o insufficiente?

Se i rimedi rispondono a finalità correttive e ripristinatorie di condizioni di mercato non affette da restrizioni concorrenziali, le sanzioni hanno, secondo la consolidata giurisprudenza, finalità punitive e dissuasive. Da questo punto di vista, la sanzione applicata nei confronti di Amazon ha suscitato notevole scalpore, soprattutto sulla stampa quotidiana, per il suo livello 'iperbolico'⁵⁵. In effetti, se si guarda ai precedenti, l'AGCM aveva già applicato sanzioni elevate, specie in casi di cartelli⁵⁶, ma assai raramente la sanzione applicata a *ciascuna* delle imprese coinvolte nell'infrazione aveva superato i 100 milioni di euro⁵⁷.

Al riguardo, occorre premettere che l'Autorità garante segue, ai fini della

⁵⁴ Questa impostazione è riflessa nella citata Direttiva (UE) 1/2019, ove si afferma, al considerando 37, che le misure «strutturali, come gli obblighi di cedere una partecipazione azionaria in un concorrente o di liberarsi di un'unità operativa, hanno ripercussioni sul patrimonio di un'impresa e si può presumere siano più onerosi per quest'ultima dei rimedi comportamentali. Tuttavia, questo non dovrebbe precludere alle ANC di ritenere, in un caso specifico, che le circostanze di una particolare infrazione giustifichino l'imposizione di un rimedio strutturale, poiché sarebbe più efficace per porre fine all'infrazione rispetto a un rimedio comportamentale».

⁵⁵ Iperbolico è l'aggettivo utilizzato dalla stessa Amazon nel ricorso cautelare presentato ai fini della sospensione della sanzione, che tuttavia il TAR del Lazio non ha accolto nell'ordinanza n. 1530/2022. Nella stampa quotidiana si è parlato di 'batosta' (ne *Il Giornale.it*, 2 dicembre 2021), di 'maxi sanzione' (ne *Milano Finanza* del 9 dicembre 2021), nonché di 'punizione' con una 'super multa' (*L'Avvenire.it* del 9 dicembre 2021).

⁵⁶ L'AGCM ha applicato le sanzioni più elevate nei provv. 20 dicembre 2018, n. 27497, *Finanziamenti Auto* (678 milioni di euro); 28 luglio 2000, n. 8546, *RC Auto* (361 milioni); 14 giugno 2006, n. 15604, *Rifornimenti aeroportuali* (301 milioni); 17 luglio 2019, n. 27849, *Prezzi del cartone ondulato* (287 milioni); 8 giugno 2000, n. 8353, *Accordi per la fornitura di carburante* (249 milioni); 28 gennaio 2020, n. 28102, *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria* (228 milioni); 17 aprile 2019, n. 27646, *Gara Consip FM4* (194 milioni); 27 febbraio 2014, n. 24823, *Roché/Novartis Farmaci Avastin e Lucentis* (182 milioni).

⁵⁷ Si tratta di alcune delle imprese coinvolte nei citati procedimenti per divieto di intese *Finanziamenti Auto* (FCA Bank con 178 milioni; Volkswagen Bank, 163 milioni e Renault RCI Bank, 125 milioni); *Rifornimenti aeroportuali* (ENI, 117 milioni); *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria* (TIM, 114 milioni) e *Accordi per la fornitura di carburante* (Agip Petroli, 110 milioni), nonché delle imprese oggetto di procedimenti per abuso di posizione dominante nei provv. 16 novembre 2004, n. 13752, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia* (152 milioni), 25 febbraio 2020, n. 28162, *Condotte Fibra Telecom Italia* (116 milioni), 27-4-2021, n. 29645, *Google* (102 milioni).

determinazione della sanzione, le linee guida sulla quantificazione introdotte nel nostro ordinamento a partire dal 2014⁵⁸; a loro volta tali linee guida sono modellate sugli orientamenti per il calcolo delle ammende pubblicati dalla Commissione europea nel 2006⁵⁹. Il primo passo consiste nel calcolare la sanzione di base. Essa dipende innanzitutto dal fatturato realizzato nel mercato in cui si è consumata la violazione, moltiplicato per la durata della pratica e per un coefficiente variabile tra lo 0 ed il 30%, che riflette la gravità dell'infrazione alle regole di concorrenza. L'individuazione dell'esatta percentuale da applicarsi nell'ambito di tale forcella dipende dalla c.d. gravità intrinseca (ossia dalla natura) della violazione, dalla quota di mercato, dall'estensione geografica della pratica, e da altri fattori. A questa somma può aggiungersi una somma forfetaria in caso di condotte particolarmente gravi (in particolare, ma non esclusivamente, cartelli segreti). Il risultato può poi variare in funzione della presenza di fattori aggravanti o attenuanti e dall'esigenza di assicurare la necessaria dissuasione, legata alle dimensioni complessive e ai profitti dell'impresa oggetto del provvedimento.

Nel caso *FBA Amazon*, non pare che vi sia stato alcun significativo discostamento rispetto alle linee guida, nonché alla prassi e ai consolidati principi applicativi a livello nazionale ed euro-unitario, ancorché non sia immediato ricostruire il calcolo della sanzione effettuato dall'AGCM: infatti, per ragioni di segreto aziendale molti dati non sono stati riportati nel provvedimento e la stessa autorità antitrust non ha inteso specificare il coefficiente di gravità applicato (limitandosi ad affermare che esso è stato fissato tra l'1 e il 10%).

Guardando al profilo *qualitativo*, e prendendo le mosse dal coefficiente di gravità, l'AGCM ha definito la condotta molto grave sulla base: (a) della posizione di forte dominanza sul mercato, da cui derivava una 'speciale responsabilità' di Amazon; (b) della consapevolezza circa la potenziale anti-competitività della condotta; (c) della rilevanza dell'impatto restrittivo, verosimilmente assai significativo e atto a scoraggiare, se non eliminare, la concorrenza nei mercati rilevanti⁶⁰; (d) degli effetti negativi sull'innovazione⁶¹, alimentati dalle caratteristiche specifiche dei mercati considerati, tali da favorire una loro assai rapida monopolizzazione nel caso in cui un operatore si avvantaggi sugli altri concorrenti⁶². Ora, dalla prassi applicativa della Commissione, avallata sul punto dalla giurisprudenza europea si deduce che, in presenza di abusi escludenti 'particolarmente gravi', il coefficiente di gravità applicato è variato tra il 2 e il 10% del fatturato globale realizzato dall'im-

⁵⁸ AGCM, provv. 22 ottobre 2014, n. 25152, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, Provv. 22 ottobre 2014, n. 25152, in *Boll.*, 42/2014.

⁵⁹ Commissione UE, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003* (Testo rilevante ai fini del SEE), in *GUUE*, C210/2006, pp. 2-5.

⁶⁰ V. AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 872.

⁶¹ L'AGCM sottolinea che le attività scoraggiate erano particolarmente innovative, proposte da nuovi operatori di logistica integrata, e basate sull'impiego di tecnologia d'avanguardia; si trattava quindi di un ostacolo particolarmente odioso, visto l'elevato potenziale di crescita del mercato dei servizi di intermediazione su marketplace. Cfr. AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 873.

⁶² La caratteristica di mercato a due versanti fa sì che una volta raggiunta una certa scala il mercato tende naturalmente al monopolio perché venditori e consumatori sono costretti ad utilizzare la piattaforma dominante; cfr. Cfr. AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 874.

presa coinvolta nell'istruttoria⁶³, raggiungendo la percentuale più elevata (10%) nella decisione *Google Shopping*⁶⁴. Nel caso *FBA Amazon*, il coefficiente di gravità applicato dall'AGCM è risultato dunque in linea, se non inferiore, rispetto ai precedenti europei.

Due altri elementi hanno però determinato la anomala entità della sanzione applicata: l'ammontare del fatturato preso in considerazione⁶⁵, e la lunga durata della condotta, quantificata in 5 anni e 11 mesi⁶⁶, con quindi un effetto moltiplicativo particolarmente significativo⁶⁷. In aggiunta, ai sensi del punto 25 delle linee guida, la somma così determinata è stata incrementata del 50% al fine di ottenere il necessario effetto dissuasivo, ciò che rientra nella prassi usuale delle autorità antitrust quando le dimensioni e il fatturato complessivamente realizzato dall'impresa siano di ammontare esorbitante rispetto alla sanzione calcolata: infatti, «perché l'effetto dissuasivo sia sufficiente, l'impatto sulla *impresa* cui l'ammenda viene inflitta non deve essere trascurabile»⁶⁸.

Si è così giunti a determinare la "iperbolica" sanzione di oltre un miliardo di euro, ma ovviamente non è difficile comprendere che, al fine di valutarne proporzionalità, ragionevolezza ed anche capacità di dissuasione, il riferimento non debba andare al valore della sanzione in termini assoluti, bensì alla percentuale rispetto al fatturato complessivamente generato dall'impresa. È per questo stesso motivo che tanto a livello europeo, quanto a livello italiano, è stabilito un limite massimo dell'ammenda in percentuale del fatturato realizzato a livello mondiale dalla impresa oggetto del provvedimento⁶⁹.

Da questo punto di vista, la stessa AGCM, consapevole del clamore che

⁶³ Cfr. Commissione 18 luglio 2019, *Qualcomm*, § 2171; 17 dicembre 2018, *BEH Gas*, § 687; 18 ottobre 2014, *Slovak Telecom*; 22 giugno 2011, *Telekomunikacja Polska*, § 899; 18 luglio 2018, *Google Android*, § 1453; 20 marzo 2019, *Google Search (Ad Sense)*, § 712; T. UE 18 novembre 2020, *Leituvos Gelezinkelai*, T-814/17, § 366; CGUE 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom*, C-280/08, § 276.

⁶⁴ Commissione 27 giugno 2017, *Google Search (Shopping)*, confermata sul punto da Tribunale UE, 10 novembre 2021, T-612/17, *Google LLC, Alphabet, Inc., c. Commissione*, § 658 ss., anche se con motivazioni differenti circa gli elementi da considerarsi ai fini della fissazione del coefficiente di gravità.

⁶⁵ L'AGCM ha preso in considerazione il valore delle vendite realizzate da Amazon per l'offerta del servizio di intermediazione di base (*Vendita su Amazon*) e del servizio di logistica (*Logistica di Amazon*) su *Amazon.it* nel 2020; su tale ricostruzione non sembrano esservi state contestazioni da parte di Amazon.

⁶⁶ Su quest'ultimo punto, Amazon aveva sostenuto che la durata dovesse essere calcolata solo fino all'introduzione del nuovo sistema di logistica alternativo a FBA, che avrebbe consentito di usufruire dei vantaggi sulla piattaforma di vendita, quali l'etichetta Prime, senza dover usufruire della logistica di Amazon. L'AGCM ha tuttavia ritenuto che questo sistema non risolvesse affatto le questioni concorrenziali accertate e di conseguenza ha calcolato la durata della condotta fino al momento della chiusura del procedimento.

⁶⁷ Non è stata considerata la c.d. *entry fee*, o biglietto di ingresso, che può applicarsi in caso di cartelli segreti, ma anche in presenza di abusi di posizione dominante escludenti di particolare gravità. Inoltre, non sono state applicate aggravanti o attenuanti.

⁶⁸ Così Tribunale UE 18 giugno 2008, *Hoechst*, T-410/03, § 382, e più recentemente Tribunale UE 13 dicembre 2018, *Deutsche Telekom*, T-827/14, § 518. Lo specifico incremento della sanzione a fini dissuasivi può essere opportuno anche in ottica di deterrenza generale, ossia al fine di influenzare la condotta di *altre* imprese; imprese, cioè, non coinvolte nell'istruttoria ma le cui decisioni future potrebbero essere influenzate dal livello delle ammende applicate in una determinata fattispecie: cfr. Commissione 27 giugno 2017, *Google Search (Shopping)*, § 753; Commissione 20 marzo 2019, *Google Search (AdSense)*, § 750.

⁶⁹ Si veda, nella giurisprudenza europea, Corte di Giustizia UE 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri*, C-189/02 P, § 280.

una sanzione tanto elevata in termini assoluti avrebbe potuto suscitare, ha voluto sottolineare di avere adottato una sanzione definitiva pari allo 0,37% del fatturato mondiale del gruppo Amazon nel 2020, e ad un valore tra l'1 e il 2% del fatturato delle società europee del medesimo gruppo, specificamente oggetto dell'istruttoria⁷⁰.

Si potrebbe tuttavia ritenere che, onde valutare il grado di incisività e di ragionevolezza della sanzione, l'ammontare del fatturato non sia un indicatore ideale, perché non distingue tra imprese ad alto e basso valore aggiunto, né consente di tenere conto della presenza di perdite dell'impresa oggetto di istruttoria. Sarebbe allora preferibile considerare il livello della sanzione (anche) rispetto ai profitti (o alle perdite) conseguiti dall'impresa⁷¹. Le conclusioni, almeno nel caso di specie, non muterebbero. Se, infatti, si considerassero i profitti netti conseguiti a livello mondiale da Amazon nell'esercizio precedente l'istruttoria, pari a circa 20 miliardi di euro, e li si rapportasse alla sanzione applicata dall'AGCM, ci si avvedrebbe che quest'ultima rappresenterebbe gli utili netti conseguiti dal gruppo Amazon in 20 giorni; prendendo invece i dati relativi al 2021, per pagare la sanzione sarebbero bastati circa dodici giorni dei profitti netti realizzati dall'impresa (a livello globale)⁷².

In questi termini non si può dunque parlare di sanzione sproporzionata, dovendosi al contrario dubitare della sua piena capacità di dissuadere l'impresa dal reiterare le condotte abusive accertate dall'AGCM⁷³. Certamente, tuttavia, se si guarda alla severità della sanzione rispetto agli specifici mercati in cui è stata commessa l'infrazione e all'impatto, attuale e potenziale, che la condotta ha determinato, le conclusioni dovrebbero cambiare⁷⁴. Infatti, in presenza di: (a) condotte gravi, (b) di lunga durata, (c) in mercati di nicchia o nazionali, (d) poste in essere da imprese multinazionali, la sanzione, pur rimanendo al di sotto del limite massimo legale (pari al 10% del fatturato mondiale), potrebbe giungere a valori prossimi o addirittura superiori al fatturato realizzato nei mercati considerati. Se, ad esempio, si applicasse un coefficiente di gravità intermedio ad una intesa o una condotta abusiva posta in essere per una durata di 10 anni, la sanzione applicata (senza considerare aggravanti, la c.d. *entry fee*, o l'incremento per fini dissuasivi) risulterebbe pari al valore dell'intero fatturato realizzato nell'ultimo esercizio nei mercati oggetto di istruttoria. La sanzione rimarrebbe adeguata sotto il profilo dissuasivo, ma risulterebbe non proporzionata dal punto di vista punitivo, ossia sotto il profilo del rapporto che deve sussistere tra la condotta dell'agente e la risposta sanzionatoria dell'ordinamento, fra la gravità del comportamento di questi e la natura afflittiva della sanzione. E ciò, in particolare, laddove alla sanzione dell'AGCM si sommasse-

⁷⁰ AGCM, *FBA Amazon*, §§ 882-883.

⁷¹ Sul punto cfr. V. BAGERI-Y. KATSOUACOS-G. SPAGNOLO, *The Distorsive Effects of Antitrust Fines Based on Revenue*, in 123 *The economic Journal*, 2013, F545-F557.

⁷² Amazon nel 2021 ha conseguito profitti netti pari 33,364 miliardi di dollari, che al cambio attuale (3 luglio 2022) corrispondono a 31,240 miliardi di euro. I dati sono stati presi dalle statistiche pubblicate su: <https://www.wsj.com/market-data/quotes/AMZN/financials/annual/income-statement>.

⁷³ Tanto più considerando il fatto che il caso – anche nell'ipotesi in cui l'impianto accusatorio reggesse di fronte ai nostri giudici amministrativi – difficilmente condurrebbe ad azioni di private enforcement, se non per altro, per l'estrema difficoltà della quantificazione dei danni.

⁷⁴ Pur in mancanza di dati certi, si può ipotizzare che la sanzione applicata dall'AGCM corrisponda a circa il 15% del fatturato realizzato da Amazon in Italia nell'esercizio precedente la chiusura dell'istruttoria.

ro i risarcimenti dei danni richiesti in sede civile dai soggetti colpiti dalle condotte restrittive della concorrenza.

Sempre in tema di sanzioni, vale la pena di svolgere una considerazione ulteriore, che si ricollega alla ripartizione di competenze. Da un punto di vista teorico, e soprattutto dopo il recepimento della Direttiva (UE) 1/2019, si potrebbe affermare la sostanziale indifferenza per l'impresa circa la ripartizione delle competenze. In base alle norme, la Commissione e le autorità nazionali di tutela della concorrenza applicano le stesse regole, seguendo i medesimi principi interpretativi, e conoscendo una fortissima standardizzazione anche sotto il profilo dei poteri di indagine, di decisione e di sanzione⁷⁵. Tuttavia, per le autorità e gli stessi Stati membri, la ripartizione di competenze non è neutrale o indifferente. La rilevanza e il richiamo di un caso, ma soprattutto il livello delle sanzioni, rendono infatti molto più complicato, per una autorità nazionale, decidere di non avviare un procedimento, anche se questo potrebbe essere meglio trattato a livello europeo (o da un'altra autorità del network). L'Autorità nazionale fonda il proprio prestigio non solo sul numero dei procedimenti e sulla percentuale di successi, ma anche sulla notorietà dei casi giudicati e sull'ammontare delle sanzioni complessivamente irrogate in un determinato periodo. Un procedimento e soprattutto una sanzione come quella comminata ad Amazon dall'AGCM incide evidentemente sulla reputazione di quest'ultima a livello internazionale ma, in linea di principio, anche sul suo posizionamento nel quadro istituzionale interno. Le sanzioni antitrust costituiscono a tutti gli effetti entrate dello Stato. Le autorità nazionali, ma anche gli Stati membri, hanno pertanto un interesse molto forte a mantenere la competenza su questo tipo di decisioni. Non è dunque difficile immaginarsi una qualche resistenza dell'AGCM, anche sotto questi profili, nei confronti dell'ipotesi di essere privata della competenza applicativa ai sensi dell'art. 11.6, del regolamento n. 1/2003 in favore della Commissione⁷⁶.

Queste argomentazioni, peraltro, si scontrano con un dato che rappresenta, ormai, una costante negli ultimi 20 anni. Di fronte alla giurisprudenza amministrativa, oltre il 50% dei provvedimenti dell'Autorità garante viene riformato, ossia annullato totalmente o parzialmente, con conseguente rideterminazione (meglio, riduzione) della sanzione⁷⁷. Per quanto concerne la riduzione della sanzione, le motivazioni principali riguardano una diversa percezione della gravità delle condotte, specialmente di fronte a condotte che non sono chiaramente anticompetitive o per le quali non vi è un formante giurisprudenziale sufficientemente chiaro e consolidato. In una vicenda come quella oggetto di questo commento, in cui la tipologia di condotta non può certo dirsi rientrare tra quelle che tradizionalmente sono colpite dalle autorità antitrust e vi

⁷⁵ Ovviamente, nella pratica concreta non è così, poiché alcuni Stati membri hanno sistemi di enforcement assai più efficaci e un approccio molto più severo nei confronti delle violazioni concorrenziali rispetto ad altri; la strada per giungere al *level playing field* auspicato dalla Commissione pare cioè ancora lunga e tortuosa. Basti pensare al diverso grado di indipendenza di molte autorità, alle capacità e alle risorse umane e finanziarie, non sempre adeguate, ma soprattutto ai diversi sistemi procedurali e giurisdizionali vigenti a livello nazionale.

⁷⁶ Anche le sanzioni applicate dalla Commissione vanno ad alimentare il bilancio UE, riducendo proporzionalmente quanto gli Stati membri devono versare annualmente quale contributo, ma il beneficio per il paese nel quale è avvenuta l'infrazione è alquanto diluito.

⁷⁷ Cfr. A. CASTALDO-M. GRANTALIANO-N.M.F. FARAONE, *La rideterminazione giudiziale delle sanzioni antitrust: tra discrezionalità tecnica e metodologica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2018, p. 487 ss., nonché F. GHEZZI, *I numeri dell'antitrust*, in *Riv. soc.*, 2022.

sono indizi che l'impresa abbia agito per preservare la qualità dei servizi (ancorché nel provvedimento si sostenga che Amazon non ha dato alcuna prova al riguardo), imporre una sanzione 'iperbolica' reca in sé il rischio molto forte che anche per questo motivo il provvedimento finisca per essere annullato di fronte ai giudici amministrativi. Con il pericolo, peraltro, che le condotte che l'Autorità ha ritenuto abusive proseguano in futuro in quanto non più oggetto della "sanzione" inibitoria⁷⁸.

In ogni caso, si è di fronte a sanzioni particolarmente elevate, ma – come si è visto – non dissuasive, e che potrebbero essere annullate o ridotte sensibilmente; sanzioni che, nel caso in commento, giungono (complice forse anche la pandemia, oltre che i vari incidenti procedurali di cui si è detto) dopo quasi tre anni dall'avvio dell'istruttoria. Di qui il dubbio che, in un'ottica di tutela del mercato, un intervento più immediato e, per certi versi, collaborativo, come la procedura con impegni, sarebbe stato più efficace, ristabilendo in modo più celere un ambiente competitivo nel mercato dei servizi di logistica per marketplace. Da quanto risulta dal procedimento, l'AGCM forse non ha sollecitato, ma non si è certo opposta a questa soluzione. Amazon aveva richiesto inizialmente una proroga del termine per la presentazione di impegni, motivandola con la complessità del caso, e tale proroga è stata concessa; tuttavia, scaduta la proroga Amazon ha optato per non presentare gli impegni, ritenendo evidentemente che tale percorso non fosse ottimale ai fini della sua strategia difensiva. Si apre, dunque, il dibattito su come contrastare in modo più efficace questo genere di condotte abusive da parte dei grandi ecosistemi, dibattito che ha condotto a perseguire una strada del tutto diversa, che non può essere nemmeno accennata in questa sede, consistente nella regolazione *ex ante* di talune condotte delle piattaforme digitali di maggiore dimensione⁷⁹.

5. Una pratica e molte qualificazioni giuridiche

Discusse le questioni di natura procedurale, è possibile concentrarsi sul secondo aspetto che è parso meritevole di un esame più approfondito, ossia quello dell'apparente ambiguità terminologica con la quale l'AGCM ha qualificato le condotte poste in essere da Amazon. Al riguardo, occorre prendere le mosse da una constatazione semplice, ma non per questo banale: le parole e le qualificazioni contano. I termini e le frasi che le autorità antitrust utilizzano per caratterizzare le condotte esaminate sono cruciali non solo perché contribuiscono a spiegare l'operato delle autorità medesime e quindi ad incrementare la trasparenza e l'*accountability* dell'intervento dei pubblici poteri nel mercato, ma anche – e forse principalmente – perché servono a stabilire quale sia *la fattispecie teorica* che le autorità contestano alle imprese.

⁷⁸ Si è già ricordato che il TAR del Lazio ha sospeso il provvedimento dell'Autorità garante con riferimento alle misure imposte dall'Autorità garante al fine di ripristinare condizioni di concorrenza effettiva.

⁷⁹ Con specifico riferimento alle pratiche di *self-preferencing*, il Digital Market Act, nella versione che è stata emendata dopo l'accordo politico tra il Parlamento e il Consiglio europeo del marzo 2022, e che dovrebbe essere adottata entro dicembre 2022, prevede una serie di obblighi di condotta all'art. 5.

E, come ben noto, in ossequio alla certezza del diritto, l'esatta indicazione della fattispecie teorica contestata è a sua volta funzionale alla realizzazione di molteplici obiettivi. In primo luogo, serve a cristallizzare i c.d. elementi costitutivi della fattispecie ossia, da un lato, i fatti che le autorità sono tenute a provare per dimostrare l'illiceità della condotta esaminata e, dall'altro, i fatti sui cui devono invece concentrarsi le imprese per mostrare la natura non lesiva di quella pratica. In secondo luogo, l'esatta identificazione della fattispecie teorica contestata serve a comprendere se la norma invocata che include quella fattispecie possa trovare applicazione o meno, ossia se le conseguenze giuridiche (come, ad esempio, il divieto e la sanzione) che quella norma associa all'avverarsi dei fatti che le autorità sono riuscite a sussumere nella fattispecie astratta possano dispiegarsi o meno. Infine, l'esplicitazione della fattispecie teorica contestata consente ai giudici del riesame di controllare chi tra le autorità e le imprese abbia provato la fondatezza della sua tesi, rispettivamente accusatoria e difensiva.

Ora, nella decisione *FBA Amazon* l'AGCM descrive la condotta di Amazon con parole, espressioni e riferimenti che si attaglierebbero ugualmente a una condotta di *tying*, ad un caso di *essential facility*, o ad una ipotesi di *self-preferencing*⁸⁰. Ad esempio, in una serie di paragrafi immediatamente consecutivi, l'AGCM afferma che:

– «il comportamento abusivo contestato ad Amazon consiste *nell'aver abbinato* l'insieme delle funzionalità indispensabili per il successo della propria offerta su *Amazon.it*, grazie alla maggiore visibilità e un aumento delle vendite, a *FBA* (...). In tal modo, (...) Amazon *ha artificiosamente unito due servizi distinti* (...) al fine di creare un *incentivo illecito* all'acquisto di *FBA*, in assenza di modalità alternative di accesso ai medesimi vantaggi, che prescindano dall'uso di *FBA*»⁸¹;

– «L'induzione alla sottoscrizione del proprio servizio di logistica si basa non già su un obbligo contrattuale, ma sull'aver reso *FBA* l'unica via a disposizione dei retailer per ottenere *vantaggi indispensabili* (...), facendo leva sul presupposto di una posizione dominante incontrastata nel mercato dei servizi di intermediazione che rende il *marketplace* di Amazon una vetrina e un canale di vendita *indispensabile e insostituibile* per i retailer» e – ancora – «la visibilità e i vantaggi connessi all'insieme di benefici sopra individuati ha *natura essenziale* per il successo dell'attività del venditore sulla piattaforma *Amazon.it*»⁸²;

– Amazon è riuscita a sfruttare la posizione di «super dominanza detenuta tra i *marketplace* per aumentare la domanda del proprio servizio di logistica da parte dei venditori terzi a discapito dei servizi concorrenti. *Ciò consente di qualificare la condotta della Società come self-preferencing*»⁸³.

Inoltre, l'AGCM osserva in molteplici passaggi che Amazon ha operato una *discriminazione* tra due categorie di clienti commerciali: quelli che impiegava-

⁸⁰ Inoltre, vi sono alcuni paragrafi della decisione in cui l'AGCM sembra guardare ai medesimi fatti nella prospettiva dei prezzi predatori. Cfr. ad es. il § 727 del provvedimento.

⁸¹ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 713 e § 824 (corsivi aggiunti). In quest'ultimo paragrafo, l'AGCM chiarisce che l'incentivo sorgeva dalla natura essenziale delle citate funzionalità, messe a disposizione dei venditori terzi solamente in combinazione con il servizio FBA.

⁸² AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., §§ 714-715 (corsivi aggiunti).

⁸³ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 716 (corsivi aggiunti).

no la logistica di Amazon e quelli che non lo facevano. In particolare, il provvedimento si concentra sulla natura discriminatoria della condotta di Amazon quando chiarisce che «Amazon gestisce il proprio marketplace *senza prevedere un sistema* di valutazione dei servizi di logistica forniti dagli operatori concorrenti basato su *standard chiari, definiti ex ante e non discriminatori*» e soprattutto quando – nel richiamarsi alla ipotesi di *self-preferencing* – riporta che «in mancanza di una giustificazione oggettiva valida, la *differenza di trattamento* tra il servizio di logistica fornito dall'impresa in posizione dominante e i servizi concorrenti che potrebbero essere parimenti efficienti costituisce – come confermato dalla sentenza relativa al caso *Google Search (Shopping)* – una pratica estranea alla concorrenza basata sui meriti e configura, pertanto, una violazione dell'articolo 102 TFUE»⁸⁴. Ancor più emblematicamente – se si vuole – proprio all'inizio del provvedimento l'Autorità stabilisce un legame diretto tra la discriminazione e la condotta di *self-preferencing*, osservando che le condotte di Amazon appaiono fondate «sulla possibilità di Amazon di discriminare sulla base dell'adesione o meno da parte dei seller del marketplace di Amazon al proprio servizio di logistica FBA (*"self-preferencing"*)»⁸⁵.

Infine, lo si è già osservato nell'introduzione, l'AGCM si concentra sugli *effetti* della condotta di Amazon al fine di dimostrare come essa si sia rivelata: (i) escludente nel mercato primario e in quello secondario; (ii) tale da ridurre il benessere dei consumatori in entrambi i mercati; e (iii) non in grado di trovare una giustificazione oggettiva, né di generare guadagni di efficienza o innovazione tali da quantomeno compensare gli effetti anticompetitivi⁸⁶.

Insomma, il provvedimento spicca per una abbondanza di *parole qualificatorie* che inducono a chiedersi quale sia stata la fattispecie astratta effettivamente contestata ad Amazon. Una prima ipotesi di risposta al quesito formulato è che, ad avviso dell'Autorità garante, Amazon sia incorsa nel divieto previsto dall'art. 102 perché ha tenuto una condotta discriminatoria, da considerarsi come una fattispecie astratta distinta rispetto alla fattispecie astratta dell'abuso escludente e anticompetitivo. Una ipotesi alternativa è che l'AGCM abbia invece voluto riferirsi solo a questa seconda categoria, evitando però di inquadrare le condotte di Amazon in uno degli esistenti modelli di condotta che, sulla scorta della teoria che si fonda sugli effetti, definiscono le condizioni affinché un comportamento ricada nel divieto di abuso di posizione dominante.

Ma prima di valutare la fondatezza delle due ipotesi formulate, occorre elaborare una premessa per sgombrare il campo da un possibile equivoco.

5.1. Una premessa sul ruolo delle condizioni di illiceità

Le domande che ci siamo appena posti potrebbero apparire banali o, per lo meno, si potrebbe obiettare che esse ammettano una risposta scontata perché la nozione di abuso è ampia e la lista delle condotte tipizzate dall'art. 102 TFUE è puramente esemplificativa. Detto altrimenti, giacché è pacifico che qualsiasi condotta di un'impresa in posizione dominante può giudicarsi lesiva dell'art. 102, si potrebbe legittimamente dubitare della rilevanza delle nostre domande di ricerca.

⁸⁴ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 723.

⁸⁵ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 3.

⁸⁶ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., §§ 801-848.

Tuttavia, se è vero che ogni pratica di un'impresa in posizione dominante potrebbe risultare abusiva, è altrettanto vero che non lo è necessariamente. Innumerevoli sono le pratiche delle imprese in posizione dominante, dai contratti di esclusiva alle clausole di grant back inserite nei contratti di licenza dei brevetti, che possono risultare lecite o illecite a seconda delle circostanze⁸⁷. Di conseguenza, compito della giurisprudenza e degli interpreti è individuare quali siano le condizioni verificate le quali una pratica, altrimenti legittima, deve considerarsi abusiva.

Da sempre, la discussione sul punto è accesa. La distinzione in famiglie di abusi – pratiche di sfruttamento vs pratiche escludenti e anticompetitive – nasce non solo dalla volontà di sottolineare come esse tutelino differenti beni giuridici, ma anche dall'esigenza di individuare diverse condizioni di illiceità per una e l'altra classe di comportamenti⁸⁸.

Questo scritto, riprendendo il recente dibattito europeo in tema di *self-preferencing*⁸⁹, si domanda se le condizioni di illiceità fino ad ora enumerate dalla giurisprudenza per stabilire quando i comportamenti escludenti e anticompetitivi delle imprese in posizione dominante violino l'art. 102 TFUE⁹⁰ debbano considerarsi necessarie o meno.

Un esempio potrebbe aiutare a chiarire la questione. Come la nota decisione *AstraZeneca* illustra, financo la richiesta di un certificato di protezione complementare da parte di un'impresa titolare di un brevetto (che la pone in posizione dominante su un determinato mercato del prodotto) può considerarsi abusiva. Infatti, quando quel brevetto fa mercato, tale richiesta non solo produce effetti escludenti, perché impedisce ai produttori di farmaci generici di entrare nel mercato, ma causa altresì un mancato aumento del benessere del consumatore, perché impedisce al prezzo di mercato di ridursi drasticamente proprio per effetto della produzione e commercializzazione di farmaci generici⁹¹. Tuttavia, in ossequio alla logica brevettuale secondo cui la durata dell'esclusiva remunera l'inventore per gli investimenti sostenuti, inducendolo a continuare ad innovare, si deve ammettere che ogni richiesta di certificato complementare produce anche effetti procompetitivi, proprio perché essa funge da incentivo intertemporale all'innovazione. Di conseguenza, le domande di certificati complementari non possono essere considerate di per sé abusive, anche quando avanzate da imprese in posizione dominante, titolari di brevetti che fanno mercato. Persino in questo scenario, occorre cioè individuare un

⁸⁷ In senso analogo M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in O.D.C., 2018, p. 9, il quale dopo avere notato che la norma sul divieto di abuso di posizione dominante sembra essere rivolta a frenare condotte dell'impresa dominante che, in mancanza di tale divieto, sarebbero qualificate come lecito esercizio di facoltà garantite dall'ordinamento, osserva che questo punto è solo una tessera di un mosaico complesso: essa ci dice che una certa condotta, normalmente lecita (p.e. un rifiuto di contrarre), può divenire illecita se posta in essere da un'impresa dominante; ma non ci dice che essa è sempre illecita, perché il divieto di a.p.d. non si traduce nel divieto di una serie di condotte tipiche; e non ci dice quando, cioè in base a quale criterio, quella certa condotta può varcare la linea di confine tra lecito e illecito; e non ci dice neanche che, per accertare l'esistenza di un a.p.d. si deve prima accertare l'esistenza di una facoltà giuridicamente protetta (salvo ridurre questa situazione soggettiva ad una genericissima "libertà economica dell'impresa").

⁸⁸ Sul punto si veda il successivo paragrafo 6 e, in particolare, il testo che accompagna la nota 96.

⁸⁹ Cfr. *infra*, nota 100-101.

⁹⁰ Cfr. *infra*, nota 111-116.

⁹¹ Commissione UE, 15 giugno 2005, *Astra Zeneca*.

fattore ulteriore – un *quid pluris* – che permetta di riconoscere e isolare le sole domande di certificati complementari incompatibili con l'art. 102.

In *AstraZeneca*, la Commissione ha riconosciuto tale *discrimen* nell'ingannevolezza della comunicazione agli uffici brevetti, ossia nel fatto che l'impresa farmaceutica avesse mentito rispetto alla durata del proprio brevetto e, dunque, rispetto alla necessità di ottenere il certificato di protezione complementare.

Ma – ed è questa, se si vuole, la domanda di ricerca sottesa alla seconda parte del nostro scritto – *in termini astratti* cosa rappresenta la dichiarazione ingannevole? Per un verso, si potrebbe eleggerla a condizione di illiceità, affermando dunque che, quando un brevetto fa mercato, la richiesta di un certificato complementare da parte dell'impresa dominante titolare di quel brevetto è abusiva *se e solo se* l'impresa menta in relazione alla durata della privativa. Per altro verso, però, si potrebbe argomentare che la menzogna, attestando la non-fondatezza della domanda dell'impresa dominante titolare del brevetto, faccia venir meno gli effetti procompetitivi che si devono associare ai certificati di protezione complementare e, quindi, non sia altro che *una delle (tante e possibili) circostanze* che mostrano come la pratica in esame causi un impatto negativo sul funzionamento del mercato.

Ora, venendo all'oggetto di questo commento, la prima delle posizioni espresse si collocherebbe nel solco della letteratura che considera la categoria del *self-preferencing* un mezzo adottato ad arte dalla Commissione e dalle autorità nazionali per punire una condotta che, se fosse stata correttamente qualificata come *tying* o *refusal to deal*, sarebbe risultata lecita perché incapace di incontrare le condizioni di illiceità tipiche delle pratiche leganti e dei rifiuti a contrarre⁹². Diversamente, la seconda delle posizioni proposte declina rispetto ad *AstraZeneca* la tesi qui sostenuta, vale a dire che in forza dell'approccio che guarda agli effetti delle pratiche, le uniche condizioni necessarie e sufficienti a dimostrarne l'illiceità siano: (i) gli effetti escludenti; (ii) gli effetti anticompetitivi che non siano compensati da guadagni in termini di efficienza e innovazione; e (iii) l'assenza di ulteriori e differenti giustificazioni oggettive.

Pertanto, il percorso argomentativo che si intende compiere non si intreccia con il tema dei beni giuridici protetti dall'art. 102, se non per quella esigenza di "eleganza", sulla quale si tornerà in seguito, ossia con riferimento alla necessità che ad ogni famiglia di abusi si associ un bene giuridico da tutelare⁹³. Allo stesso modo, non intendiamo discutere della preferenza per il c.d. *more economic approach* in luogo dell'approccio *form-based*. Qui ci limitiamo a osservare che un'autentica e completa adesione al primo non può indurre a considerare necessarie le condizioni di illiceità individuate negli anni dalla giurisprudenza⁹⁴.

Questione che invece meriterebbe di essere indagata è comprendere se e quanto questo dibattito sulla natura necessaria o meno delle condizioni di illiceità sia un riflesso della cultura di common law e/o di un diritto, quello anti-trust, che evolve per effetto della stratificazione di scelte giurisprudenziali che inevitabilmente sono fortemente condizionate dai fatti. Tuttavia, lo spazio che

⁹² Da ultimo, G. COLANGELO-L. ZOBOLI, *Amazon Buy Box case: the dawn of self-preferencing case law?*, EULEN Working Paper (presented during the conference 'EU Competition Law Enforcement: Challenges to be Overcome', University of Warsaw, 27 May 2022), nonché nota 127.

⁹³ Cfr. il testo che accompagna nota 104.

⁹⁴ Cfr. il testo che accompagna nota 121.

dovrebbe destinarsi a una premessa nell'ambito di un commento ad una singola decisione è oltre modo esaurito. Serve dunque tornare a discutere del caso Amazon.

6. Dove collocare il *self-preferencing*? Le pratiche discriminatorie non rappresentano una fattispecie di abuso diversa e ulteriore rispetto alle condotte di sfruttamento e alle pratiche escludenti e anticompetitive

Per molti anni, gli studiosi di diritto antitrust hanno affermato che l'art. 102 TFUE proibisce due *diverse* famiglie di condotte abusive: gli abusi da sfruttamento e gli abusi escludenti ed anticompetitivi⁹⁵. Da sempre, cioè, si ritiene che le pratiche di sfruttamento e quelle escludenti ed anticompetitive rappresentino due fattispecie astratte autonome e tra loro indipendenti. Di conseguenza, la dottrina non ha mai ritenuto che gli elementi costitutivi della prima famiglia di abusi fossero equivalenti agli elementi costitutivi della seconda famiglia di abusi⁹⁶, sebbene un particolare comportamento potrebbe al contempo concepirsi come una pratica di sfruttamento e come una pratica escludente e anticompetitiva⁹⁷.

Con riferimento poi alle condotte discriminatorie previste dalla lett. c) dell'art. 102, la dottrina ha sempre argomentato che esse potessero considerarsi o come una specie di pratiche di sfruttamento⁹⁸, ovvero come una specie di pratiche escludenti ed anticompetitive⁹⁹.

Tuttavia, il clamore suscitato dai casi di *self-preferencing*¹⁰⁰, e il fatto che essi si prestino ad essere inquadrati come una forma di pratica discriminato-

⁹⁵ G. MONTI, *The General Court's Google Shopping judgment and the scope of Article 102 TFEU*, che può leggersi alla pagina: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3963336; R. WHISH-D. BAILEY, *Competition Law*¹⁰, Oxford, 2021, p. 200 ss.; e A. JONES-B. SUFRIN, *EU Competition Law*, Oxford⁴, 2009, p. 358.

⁹⁶ Detto ancor più esplicitamente, autorità garanti ed attori privati che lamentano la natura escludente e anticompetitiva di una pratica non devono dimostrarne la natura scorretta o iniqua, evidenziando ad es. che tale pratica impone alle controparti dell'impresa dominante obblighi opachi, superflui e non proporzionati. Né, nell'ipotesi opposta, chi invoca l'applicazione dell'art. 102 perché l'impresa in posizione dominante ha tenuto una condotta scorretta è tenuto a dimostrare che quella condotta ha alterato il funzionamento del mercato producendo prevalenti effetti anticompetitivi.

⁹⁷ In questo senso, A. JONES-B. SUFRIN, *EU Competition Law*, Oxford⁴, 2009, p. 364. A voler formulare un esempio di comportamento che potrebbe qualificarsi come di sfruttamento e come escludente e anticompetitivo, si pensi alle clausole di *grant-back* che possono comparire nei contratti di licenza di brevetti.

⁹⁸ Si pensi al caso di un'impresa che applichi prezzi ingiustificatamente gravosi ad alcuni dei suoi distributori che sono attivi in una determinata regione o paese (e non invece distributori attivi in altre regioni/paesi).

⁹⁹ Ed infatti, come si dirà di seguito anche nel testo, qualsiasi condotta escludente ed anticompetitiva – da un contratto di esclusiva ad un rifiuto a contrarre – è discriminatoria nella misura in cui applica condizioni dissimili alle controparti dell'impresa in posizione dominante, producendo effetti escludenti che nel lungo periodo risultano anche lesivi del benessere del consumatore.

¹⁰⁰ V., tra i molti articoli di dottrina, spesso assai critici rispetto all'impostazione della Commissione, P. IBANEZ COLOMO, *Self-preferencing: Yet Another Ephitet in Need of Limiting Principles*, in 43 *World Comp.*, 2020, pp. 417-446, ad avviso del quale «if there is something that is clear about *self-preferencing* is that, as an expression of competition on the merits, it is typically

ria¹⁰¹ – ciò che, come appena visto, in qualche misura ha sostenuto la stessa AGCM nel provvedimento *FBA Amazon* – induce a domandarsi se la tradizionale classificazione da ultimo proposta non vada invece rivista e quindi se le famiglie di comportamenti abusivi previste dall'art. 102 TFUE non siano invece tre, con le pratiche discriminatorie da considerarsi come una fattispecie astratta a sé stante, distinta sia dalle pratiche di sfruttamento sia dalle condotte escludenti ed anticompetitive¹⁰².

Per rispondere a questa domanda si deve partire dall'obiettivo di policy che le istituzioni europee vogliono perseguire tramite l'individuazione di differenti fattispecie di condotte abusive: solo ragionando su tali obiettivi si può infatti ricostruire un sistema di regole che possa dirsi *elegante*¹⁰³, perché ordinatamente pensato per realizzare, senza ridondanze o lacune, degli obiettivi ben specificati.

E, in effetti, come ricordato dalla più recente giurisprudenza dalla Corte di Giustizia, il divieto di pratiche di sfruttamento ed il divieto di esclusione realizzano due diversi obiettivi di policy. I prezzi e le condizioni commerciali non equi, che danneggiano direttamente i consumatori e le controparti delle imprese dominanti, sono vietati a tutela di beni giuridici come la correttezza e l'equa distribuzione della ricchezza. Le varie tipologie di pratiche escludenti ed anticompetitive, che danneggiano i rivali delle imprese in posizioni dominanti e, così facendo, i consumatori e il loro benessere, sono invece vietate a protezione di un altro bene giuridico, la struttura concorrenziale dei mercati, perché nelle economie di mercato ci si attende che i mercati competitivi producano crescita economica e prosperità per il bene della collettività, consumatori compresi¹⁰⁴.

In virtù di questo ragionamento, se le istituzioni dell'UE volessero fare della parità di trattamento un bene giuridico degno di autonoma protezione, allora le pratiche discriminatorie dovrebbero essere considerate come una fattispecie astratta a sé stante, ossia distinta sia dalle pratiche di sfruttamento, sia dalle pratiche escludenti ed anticompetitive.

Al riguardo, però, la giurisprudenza non sembra cristallina. Per un verso, la sentenza *MEO* sembra aver escluso l'idea che le imprese in posizione dominante siano, per ciò stesse, soggette ad un generico obbligo di parità di trat-

capable of having procompetitive effects»; cfr., inoltre, P. BOUGETTE-O. BUDZINSKI-F. MARTY, *Self-preferencing and competitive damages: a focus on exploitative Abuses*, Gredeg WE No. 2022-01; E. DEUTSCHER, *Google Shopping and the Quest for a Legal Test for Self-preferencing Under Article 102 TFEU*, European Papers, vol. 6. 2021, 3, pp. 1345-1361; I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in 38 *Yearbook of European Law*, 2019, pp. 452-453; L. HORNKOHL, *Article 102 TFEU, Equal Treatment and Discrimination after Google Shopping*, in 13 *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, p. 99; A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, pp. 401-438; A. PORTUESE, *"Please, Help Yourself": Toward a Taxonomy of Self-preferencing*, Information Technology & Innovation Foundation, October 25, 2021.

¹⁰¹ N. PETIT, *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf*, in 1(3) *Competition Law & Policy Debate*, 2015, p. 4.

¹⁰² In questo senso, anche se precedentemente ai casi di *self-preferencing*, R. O' DONOGHUE-J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013², p. 245 ss.

¹⁰³ Qui l'utilizzo dell'aggettivo "elegante" è mutuato dalla matematica, dove la dimostrazione di un teorema è considerata più elegante di un'altra nella misura in cui, a parità di efficacia, non si perde in passaggi ridondanti e pleonastici – in una battuta, inutili.

¹⁰⁴ Corte di Giustizia UE, 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, § 44.

tamento¹⁰⁵. In tale pronuncia, infatti, la Corte di giustizia chiarisce che non ogni impresa dominante che applichi condizioni dissimili per transazioni equivalenti causa un danno che la normativa antitrust europea deve prevenire¹⁰⁶. Piuttosto – attenendosi peraltro alla lettera della lett. c) dell'art. 102 – la Corte stabilisce che, onde qualificare un comportamento come un abuso discriminatorio, le autorità nazionali devono dimostrare, caso per caso e alla luce di tutte le circostanze rilevanti, che le condizioni dissimili applicate dall'impresa in posizione dominante a transazioni equivalenti abbiano generato un ingiustificato svantaggio competitivo¹⁰⁷. Certo, la Corte non ha precisato in cosa dovrebbe consistere questo svantaggio competitivo. In particolare, essa non ha ricondotto esplicitamente le pratiche discriminatorie alle condotte escludenti, ancorché un comportamento discriminatorio che influenzi la struttura concorrenziale del mercato e produca prevalenti effetti anticompetitivi determina chiaramente uno svantaggio competitivo che le norme antitrust europee devono perseguire¹⁰⁸. Tuttavia, resta che in *MEO* la Corte non ha fatto della mera parità di trattamento un obiettivo di policy della disciplina antitrust.

Diversamente, nel più recente giudizio relativo alla decisione *Google Shopping*, il Tribunale UE ha più decisamente sostenuto che le imprese in posizione dominante devono sottostare al principio generale della parità di trattamento¹⁰⁹. Nondimeno, lo stesso Tribunale ha confermato la natura illecita del *self-preferencing* oggetto di giudizio verificando le condizioni che fanno di una condotta di un'impresa dominante una pratica escludente ed anticompetitiva. Il Tribunale ha infatti affermato che l'art. 102 TFUE si applica all'ipotesi del *self-preferencing* solo se è possibile mostrare i suoi effetti escludenti attuali o potenziali, nonché il suo prevalente impatto anticompetitivo¹¹⁰. Di qui, l'incoerenza interna alla sentenza *Google Shopping*: se vige il principio della parità di trattamento, perché il danno competitivo dovrebbe mai rilevare e perché mai esso dovrebbe consistere nel danno che specificamente producono le condotte escludenti e anticompetitive? D'altro canto, se questo è il danno competitivo che deve apprezzarsi per applicare l'art. 102, perché mai le pratiche discriminatorie – o, per lo meno, quelle di *self-preferencing* – dovrebbero qualificarsi come una famiglia a sé stante di condotte abusive, distinte e ulteriori rispetto alle condotte escludenti e anticompetitive?

¹⁰⁵ Corte di Giustizia UE, 19 aprile 2018, C-525/16, *MEO v. Autoridade da Concorrência*.

¹⁰⁶ Corte di Giustizia UE, *MEO v. Autoridade da Concorrência*, cit., § 25, ove si afferma che: «(p)erché ricorrano le condizioni di applicazione dell'articolo 102, secondo comma, lettera c), TFUE, è importante constatare che il comportamento dell'impresa in posizione dominante su un mercato non soltanto sia discriminatorio, ma anche che esso tenda a falsare tale relazione concorrenziale, vale a dire ad ostacolare la posizione concorrenziale di alcune delle controparti commerciali di tale impresa rispetto alle altre».

¹⁰⁷ Corte di Giustizia UE, *MEO v. Autoridade da Concorrência*, cit., § 37, ove si legge che: «(l)'accertamento di un siffatto «svantaggio per la concorrenza» non richiede la prova di un deterioramento effettivo e stimabile della posizione concorrenziale, ma deve basarsi su un'analisi del complesso delle circostanze rilevanti del caso di specie, la quale consenta di concludere che detto comportamento ha un'influenza sui costi, sugli utili o su un altro interesse rilevante di una o più di dette controparti, di modo che tale comportamento è in grado di incidere su detta posizione».

¹⁰⁸ G. COLANGELO, *Antitrust unchained? The case against self-preferencing and the zeitgeist in EU competition law*, ICLE Working Paper 2022-No. 2022-09-22.

¹⁰⁹ Tribunale UE, 10 novembre 2021, *Google LLC, formerly Google Inc. and Alphabet, Inc.*, T-612/17, § 155.

¹¹⁰ *Ivi*, §§ 152-179.

Ebbene, in presenza di una giurisprudenza che – come si è visto – non chiarisce in modo definitivo la vicenda, in questo scritto si aderisce alla tesi secondo la quale le condotte discriminatorie non rappresentano una terza fattispecie astratta di abuso di posizione dominante. L'ipotesi di *self-preferencing* costituisce cioè soltanto una delle differenti forme di pratiche escludenti e anticompetitive che le imprese in posizione dominante possono tenere per alterare la struttura competitiva del mercato e, in tal modo, ledere i consumatori e il loro benessere. Inoltre – e per ciò che qui più interessa – una lettura attenta del provvedimento in commento induce a rigettare la prima ipotesi ricostruttiva sopra formulata. In altri termini, *di là dalle parole usate*, in *FBA Amazon* l'AGCM non ha contestato ad Amazon di aver tenuto una condotta meramente discriminatoria e di essersi così sottratta all'obbligo di parità di trattamento. Piuttosto, l'Autorità garante sembra avere sostenuto che Amazon abbia violato l'art. 102 ponendo in essere una condotta escludente e anticompetitiva che, come tutte le condotte che si qualificano in questi termini, presenta un profilo di discriminazione. A ben vedere, infatti, ogni condotta escludente – che si tratti di un contratto di esclusiva, di una pratica legante o di un rifiuto a contrarre – implica un trattamento differenziato che, se la condotta esaminata è effettivamente idonea ad escludere i rivali discriminati e di ridurre il consumer welfare, si traduce in un chiaro svantaggio competitivo.

Questa conclusione, tuttavia, è solo parziale. Stabilito che le pratiche discriminatorie – o, per lo meno, quelle di *self-preferencing* – sono una specie di pratiche escludenti e anticompetitive, occorre domandarsi se più correttamente il *self-preferencing* medesimo non debba considerarsi una fattispecie astratta a sé stante e, quindi, distinta da quelle delle pratiche leganti e del rifiuto a contrarre.

7. Le varie tipologie di pratiche escludenti e anticompetitive *non* rappresentano fattispecie autonome e indipendenti di condotte abusive

Se il *tie-in*, il rifiuto a contrarre e il *self-preferencing* dovessero considerarsi fattispecie giuridiche autonome – e non tipi di pratiche escludenti e anticompetitive – le condizioni che nel corso del tempo la Commissione e la Corte di giustizia hanno fissato al fine di giudicare tali pratiche vietate ai sensi della normativa antitrust europea dovrebbero considerarsi elementi costitutivi di quelle fattispecie e, di conseguenza, dovrebbero ritenersi come gli elementi sui quali le autorità antitrust e gli attori privati dovrebbero *in concreto* fondare i loro casi al fine di dimostrare la presenza di un'infrazione alle regole di concorrenza.

Ad esempio, secondo la giurisprudenza, le pratiche leganti possono considerarsi anticoncorrenziali solamente in presenza delle seguenti condizioni cumulative: (i) l'impresa in questione detiene una posizione dominante nel mercato legante; (ii) esiste il legame tra due prodotti distinti; (iii) i consumatori subiscono la coercizione; (iv) esiste una ragionevole probabilità di preclusione nel mercato legato; (v) il comportamento dell'impresa dominante è privo di giustificazioni oggettive¹¹¹.

¹¹¹ Tribunale UE, 17 settembre 2007, *Microsoft Corp. c. Commissione*, T-201/04.

Similmente, i rifiuti a contrarre che impediscono l'avvio di nuovi rapporti commerciali possono considerarsi anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 102 quando: (i) la risorsa rivendicata è essenziale; (ii) il rifiuto può avere un effetto negativo sulla concorrenza; (iii) la condotta non ha alcuna giustificazione oggettiva¹¹².

Da ultimo, in *Google Shopping* il Tribunale ha stabilito che l'anticompetitività delle pratiche di *self-preferencing* da parte di Google poteva essere riscontrata perché si era in presenza di cinque distinte condizioni cumulative: (i) la vocazione universale e l'apertura del motore di ricerca di Google; (ii) le caratteristiche della pagina dei risultati generali di Google, ritenute simili a quelle di una struttura essenziale; (iii) la posizione super-dominante o addirittura ultra-dominante di Google, che consente a tale impresa di fungere da gateway per Internet; (iv) un mercato caratterizzato da barriere all'ingresso molto elevate; (v) la presenza di una condotta anomala e per certi versi irrazionale – in sintesi, fuori dall'ambito della concorrenza nel merito¹¹³.

Ora, se queste categorie di pratiche escludenti fossero da considerarsi alla stregua di fattispecie autonome e distinte, l'AGCM avrebbe dovuto ricondurre la condotta di Amazon a una di queste 'situazioni modello' e quindi vagliare se nel caso di specie i vari requisiti specifici a tale situazione modello fossero o meno soddisfatti.

Tuttavia, come abbiamo anticipato, l'Autorità garante ha agito diversamente. Essa non ha mostrato, ad esempio, che i venditori terzi sulla piattaforma di Amazon abbiano subito alcuna coercizione, coercizione che è uno dei requisiti fondamentali della situazione modello denominata 'tie-in'. Nel provvedimento ci si limita invece ad affermare che i venditori sono stati spinti a optare per Logistica di Amazon, ma è chiaro che venire indotti a fare una scelta (cioè quella di utilizzare FBA per i servizi logistici), non significa perdere del tutto la facoltà di assumere una decisione alternativa (cioè utilizzare servizi di logistica concorrenti rispetto a FBA)¹¹⁴.

Allo stesso modo, l'AGCM non ha dimostrato che Prime e gli altri servizi di Amazon combinati con la logistica di Amazon fossero *essenziali* nei termini previsti dalla fattispecie del rifiuto a contrarre che interviene a impedire la nascita di un nuovo rapporto contrattuale. Nel provvedimento non vi è infatti alcuna indicazione che nel mercato esistessero «ostacoli tecnici, legali o addirittura economici» tali da rendere impossibile, o anche irragionevolmente difficile, duplicare Prime o gli altri servizi offerti da Amazon sulla piattaforma¹¹⁵. Diversamente, nella decisione ci si limita a sottolineare che i venditori terzi che avevano accesso a Prime e agli altri servizi di Amazon hanno visto un significativo incremento delle vendite, perché le funzionalità di quella piattaforma hanno cambiato le regole del gioco. Tuttavia, riconoscere il valore commercia-

¹¹² Corte di Giustizia UE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, C-7/97.

¹¹³ Tribunale UE, 10 novembre 2021, *Google LLC, formerly Google Inc. and Alphabet, Inc.*, T-612/17.

¹¹⁴ Come avviene invece nelle ipotesi di vincolo tecnologico e contrattuale, ove sono l'incompatibilità tecnologica o una clausola contrattuale imperativa che privano i consumatori/utilizzatori della possibilità di scegliere prodotti alternativi a quelli vincolati.

¹¹⁵ Corte di Giustizia UE, *Oscar Bronner*, cit., § 44. La Corte ha aggiunto, al § 46, che affinché l'accesso «possa essere eventualmente considerato indispensabile occorrerebbe quanto meno provare (...) che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente».

le (enorme) di queste risorse di marketing ai fini dell'aumento del fatturato dei venditori non equivale a dimostrare che l'offerta di funzionalità alternative rispetto a quelle di Amazon non sarebbe stata *economicamente sostenibile* per le piattaforme concorrenti che avessero effettuato investimenti simili a quelli di Amazon.

Infine – e in modo dirompente per la tesi secondo cui le specie di condotte escludenti e anticompetitive sarebbero autonome fattispecie – l'Autorità garante non ha verificato che i fatti riscontrati nel procedimento *FBA Amazon* corrispondessero ai requisiti che il Tribunale UE aveva illustrato nella sentenza *Google Shopping*¹¹⁶. Essa si è limitata ad affermare che il comportamento di Amazon potesse qualificarsi come un caso di *self-preferencing* poiché l'impresa aveva posto in essere un trattamento preferenziale ingiustificato in favore dei propri servizi di logistica perseguendo una strategia di leva, al di fuori, quindi, dall'ambito della 'competition on the merits'¹¹⁷.

In sintesi, l'Autorità garante non ha impostato la sua decisione riconducendo la condotta di Amazon ad una delle specie di condotta sopra menzionate. Di più, anche se si volesse sostenere che l'AGCM abbia invece qualificato quella condotta in modo univoco come *self-preferencing*, essa non ha comunque fondato l'impianto accusatorio dimostrando la sussistenza degli elementi che, a detta del Tribunale, dovrebbero integrare quella fattispecie.

A prima vista, si sarebbe pertanto indotti a concludere che il provvedimento dell'Autorità garante difetti, per un verso, di logicità e coerenza e, per altro verso, di fondamento, perché – lo si ribadisce – essa non ha dimostrato le condizioni che devono verificarsi affinché una pratica qualificata come *self-preferencing* (o pratica legante o rifiuto a contrarre) si consideri illecita. Tuttavia, nel passaggio forse più significativo del provvedimento *FBA Amazon*, l'AGCM afferma che: «(l)a qualificazione di una condotta come abusiva non dipende dalla riconducibilità della stessa all'interno di una data classificazione, ma dall'individuazione dei caratteri sostanziali utilizzati per qualificare la natura abusiva della condotta, i quali possono variare in base alla condotta in esame e alle circostanze specifiche del caso»¹¹⁸.

Dunque, all'idea che le singole tipologie di condotte escludenti e anticompetitive rappresentino distinte fattispecie astratte si può opporre un'altra interpretazione che, secondo noi, è quella più corretta: si può cioè sostenere che la fattispecie astratta alla quale l'AGCM doveva ricondurre la pratica di Amazon era "soltanto" quella generale delle pratiche escludenti e anticompetitive.

8. Gli elementi costitutivi dell'unica fattispecie astratta rilevante, quella delle pratiche escludenti e anticompetitive

In ragione di una giurisprudenza ormai consolidata «l'art. 102 TFUE non ha assolutamente lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato. Tale disposizione non è diretta neppure a garantire che rimangano sul mercato concorrenti me-

¹¹⁶ Ciò che, peraltro, nel caso di specie sarebbe risultato impossibile, posto che la sentenza è stata pubblicata pochi giorni prima dell'uscita del provvedimento dell'Autorità garante.

¹¹⁷ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., §§ 236, 504, 506, 716, 723, e 810.

¹¹⁸ AGCM, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., §§ 711-712.

no efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante (...). [Di conseguenza,] non tutti gli effetti di esclusione dal mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza. Per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione»¹¹⁹.

Pertanto, secondo l'orientamento giurisprudenziale riportato, ai sensi dell'art. 102 TFUE le imprese dominanti non solo possono – come è ovvio – attuare pratiche che, senza escludere i concorrenti, ne limitano la libertà di azione, come avviene ad esempio quando esse sottoscrivano contratti di esclusiva di durata annuale con piccoli distributori. Esse possono altresì adottare pratiche che abbiano l'effetto di escludere i concorrenti attuali o li emarginino in una nicchia del mercato rilevante, oppure impediscano l'ingresso di potenziali rivali, se tali effetti escludenti non sono anticoncorrenziali, cioè se essi risultino la conseguenza naturale della concorrenza basata sul merito, come accade quando una pratica di prezzi non comporti l'esclusione di rivali altrettanto efficienti rispetto all'impresa dominante. Infine, le imprese sono addirittura libere di porre in essere pratiche che producono effetti escludenti e anticoncorrenziali se, tuttavia, tali pratiche possano essere oggettivamente giustificate perché producono effetti quantomeno compensativi in termini di prezzo, varietà, qualità e innovazione, a vantaggio dei consumatori.

Detto diversamente, gli elementi costitutivi delle pratiche che si vogliono qualificare come escludenti e anticompetitive sono tre: (i) gli effetti escludenti; (ii) gli effetti anticompetitivi che non siano compensati da guadagni in termini di efficienza e innovazione; e (iii) l'assenza di ulteriori e differenti giustificazioni oggettive. In particolare, mentre chi contesta la natura illecita del comportamento oggetto di indagine deve provare gli effetti escludenti e anticompetitivi, attuali o potenziali che siano¹²⁰, chi sostiene la natura lecita di quel comportamento deve dimostrare la preponderanza di suoi attuali o potenziali effetti procompetitivi e/o l'occorrenza di altre giustificazioni oggettive.

Per questo, la giurisprudenza ha anche recentemente ribadito che l'applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche escludenti e anticompetitive non di-

¹¹⁹ Corte di Giustizia UE, 6 settembre 2017, C-413/14), *Intel Corp. Inc.*, §§ 133-134. V. altresì Corte di Giustizia UE, 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark I*, §§ 40-41, ove si afferma che «(n)el caso in cui il giudice del rinvio debba tuttavia constatare, in seguito a tale valutazione, l'esistenza di effetti anticoncorrenziali dovuti al comportamento della Post Danmark, va ricordato che è possibile per un'impresa che detiene una posizione dominante giustificare attività che possono incorrere nel divieto di cui all'articolo 82 CE. In particolare, una siffatta impresa può, a tal fine, dimostrare o che il proprio comportamento è obiettivamente necessario (...), o che l'effetto preclusivo che ne deriva può essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno anche a beneficio del consumatore». Ancor più recentemente, per la Corte di Giustizia non sussiste alcun dubbio sulla circostanza che l'art. 102 TFUE non abbia lo scopo di impedire, frenare o disincentivare i guadagni di efficienza e le innovazioni che le imprese dominanti siano in grado di realizzare per propri meriti, né di proteggere i loro concorrenti meno efficienti, salvaguardando la loro permanenza sul mercato – cfr. Corte di Giustizia UE, 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, §§ 84-86. Sul significato normativo di competition on the merits e del test del concorrente altrettanto efficiente v. le considerazioni parzialmente critiche di M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, cit., p. 10 ss.

¹²⁰ Pertanto, l'art. 102 TFUE individua un illecito di pericolo, giacché, per applicare il divieto, le autorità e i giudici antitrust non devono attendere che si verifichi un danno alla concorrenza. Il punto è pacifico in giurisprudenza: cfr. Corte di Giustizia UE, 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom*, C-280/08 P, § 252; 17 febbraio 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, § 64; 6 settembre 2017, *Intel*, C-413/14 P, § 138, nonché la recente 30 gennaio 2020, *Generics (UK)*, C-307/18, § 154.

pende dalle *forme* che esse assumono, ma dai loro effetti¹²¹ sulla struttura del mercato e sulle cinque variabili (prezzi, quantità, qualità, varietà e innovazione) da cui dipende il benessere dei consumatori¹²².

Di conseguenza, da un lato, pratiche idonee a produrre gli stessi effetti escludenti e anticoncorrenziali dovrebbero avere la stessa probabilità di ricadere nel divieto, indipendentemente dalle loro diverse forme; d'altro lato, pratiche che hanno la stessa forma, ma producono effetti diversi, dovrebbero avere una diversa probabilità di essere vietate in funzione della severità del loro impatto anticoncorrenziale, concreto o potenziale che sia.

Inoltre – e per quello che qui più interessa – se l'art. 102 TFUE include soltanto due fattispecie astratte, ossia quella delle pratiche di sfruttamento e quella delle pratiche escludenti e anticompetitive, si dovrebbe concludere che nel caso *FBA Amazon* l'AGCM ha tentato di provare la fondatezza della sua tesi accusatoria in quest'ultimo senso¹²³. Essa ha infatti evidenziato gli effetti escludenti della condotta dell'impresa, il suo significativo impatto anticoncorrenziale, nonché l'assenza di possibili giustificazioni procompetitive. In altri termini, se il *self-preferencing* alla stregua di qualsiasi altra specie di condotta escludente e anticompetitiva (dalle pratiche leganti, al rifiuto a contrarre, ai contratti di esclusiva) non rappresenta la fattispecie astratta che deve occorrere per applicare l'art. 102 TFUE, l'AGCM può dare attuazione a quest'ultimo "limitandosi" a mostrare gli effetti, attuali o potenziali, del comportamento indagato.

Tuttavia, se la ricostruzione appena proposta fosse corretta – ovvero se la nozione di abuso basata sugli effetti fosse in realtà l'unica fattispecie rilevante per gli abusi escludenti e anticompetitivi – ci si dovrebbe interrogare sul ruolo che in concreto giocano le singole specie di condotte escludenti e anticompetitive finora menzionate e – ciò che risulta ancora più rilevante – sul significato delle condizioni che la giurisprudenza associa loro affinché possano vietarsi.

Di seguito, proponiamo una loro possibile interpretazione.

¹²¹ Corte di Giustizia UE, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., § 72.

¹²² L'approccio basato sulla forma e quello basato sugli effetti sono due modi di per-formare l'atto di sussunzione. Essi comportano la stessa analisi investigativa: al fine di applicare la legge, le autorità antitrust devono verificare se i fatti osservati possono essere inseriti in un quadro specifico che essi considerano illegale. La differenza è che, mentre il quadro dell'approccio basato sulla forma è un catalogo di elementi formali, il quadro dell'approccio basato sugli effetti potrebbe essere costituito dalle conseguenze che una pratica produce in termini di efficienza allocativa, produttiva e dinamica; i suoi risultati a breve termine rispetto a quelli a lungo termine; oppure i suoi risultati effettivi rispetto a quelli potenziali. Si v. M. MAGGIOLINO, *Intellectual Property and Antitrust: A Comparative Economic Analysis of US and EU Law*, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 50-51 e 74-75.

¹²³ Chi scrive non ha avuto alcun ruolo nel procedimento *FBA Amazon* e quindi non ha avuto accesso ai documenti e alle indagini economiche per eventualmente discuterne e/o contestarne il valore probatorio. Di conseguenza, in questa sede si assumono come dimostrati gli effetti che l'Autorità afferma si siano prodotti.

9. L'importanza di fondarsi sui fatti (alternativi) che mostrino l'illeceità della pratica

Oltre 20 anni fa, l'AGCM è intervenuta per esaminare uno scambio di informazioni posto in essere tra imprese operanti nel mercato dell'assicurazione obbligatoria danni autoveicoli (RCA)¹²⁴. La condotta sembrava integrare gli estremi che, secondo la giurisprudenza, permettevano – e consentono tuttora – di ricondurre uno scambio di informazioni nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 101 TFUE¹²⁵. Gli scambi tra assicuratori erano privati, assai frequenti, e coinvolgevano tutte le principali imprese attive sul mercato. Inoltre, le informazioni scambiate, non accessibili ai consumatori, si riferivano al livello dei premi passati e correnti e dunque erano certamente sensibili. Faceva tuttavia eccezione un elemento: il mercato dell'offerta di polizze RC Auto *non era di natura oligopolistica*. Di conseguenza, si sarebbe potuto concludere che la condotta delle imprese assicuratrici non fosse illecita, dato che non tutte le condizioni che la giurisprudenza e la prassi decisionale avevano elaborato fino a quel momento al fine di considerare uno scambio di informazioni quale violazione antitrust erano state soddisfatte.

L'Autorità garante è pervenuta ad una diversa conclusione, valorizzando il fatto che il mercato italiano delle RC Auto, ancorché non oligopolistico, era caratterizzato da un elevatissimo *livello di regolazione*. Ora, gli scambi di informazioni che avvengono nei mercati oligopolistici rischiano di essere anticoncorrenziali poiché aumentano la trasparenza in contesti già di per sé altamente trasparenti. Di conseguenza, se un mercato è reso molto trasparente dalla regolamentazione, quest'ultima è una circostanza di fatto che può essere considerata equivalente alla struttura oligopolistica del mercato al fine di mostrare che lo scambio di informazioni in questione aumenti la trasparenza in un contesto già di per sé connotato da tale caratteristica.

Da un punto di vista teorico, dunque, l'Autorità ha costruito il ragionamento come se l'elemento costitutivo della fattispecie astratta denominata scambio di informazioni non fosse "la struttura oligopolistica del mercato", ma "un mercato già di per sé trasparente", considerando di conseguenza l'oligopolio e l'elevata regolamentazione come due circostanze di fatto che alternativamente potevano consentire di dimostrare che, nel caso di specie, il mercato in cui aveva luogo lo scambio fosse già di per sé trasparente.

Pare allora lecito interrogarsi sulla possibilità di applicare il medesimo approccio alla lista delle condizioni che la giurisprudenza associa alle differenti tipologie di pratiche escludenti finora individuate al fine di dimostrare la loro illiceità. Alcune di esse potrebbero cioè considerarsi come *circostanze di fatto* che segnalano la lesività del comportamento in questione, ma che potrebbero sostituirsi con altre circostanze di fatto, se queste ultime legittimassero la medesima conclusione circa la nocività del comportamento.

Più chiaramente, consideriamo dapprima le condizioni che rendono una pratica legante illecita¹²⁶. Al di là di quella attinente alla posizione dominante dell'impresa e a quelle proprie di ogni pratica escludente e anticompetitiva, ossia gli effetti escludenti e anticompetitivi in assenza di giustificazioni oggettive

¹²⁴ AGCM, n. 8546, 28 luglio 2000, *RC Auto*, in *Boll.*, 30/2000.

¹²⁵ Cfr. Corte di Giustizia UE, 28 maggio 1998, *John Deere*, C-7/95.

¹²⁶ Cfr. testo in corrispondenza della nota 99.

ve, la giurisprudenza appunta la sua attenzione sull'esistenza di un legame tra i due prodotti distinti e la coercizione subita da coloro a cui la pratica legante è rivolta.

Ebbene, quando verificata, la prima condizione racconta di due scenari alternativi: vale a dire (i) che i prodotti legati non sono l'equivalente di una scarpa destra e di una scarpa sinistra, ossia non corrispondono a due componenti inscindibili di un unico prodotto; oppure (ii) che il comportamento dell'impresa in posizione dominante non segna l'avvento di un nuovo (e rivoluzionario) prodotto capace, per il futuro, di soppiantare i beni che precedentemente circolavano separatamente l'uno dall'altro, come è accaduto quando tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso IBM ha assemblato in un'unica macchina diverse componenti hardware che sino ad allora venivano vendute separatamente l'una dall'altra¹²⁷. Tuttavia, questa considerazione – o, *rectius*, il contenuto di verità e accuratezza che questa considerazione comporta – non si perderebbe se ci si limitasse a chiedere di verificare che la condotta in questione fosse escludente, anticompetitiva e non giustificata, perché il valore rivoluzionario dell'innovazione – come, per l'appunto, l'unione in un unico prodotto di beni in precedenza separati – verrebbe recuperato discutendo degli effetti procompetitivi derivanti dall'integrazione di quei beni in un unico prodotto.

Quanto alla coercizione, anche questa condizione racconta di un profilo di realtà che può essere assorbito nella discussione che invece deve sempre essere fatta in merito all'impatto escludente della pratica oggetto di indagine. Più esplicitamente, la coercizione racconta che l'esclusione è molto probabile, giacché i soggetti a cui è rivolto il prodotto pacchetto non possono scegliere i beni dei concorrenti dell'impresa in posizione dominante. Tuttavia, altre circostanze di fatto – dalla super-dominanza a considerazioni di psicologia cognitiva – potrebbero mostrare che è assai probabile che l'esclusione si verifichi comunque perché i soggetti cui è rivolto il prodotto pacchetto sono ugualmente impossibilitati a scegliere diversamente. Del resto, già quando si valutano i *bundle rebates* si ammette che l'effetto escludente si produca in assenza di un obbligo giuridico a scegliere il prodotto pacchetto, ove sussista un (forte) incentivo economico a farlo e, quindi, si accetta che l'esclusione rilevante per l'applicazione dell'art. 102 TFUE sia anche quella che non risulta da un obbligo giuridico, ma da altri fattori. Di conseguenza, perché mai considerare solo la coercizione tra le circostanze di fatto che possono provare l'esclusione?

Analoga considerazione dovrebbe svolgersi rispetto al requisito dell'essenzialità che occorre verificare per considerare illecito un rifiuto a contrarre che impedisce l'inizio di una nuova relazione contrattuale¹²⁸. Rispetto a questa ipotesi, infatti, il requisito dell'essenzialità significa che l'esclusione sarà assai probabile, proprio perché i rivali non possono svolgere la propria attività imprenditoriale senza avere accesso alla risorsa essenziale. Tuttavia, altre circostanze di fatto potrebbero condurre alla medesima conclusione¹²⁹. A nostro

¹²⁷ Cfr. *Transamerica Computer Company, Inc. v. IBM*, 698 F.2d 1377 (9th Cir. 1983); *Memorex Corp. v. IBM*, 636 F.2d 1188 (9th Cir. 1980); e *California Computer Products, Inc. and Century Data System, Inc., v. IBM*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979).

¹²⁸ Cfr. testo in corrispondenza della nota 100.

¹²⁹ Non si vuole negare che il requisito dell'essenzialità sia stato individuato per difendere tanto la libertà a contrarre dell'impresa dominante, quanto il suo diritto di proprietà; né si vuole confutare l'idea secondo cui una troppo facile condivisione delle risorse proprietarie potrebbe ridurre gli incentivi a innovare e competere dell'impresa in posizione dominante e dei suoi rivali. Qui si ritiene che, proprio in ragione di quanto appena detto, il requisito dell'essenzialità insista

avviso, infatti, tutte le circostanze fattuali enumerate in *Google Shopping* militano proprio in questo senso: nell'impossibilità di mostrare la natura essenziale di *Google Search*, la Commissione ha comunque evidenziato che altri fattori – dalla vocazione universale del motore di ricerca, alla super dominanza della società statunitense¹³⁰ – rendevano sostenibile l'idea che i concorrenti sarebbero stati esclusi dal mercato.

In questo senso, dunque, si può condividere l'idea secondo cui il *self-preferencing* è stato elaborato in rapporto a pratiche che non potevano qualificarsi come pratiche leganti o rifiuti a condividere risorse essenziali¹³¹. Nondimeno, questo modo di procedere non deve necessariamente considerarsi uno stratagemma che la Commissione e le autorità nazionali hanno utilizzato per sottrarsi al rigore delle fattispecie teoriche previste dall'art. 102 TFUE. La critica per cui il *self-preferencing* sarebbe un escamotage può cioè trovare accoglimento nella misura in cui le esistenti tipologie di comportamenti escludenti siano considerate come fattispecie giuridiche autonome e, di conseguenza, nella misura in cui tutti i requisiti ad esse connessi siano ritenuti strettamente necessari ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE. Diversamente, se ciò che conta per vietare i comportamenti escludenti delle imprese dominanti sono solo gli effetti attuali e potenziali che esse producono, il *self-preferencing* rappresenta al pari di tutte le altre possibili forme di pratiche escludenti e anticompetitive solo uno dei modi possibili per descrivere comportamenti che ledono la struttura competitiva del mercato e producono prevalenti effetti anticoncorrenziali.

10. Le motivazioni dell'analisi

Alla luce di quanto scritto sinora ci si potrebbe chiedere perché si è scelto di impegnarsi in questa lunga discussione. Si potrebbe pensare che l'intento sia di sostenere la fondatezza delle conclusioni raggiunte in concreto dall'AGCM nel provvedimento *FBA Amazon*. Ancora, si potrebbe ritenere che chi scrive prediliga un'applicazione severa, se non draconiana, dell'art. 102 TFUE, soprattutto in questi tempi in cui al centro delle attività di indagine si trovano le c.d. big tech companies. Nulla di tutto questo. Non si è animati dal tentativo di salvare una decisione altrimenti vacillante, perché tutte le decisioni racchiudono luci e ombre e perché anche una decisione infondata non revocherebbe in dubbio la qualità di un'autorità indipendente come l'AGCM. Né si intende qui schierarsi a favore o contro i giganti digitali, ritenendo che compito del diritto antitrust non sia quello di difendere o attaccare l'uno o l'altro gruppo di imprese, ma di valutare di volta in volta i fatti accaduti qualsiasi sia l'impresa coinvolta e qualsiasi sia il mercato in cui operi.

Il motivo principale per cui noi riteniamo che le diverse tipologie di pratiche

sul grado di esclusione – molto elevato – che si è disposti a tollerare prima di valutare come illecito il comportamento dell'impresa in posizione dominante. Ciò che nel testo vogliamo sostenere è che altre circostanze di fatto, alternative all'essenzialità, potrebbero comunque consentire di mantenere elevato il grado di esclusione che si è disposti ad accettare prima di valutare come illecito il comportamento dell'impresa in posizione dominante.

¹³⁰ Cfr. testo in corrispondenza della nota 101.

¹³¹ P. IBANEZ COLOMO, *Self-preferencing: Yet Another Ephemeral in Need of Limiting Principles*, in 43 *World Comp.*, 2020.

escludenti finora individuate non dovrebbero essere considerate vere e proprie fattispecie giuridiche autonome risiede nel tentativo di salvaguardare la coerenza interna del sistema di applicazione dell'art. 102 TFUE. Si deve infatti notare che la condotta posta in essere da Amazon non è certamente l'unico esempio di condotta monopolistica che possa ad un tempo inquadarsi in differenti specie di comportamenti escludenti ed anticompetitivi.

Si consideri, ad esempio, il caso di un'impresa multiprodotto, monopolista nella produzione di un bene durevole, ma attiva anche nel mercato dei pezzi di ricambio per quel bene durevole, in concorrenza con terzi¹³². Ora, si supponga che tale monopolista lanci una nuova versione del prodotto durevole la quale risulti compatibile solo con una versione aggiornata di tali pezzi di ricambio, offerta dalla stessa azienda dominante, ma non con le versioni precedenti dei pezzi di ricambio (che sono prodotti dai concorrenti del monopolista). I produttori indipendenti di quei pezzi di ricambio verrebbero pertanto esclusi dal mercato a causa di tale incompatibilità. A fronte dell'esclusione, tali produttori indipendenti potrebbero tentare di inquadrare la condotta del monopolista ai sensi della disciplina dell'abuso di posizione dominante affermando che: (i) non si tratta di una innovazione effettiva e meritevole di tutela, perché l'unica ragion d'essere di tale *sham innovation* è quella di escludere dal mercato secondario dei pezzi di ricambio i concorrenti dell'impresa dominante; oppure che (ii) il nuovo bene durevole rappresenta un legame tecnologico che priva i consumatori della libertà di scegliere i pezzi di ricambio che dovrebbero funzionare con il bene durevole; o, ancora, che (iii) la nuova interfaccia meccanica tra il nuovo bene durevole ed i suoi pezzi di ricambio deve considerarsi una *essential facility*, che il monopolista deve condividere con i suoi concorrenti al fine di garantire l'interoperabilità e l'innovazione successiva.

In tutti e tre gli scenari descritti, gli elementi costitutivi di fatto e gli effetti della pratica in questione sono evidentemente gli stessi¹³³. Pertanto, nell'ambito di un *effect-based approach* volto a identificare se un determinato comportamento si discosti effettivamente dalla concorrenza 'normale', rischiando di minare la struttura competitiva del mercato, le *chances* di vietare il lancio di un nuovo bene durevole dovrebbero essere le stesse, indipendentemente dalla fattispecie a cui l'autorità antitrust riconduca la condotta concretamente verificatasi sul mercato.

Nella pratica, tuttavia, questo non avviene, perché secondo la attuale giurisprudenza gli estremi che devono essere integrati per dimostrare l'illiceità di un'innovazione, l'illiceità di una pratica legante, o l'illiceità di un rifiuto a contrarre non sono gli stessi, al punto che ogni avvocato che si occupi di diritto della concorrenza non avrebbe difficoltà ad ordinare le tre pretese dalla più difficile ad essere dimostrata (l'innovazione fittizia) a quella più facile (il *tying* tecnologico). Pertanto, la necessità di dimostrare condizioni diverse per cia-

¹³² Si potrebbero fare molti altri esempi. Si consideri infatti che le pratiche leganti, le vendite a pacchetto, i contratti di esclusiva, la incompatibilità tecnica tra prodotti, e le strategie di prezzo discriminatorio possono tutti essere considerati quali rifiuti a contrarre, espliciti o impliciti.

¹³³ Vale a dire, i produttori indipendenti di pezzi di ricambio sono esclusi dal mercato secondario in cui si accresce la quota di mercato dell'impresa dominante. Inoltre, a causa di questa esclusione, l'impresa dominante rafforza la sua posizione nel mercato primario, prevenendo possibili sfide provenienti dal mercato secondario. Pertanto, l'impresa dominante ottiene la possibilità di applicare prezzi più elevati nel mercato secondario attuando una strategia di discriminazione dei prezzi di terzo grado, o di mantenere al più elevato livello possibile il prezzo monopolistico nel mercato primario.

scuna tipologia di pratica escludente e anticompetitiva pregiudica l'obiettivo implicito dell'approccio fondato sugli effetti, ovvero evitare che pratiche che si concretizzano allo stesso modo e abbiano gli stessi effetti possano essere soggette a valutazioni diverse e, quindi, abbiano diverse probabilità di essere vietate.

Certo, qualcuno potrebbe osservare che fare degli effetti escludenti e anticompetitivi in assenza di giustificazioni oggettive gli unici elementi costitutivi della fattispecie di abuso che si applica alle pratiche escludenti e anticompetitive potrebbe sottrarre certezza al sistema. E ciò perché la presenza dei suddetti elenchi di condizioni, diversi per ciascuna tipologia di condotta escludente, avrebbe il merito di limitare il potere discrezionale delle autorità antitrust e di garantire al contempo alle imprese oggetto di istruttoria la possibilità di organizzare in modo efficace le proprie difese. Tuttavia, si deve osservare che anche una caratterizzazione giuridica della nozione di abuso basata sugli effetti comporta l'onere di dimostrare i suddetti tre elementi costitutivi. Di conseguenza, non verrebbe meno la certezza del diritto; più semplicemente autorità antitrust e imprese dovrebbero sforzarsi di focalizzare l'istruttoria e le proprie difese sulle circostanze di fatto che, di volta in volta, rendono l'esclusione e i prevalenti effetti anticompetitivi possibili e, invece, escludono possibili giustificazioni oggettive.

L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM. Fattispecie, rapporto con il *private enforcement* e prospettive applicative

The abuse of economic dependence with competitive relevance in the Italian Competition Authority's case law. Typology, relationship with private enforcement and application prospects

di **Vittorio Minervini** *

ABSTRACT

Il saggio intende analizzare la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica a "rilevanza concorrenziale", ai sensi dell'art. 9, comma 3-*bis*, legge n. 192/98 (l. subf.). Questa previsione, introdotta nel 2001 e che ha affidato la repressione di questa tipologia di abusi di dipendenza economica all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), ha affiancato – alle preesistenti competenze del giudice civile in ambito privatistico – un sistema di *public enforcement*, per ragioni d'interesse generale connesse alla tutela obiettiva della concorrenza dinamica sui mercati. Nonostante, la norma è rimasta in sostanza inattuata per lungo tempo, fino a quando, solo di recente, l'Autorità ha cominciato finalmente a farne applicazione, avviando i primi procedimenti. Questo sviluppo suggerisce di investigare le (peculiari) relazioni che possono instaurarsi al riguardo tra *private* e *public enforcement*, nonché il rapporto tra questa fattispecie e quelle tipiche (e tipizzate, a livello euro-unitario) del diritto antitrust. Il saggio affronta queste tematiche anche attraverso l'analisi dei primi casi di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale da parte dell'AGCM, inquadrando la fattispecie di cui al comma 3-*bis* all'interno della disciplina a tutela della concorrenza e del mercato e analizzandone in particolare i rapporti con l'abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE (e art. 3 legge n. 287/90). Nella terza parte lo studio cerca di offrire qualche riflessione ulteriore in ordine all'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale, anche alla luce della casistica esaminata (nella parte seconda); si evidenziano i notevoli futuri spazi applicativi della fattispecie (specie nel mondo digitale, grazie anche all'innovazione recata dall'art. 33 della legge sulla concorrenza), nonché le sue peculiarità e i suoi limiti; si dimostra in particolare come le due tecniche di tutela (*private* e *public enforcement*) possano risultare complementari e si osserva come attraverso la presentazione di impegni volti a superare le preoccupazioni espresse dall'AGCM nell'atto di avvio è la stessa parte indagata a offrirsi di modificare, *pro futuro*, un regolamento

* Avvocato in Roma.

contrattuale valutato come iniquo e “abusivo” dall’Autorità e come attraverso la valutazione di adeguatezza e proporzionalità delle modifiche proposte come impegni l’AGCM possa finire per svolgere un ruolo quasi-regolatorio sul contenuto del contratto-tipo oggetto di indagine.

This essay focuses on the abuse of economic dependence with competitive relevance. This kind of abuse has been introduced in the Italian system in 2001, through a specific legislative innovation which empowered the AGCM (the Italian Competition Authority) with the pertinent public enforcement prerogatives. Nevertheless, the abuse of economic dependence with competitive relevance has substantially remained unapplied for a long time until a revirement in the last few years, when several cases were investigated by the Authority. This development raised some questions about the link between private and public enforcement of this form of abuse, in particular vis-à-vis its relationship with the traditional Antitrust categories. In this essay some preliminary answers to these questions are sketched through the analysis of the case law, regarding in particular the scope and the limits of the abuse of economic dependence, and its correlation to the abuse of dominant position under art. 102 TFEU. In the last part of this paper the author argues that the different kinds of protection provided by private and public enforcement remain complementary. In this regard it is further noted that the public enforcement of unbalanced clauses may result in quasi-regulatory effects, especially when the Authority adopts commitment decisions under art. 14-ter L. 287/90.

SOMMARIO: PARTE PRIMA: 1. Premessa. La fattispecie e gli elementi tipologici e differenziali. – 2. I nuovi interrogativi derivanti dal *public enforcement* dell’abuso di dipendenza economica (e qualche prima, possibile risposta). – PARTE SECONDA: 3. L’applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nella prassi dell’AGCM. I contratti di *franchising*. Il caso “McDonald’s”. – 4. *Segue*. Il caso “Benetton”. – 5. *Segue*. Il caso “Original Marines”. – 6. L’applicazione dell’abuso di dipendenza economica a rilievo concorrenziale nei contratti di distribuzione. Il caso “Wind Tre”. – 7. *Segue*. Il caso “Distribuzione quotidiani e periodici nell’area di Genova e del Tigullio”. – 8. Abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale e abuso di posizione dominante. Il caso “Poste”. – 9. *Segue*. Il rapporto tra giudizio civile e accertamento amministrativo davanti all’AGCM: l’eccezione di “*ne bis in idem*”. – PARTE TERZA: 10. Le prospettive applicative (e qualche ulteriore riflessione). – 10.1. Inquadramento della fattispecie di cui al comma 3-bis: il requisito della “rilevanza concorrenziale” e la natura dell’azione risarcitoria conseguente all’accertamento in sede amministrativa. – 10.2. Distinzione tra dipendenza economica e (suo) abuso. – 10.3. Abuso di dipendenza economica e contratto. – 10.4. Posizione dominante e dipendenza economica: assonanze e distinzioni. – 10.5. Gli spazi applicativi dell’abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale. – 10.6. La complementarità tra *private* e *public enforcement* ai fini dell’effettività della tutela. – 10.7. *Segue*. Controllo pubblicistico sull’abusività delle clausole contrattuali, impegni ed effetti “regolatori”.

PARTE PRIMA

1. Premessa. La fattispecie e gli elementi tipologici e differenziali

L’abuso di dipendenza economica integra una fattispecie che nel nostro ordinamento è stata considerata rilevante – almeno in un primo momento, si vedrà – in via preminente sul piano civilistico e negoziale, essendo stata per lo più ricondotta ai canoni generali dell’abuso del diritto e della buona fede contrattuale (in fase di trattative funzionali alla conclusione del contratto: art. 1337 c.c.; in fase di interpretazione/integrazione del contratto: art. 1366 c.c.; nella

fase esecutiva delle relative obbligazioni: artt. 1175 e 1375 c.c.), di cui costituirebbe particolare declinazione¹.

Sul piano storico, invece, com'è stato osservato, il divieto di abuso di una situazione di dipendenza economica «nasce come uno sviluppo interno del divieto antitrust di abuso di posizione dominante», essendo germinato «nel diritto tedesco e da questo transitato al diritto comunitario, per divenire poi di applicazione quasi generalizzata negli ordinamenti dei paesi industrializzati»; e un filone di pensiero, elaborato in Germania già nella metà del secolo scorso, inquadra la fattispecie nelle categorie tipiche del diritto antitrust, definendola in termini di «posizione dominante *relativa*» (ossia come dominanza «riferita non più ad un intero mercato, ma ad una cerchia di determinati soggetti» e dunque anche «di una impresa rispetto ad un'altra»)².

La disciplina dell'abuso di dipendenza economica vive di questa intrinseca ambivalenza³.

In (iniziale) aderenza alla visione che potremmo definire “contrattualistica”, la norma italiana è stata inserita – come noto – all'interno della «disciplina della subfornitura nelle attività produttive» (art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192) e descrive la dipendenza economica come «la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un *eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*».

È noto, altresì, il dibattito che ha circondato l'introduzione di tale disposizione nel nostro ordinamento, in particolare tra la posizione di chi ne evidenziava la natura e funzione pro-concorrenziale, suggerendone così l'inserimento all'interno della disciplina propriamente di diritto antitrust⁴ (appunto quale “sorella minore” dell'abuso di posizione dominante⁵) e chi, invece, considerava in ogni caso preminente (o anche assorbente) il rilievo privatistico e negoziale, collocando idealmente la disposizione tra le clausole generali che governano la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto, in una logica, dunque, che potrebbe definirsi puramente micro-economica e inter-individuale, intesa a garantire l'equità contrattuale⁶. La stessa Autorità Garante del-

¹ In questi termini, autorevolmente, G. OPPO, *I principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Giappichelli, Torino, 2001, sez. I, Tomo I, p. 72 ss. Sono molte le sentenze in materia (tanto di merito che di legittimità) che seguono questo itinerario logico.

² Sono parole di M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1 ss. Per maggiori approfondimenti sulla genesi della fattispecie nel diritto tedesco (e francese) v. in particolare P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006; per un inquadramento di carattere più generale, anche pubblicistico, relativo alle tipologie di controllo del potere privato da parte dell'ordinamento (anche in riferimento anche ai temi qui trattati) v. in particolare ancora M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2021, p. 893 ss.

³ Il tema è ben delineato ad es. da R. PARDOLESI, *Prefazione* (al libro di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004, p. XI ss., nel quale si ritrova più ampiamente sviluppato).

⁴ In questo senso si vedano, in particolare, R. PARDOLESI – R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss., C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, n. 1, p. 9 ss. e P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit.

⁵ Cfr. per tutti ancora M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1 ss.

⁶ È la tesi espressa, oltre che da Giorgio Oppo, ad es. da M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 88 ss., F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti*

la Concorrenza e del Mercato (di seguito, *breviter* anche 'AGCM' o 'Autorità') propendeva invero per questa seconda interpretazione, tanto da sconsigliare al legislatore l'inserimento della previsione relativa all'abuso di dipendenza economica nella legislazione a tutela della concorrenza⁷.

E così, almeno in una prima fase, la disposizione relativa all'abuso di dipendenza economica fu lasciata al rilievo esclusivamente privatistico e alla competenza del giudice civile che, nel dichiarare la nullità delle clausole abusive della posizione di dipendenza economica del contraente debole, può adottare le misure inibitorie e risarcitorie ritenute più opportune. Assai discussa (e criticata) invece, anche tra i civilisti, la possibilità che il giudice possa per quel verso giungere, attraverso il *medium* costituito appunto dalla clausola generale del divieto di abuso della dipendenza economica, a sovrascrivere il contenuto del negozio frutto di imposizione unilaterale e a sostituire, con proprie determinazioni, quelle ritenute abusive e, dunque, per legge, nulle⁸.

In conseguenza di ciò, la disciplina dell'abuso di dipendenza economica è stata per lungo tempo, almeno in Italia, appannaggio preminente degli studi scientifici di stampo civilistico (*in primis* all'interno della teoria del contratto e dei rimedi su di esso esperibili attraverso l'intervento del giudice per la sua riconduzione a equità) ed è stata inquadrata nella (sfuggente) categoria concettuale dell'*abuso del diritto*⁹ (da taluno però, anche autorevolmente, ritenuta

della buona fede contrattuale, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss. e G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss. (ma v. anche la concorde opinione, in un'ottica di analisi economica, di M. GRILLO, *L'abuso di dipendenza economica. L'opinione dell'economista*, in *Mer. conc. reg.*, n. 1/1999, p. 58 ss., che in definitiva ritiene che, per poter acquisire rilevanza concorrenziale, un abuso di dipendenza economica dovrebbe avere le caratteristiche di un abuso di posizione dominante, sì che la fattispecie si rivelerebbe inutile ai fini della tutela del mercato e del processo concorrenziale; ivi, anche, la replica di Osti, p. 62 ss.). Secondo M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica*, cit., invece, «se un soggetto economico rimane vincolato a scelte contrattuali che non avrebbe adottato se avesse avuto piena libertà di scelta, questo fatto è già ... una distorsione di un processo concorrenziale efficiente e dinamico» e residuerebbe solo un problema di uso efficiente delle risorse dell'AGCM e degli strumenti giuridici, secondo una logica *de minimis*, che peraltro è propria anche del diritto antitrust (posizione che pecca, forse, per eccesso e che tende a riconoscere «rilevanza concorrenziale», di per sé, ad ogni fattispecie di abuso di dipendenza economica: si tornerà *infra* su questo). Per una disamina più approfondita delle varie posizioni interpretative proposte in fase di introduzione della disposizione sull'abuso di dipendenza economica cfr. ad es. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, op. cit. e P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., cui adde, da ultimo, V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Giuffrè, Milano, 2020.

⁷ Questa la posizione espressa allora dall'AGCM nei pareri AS046 del 20 giugno 1995, in *Boll.*, 23/1995 e AS121 dell'11 febbraio 1998, *ivi*, n. 5/1998, con motivazioni che possono così sintetizzarsi: da un lato sarebbe stato improprio e inopportuno dilatare la fattispecie tipica, di derivazione euro-unitaria (e ivi declinata e categorizzata, anche grazie all'intervento dei giudici europei), dell'abuso di posizione dominante; da un altro, se la disciplina antitrust è diretta a tutelare il processo concorrenziale e la struttura concorrenziale dei mercati, la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica avrebbe invece il (diverso) fine di integrare gli strumenti codicistici di regolazione dei rapporti negoziali in funzione di un intervento riequilibrativo del sinallagma contrattuale tra le parti, operazione, questa, che dovrebbe restare allora, più propriamente, nelle mani del giudice civile.

⁸ Per una puntuale analisi di queste tematiche e il loro inquadramento nelle categorie logico-dogmatiche proprie del diritto civile v. ad es. F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, n. 3, p. 509 ss.

⁹ In questi termini si è espressa, almeno in un primo momento, anche la Cassazione: v. in partic. Cass. civ., sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106 (che può leggersi ad es. in

priva di utilità, pratica e dogmatica¹⁰) e collocata così nell'ambito del rapporto negoziale come suo logico e anzi imprescindibile ambito di operatività; sino a ingenerare la convinzione che essa segnasse allora anche la nascita di una nuova *categoria generale* di contratti (tra imprese), caratterizzati appunto dall'esercizio di un potere dispari (o impari), secondo la nota teorica del cd. "terzo contratto"¹¹.

Invero questo inquadramento soffre, a sommosso avviso di chi scrive, di condizionamenti culturali forse, almeno in parte, impropri: l'abuso di dipendenza economica non è, infatti (o non è sempre e necessariamente) l'abuso di un diritto, situazione soggettiva che potrebbe anche mancare (potendosi risolvere l'abuso anche in una condotta *contra jus*)¹², laddove la fattispecie postula, invero e più propriamente, una *situazione di fatto* (qualificabile in termini di "dipendenza economica") e da valutare in senso obiettivo¹³, la quale costituisce l'antecedente logico del suo sfruttamento "abusivo", vietato dall'ordinamento, perché non rispondente alla logica corretta di un vantaggio acquisito sulla base del merito concorrenziale¹⁴.

Infatti, come nella fattispecie tipica dell'abuso di posizione dominante nel

Nuova giur. civ. comm., 2010, II, p. 319 ss. con nota critica di M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, ribadita ora da Cass., sez. civ., 21 gennaio 2020, n. 1184, secondo la quale «la L. n. 192 del 1998, art. 9 costituisce fattispecie riconducibile al più vasto tema dell'abuso del diritto, quale applicazione delle clausole generali di buona fede e correttezza: si tratta di canoni, alla cui stregua valutare la condotta idonea a ripercuotersi nella sfera giuridica di un altro soggetto». In dottrina v. invece, ad es., R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, p. 524 ss. ed E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica oltre la subfornitura*, in *Conc. merc.*, 2012, p. 619 ss. cui adde da ultimo V. FALCE, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, p. 189 ss.

¹⁰ Cfr. in particolare R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, vol. II, *Il diritto soggettivo*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 809 ss. e M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss.

¹¹ Definito tale (già da R. PARDOLESI, *Prefazione* al libro di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, cit.) per differenziarlo dalla categoria generale codicistica (di un contratto che si immagina negoziato e concluso "tra pari") e da quella, sopravvenuta, del "contratto dei consumatori", connotato dalla strutturale asimmetria del rapporto che s'instaura tra "professionista" e "consumatore" (quest'ultimo considerato per antonomasia "contraente debole" e da tutelare – al di là del processo di formazione negoziale – attraverso la previsione di una nutrita serie di nullità "di protezione", intese a ricondurre ad equità il contenuto del rapporto contrattuale). In argomento si vedano, tra i tanti, il volume collettaneo, a cura di G. GITTI-G. VILLA, *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008, e i saggi di V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma* e Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, entrambi in *Il contratto del duemila*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2020, rispettivamente pp. 69 ss. e 95 ss. Una complessiva (e per molti versi condivisibile) rilettura in apicibus del rapporto tra diritto privato e norme concorrenziali è ora in A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020 (in particolare p. 135 ss., che in parte riprende e sviluppa le idee già presenti nel saggio *Il contratto asimmetrico fra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 531 ss.).

¹² Così anche M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 3/2018, spec. p. 19 ss.

¹³ In termini analoghi, mi pare, G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi* (a cura di G. D'Amico e S. Pagliantini), Giappichelli, Torino, 2013, p. 49 ss. e lo stesso M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, cit., spec. p. 10 ss.

¹⁴ Per questa idea e la riconduzione teorica della disciplina sull'abuso di dipendenza economica a questa matrice concettuale v. per tutti M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., in partic. p. 907 ss.

diritto antitrust, anche in questo caso non è vietata né sanzionata, in sé, la situazione di “dipendenza economica” di un’impresa da un’altra, la quale è anzi connaturale – come si vedrà meglio *infra* – a una serie piuttosto variegata di relazioni commerciali tra imprese (si pensi agli accordi di *franchising*, ma anche a quelli di distribuzione verticale e a tutte le relazioni che si instaurano nei cd. *aftermarkets*)¹⁵: ciò che l’ordinamento vieta e sanziona è *lo sfruttamento abusivo* di queste “situazioni di fatto” nelle quali un’impresa “dipende” – in alcune tipologie di rapporti contrattuali anche *tipicamente* – dalla condotta commerciale di un’altra¹⁶.

Peraltro, l’accertamento della situazione di fatto della “dipendenza economica” non può basarsi esclusivamente (né forse prioritariamente) su connotati di tipo solo giuridico e formale (*in primis* le clausole del contratto, che potrebbero essere astrattamente anche bilanciate e sinanche reciproche), ma richiede anche – e necessariamente, direi – l’apporto dell’analisi economica¹⁷, per valutare anche «in punto di fatto» l’effettiva soggezione dell’impresa dipendente all’altrui potere unilaterale (com’è peraltro del tutto naturale nel diritto antitrust), nonché – e questo è un altro elemento tipizzante della fattispecie – l’assenza di alternative concretamente praticabili per l’impresa abusata¹⁸. Interessante anche capire se la mancanza di alternative sia rilevante solo nel momento di costituzione del rapporto (nel senso che la possibilità iniziale di scelta di affiliazione a una catena distributiva o di *franchising* piuttosto che a un’altra farebbe venir meno, a livello costitutivo, la situazione di “dipendenza” abusabile¹⁹), ovvero se essa rilevi autonomamente anche in fase attuativa e di cessazione del rapporto commerciale (come sembra, invece, a chi scrive e come si desume ora dalla prima casistica applicativa di fronte all’AGCM: v. *infra* su questo, parte II).

Inoltre, anche la necessaria riconduzione della dipendenza economica

¹⁵ Per lo studio più approfondito di tali relazioni in ordine all’applicazione della fattispecie considerata v. in particolare P. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, cit., (spec. p. 171 ss.); per un’analisi in chiave di *Law&Economics*, con particolare riferimento al contratto di *franchising* v. invece G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., (specie p. 42 ss. e 50 ss.).

¹⁶ Per maggiori approfondimenti v. ancora P. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, cit. (in partic. p. 369 ss.).

¹⁷ Si rinvia, sul punto, a quanto osservato nel saggio di A. PEZZOLI, *L’abuso di dipendenza economica. Analisi economica di un ibrido?*, in corso di pubblicazione nel volume collettaneo *Equità e concorrenza: la nuova stagione della dipendenza economica*, a cura di G. COLANGELO-V. MINERVINI, Il Mulino, Bologna, 2023.

¹⁸ Per questa tesi cfr. ad es., autorevolmente, M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., par. 6 (ma essa è sostenuta e argomentata in chiave di *Law&Economics*, con riferimenti diversi e comparatistici, anche da G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, cit., *passim*).

¹⁹ Secondo la posizione adottata oltreoceano dalla giurisprudenza americana, per il vero su basi normative in parte diverse (abuso di posizione dominante), nel noto caso *Queen City Pizza v. Domino’s Pizza Inc.*, deciso dalla Corte Distrettuale della Pennsylvania il 27 agosto 1997 (“124 F.3d 430, 3d Cir. 1997”, nella causa n. 96-1638), in relazione alla negata abusività dell’obbligo dei *franchisee* di approvvigionarsi di ingredienti per le pizze dal *franchisor*, con l’opinione dissenziente del giudice Lay (una sintesi della decisione può leggersi nella raccolta *Casetext*, all’indirizzo <http://casetext.com/case/queen-city-pizza-inc-v-dominos-pizza-inc/case-summaries>). Un commento alla decisione e alla questione ad essa sottesa nell’ambito della logica funzionale e di controllo qualitativo tipica dei contratti di *franchising* in G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, cit. (in partic. p. 60 ss., ove anche indicazioni di ulteriori decisioni in termini).

all'alveo del rapporto negoziale, sebbene risulti in buona parte legittimata dalla *sedes materiae* dei rapporti di subfornitura in cui la norma formalmente si colloca e se appare certamente probabile (e anzi naturale), non è però anche necessaria e co-essenziale alla fattispecie²⁰, ben potendo darsi “condotte abusive” rilevanti ai fini della disciplina in esame anche *prima* del contratto e del rapporto negoziale o al di fuori di esso (si pensi, in questo senso, al rifiuto a contrarre, declinato in via esemplificativa e descrittiva dallo stesso legislatore come “rifiuto di vendere” o “rifiuto di comprare”, che si danno tipicamente anche prima o in assenza di un regolamento negoziale)²¹.

Come si accennava, la norma è stata qualificata da molti civilisti come una (sorta di) *nuova clausola generale*, che consente al *giudice* di intervenire per ri-equilibrare un rapporto contrattuale deviato e reso perciò iniquo a causa dell'abuso di potere negoziale esercitato da una delle parti in danno dell'altra²², talora anche per la incompletezza (che può essere anche voluta) del regolamento contrattuale, che si presta perciò a essere integrato e riempito in modo arbitrario e unilaterale, attraverso l'esercizio del potere negoziale della parte strutturalmente forte²³. E tuttavia, mentre si accetta senza particolari riserve l'efficacia demolitoria di questa disciplina, si registra invero anche una più diffusa riluttanza concettuale ad ammettere che il giudice, sul modello tedesco (che – s'è visto – ispira e contamina la normativa in commento)²⁴, possa riscrivere il contenuto negoziale ritenuto frutto di imposizione unilaterale, per ricondurre il contratto a una superiore e ideale “equità”²⁵.

Nondimeno, anche tra i civilisti italiani più attenti è maturata nel tempo la

²⁰ Come hanno sostenuto invece le Sezioni Unite della Cassazione nella nota sentenza 25 novembre 2011, n. 24906, che al riguardo così motiva il nesso – ritenuto appunto necessario – tra abuso di dipendenza economica e relazione contrattuale: «poiché l'abuso in questione si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di 'rapporti commerciali', esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto».

²¹ Sul punto cfr. in particolare C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004 (specie p. 244 ss.); con diverso orientamento v. invece A. VILELLA, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, ESI, Napoli, 2009.

²² Si veda al riguardo, in luogo di altri, ancora F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., ove anche numerose indicazioni dottrinali e una ricostruzione casistica delle più significative applicazioni della norma nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Per ulteriori approfondimenti sulla casistica giurisprudenziale sviluppatasi in sede civilistica (e una critica a taluni degli approdi ivi raggiunti) v. anche R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: tipici ed atipici*, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 137 ss.

²³ Sul concetto di contratto incompleto si rinvia, in particolare, agli studi di A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto: un'introduzione*, a cura di D. FABBRI-G. FIORENTINI-L.A. FRANZONI, NIS, Roma, 1997, p. 97 ss.; di G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Cedam, Padova, 2000 e di A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Giappichelli, Torino, 2005, nonché alle riflessioni di A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Jovene, Napoli, 2005 e di D. VALENTINO, *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3/2008, p. 509 ss. (ma ricorderei *in primis*, anche per la diretta rilevanza in ordine ai temi qui trattati, lo studio di O.D. HART, *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, in *4 Journal of Law, Economics, & Organization*, 1988, p. 119 ss.).

²⁴ Si veda il § 313 del *BGB*, rubricato “Alterazione della base negoziale”, per come novellato nel 2002, che consente al giudice di “imporre ad una delle parti l'adeguamento del contratto”. Per il rilievo dell'esperienza e della riflessione giuridica tedesca nell'elaborazione della fattispecie in esame si veda in particolare P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., *passim*.

²⁵ Per un'ampia ricostruzione della questione, che tocca il tema di vertice del rapporto tra autonomia ed eteronomia nel regolamento contrattuale, si veda ad es., per tutti, N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

convinzione che le norme a tutela della concorrenza (il diritto antitrust di fonte euro-unitaria in senso stretto, e lo stesso abuso di dipendenza economica, nella sua versione a “rilevanza concorrenziale”, di cui al comma 3-*bis* dell’art. 9: v. oltre) contribuiscano inevitabilmente a definire – e anzi a *conformare* – lo spazio, la funzione e i limiti dell’autonomia privata e del contratto, ponendosi così all’interprete quali elementi essenziali della ricostruzione giuridica, anche di stampo privatistico²⁶ (ne è derivata anche una nuova categoria di studi volti alla comprensione e sistematizzazione concettuale di questi fenomeni, spesso ricompresi nel sintagma “diritto privato europeo”, che s’informa e nutre di una nuova *cultura giuridica*, la quale non può prescindere dalle interferenze e dai condizionamenti – non solo normativi – derivanti dal diritto dell’Unione)²⁷.

E tuttavia, mentre quest’ampia riflessione dottrinale e giurisprudenziale prendeva corpo e si consolidava, la legge 5 marzo 2001 n. 57 introduceva nell’art. 9 della legge n. 192/98 una nuova disposizione, il comma 3-*bis*²⁸ (modificato poi ulteriormente dalla legge 11 novembre 2011, n. 180)²⁹, per stabilire che l’abuso di dipendenza economica possa ricadere *altresì* nella competenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, qualora sia in esso riconoscibile una “*rilevanza concorrenziale*”. Si tornerà meglio *infra* sul punto, ma si può sin d’ora anticipare che l’evoluzione verso un modello di repressione anche amministrativa degli illeciti e di accostamento di un *public enforcement* al normale operare della tutela giurisdizionale di *private enforcement* risponde a una linea più generale riscontrabile a livello ordinamentale, e non solo in ambito nazionale³⁰.

Se si esamina la norma di cui al comma 3-*bis* in termini di *fattispecie*, si può desumere che per legittimare l’intervento repressivo di stampo pubblicistico dell’Autorità sia necessario un elemento ulteriore e differenziale, un *quid pluris* (rispetto ai casi di abuso di dipendenza economica che restano affidati alla cura del giudice civile nel senso riequilibratorio sopra divisato), che la legge individua nella attitudine dell’abuso (dell’altrui dipendenza economica) a

²⁶ Una complessiva (e per molti versi condivisibile) rilettura del rapporto tra diritto privato e norme concorrenziali è ora in A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020 (in particolare p. 135 ss., che riprende e sviluppa idee e suggestioni già presenti nel saggio *Il contratto asimmetrico fra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 531 ss.); ma v. anche R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli, 2004 e, da diversa prospettiva, C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 633 ss.

²⁷ Per limitarsi a qualche significativo richiamo si vedano, ad es. i volumi collettanei raccolti (a cura di N. LIPARI) sotto la dizione *Trattato di diritto privato europeo*, Cedam, Padova, pubblicati a partire dal 2003 (e ivi, in particolare, il saggio di A. JANNARELLI, *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, vol. III, 2003, p. 3 ss.), quello curato da P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, Giuffrè, Milano, 2006 e il manuale di G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, IV ed., Cedam, Padova, 2021 (nei quali possono rinvenirsi maggiori e più puntuali riferimenti bibliografici).

²⁸ Su cui v. in particolare M.R. MAUGERI, *Le recenti modifiche della disciplina sull’abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 506 ss.

²⁹ Su tale ulteriore modifica cfr. invece P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica (ad vocem)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani on-line*, 2012.

³⁰ Per un quadro d’insieme di questo fenomeno e la piena giustificazione dell’affermazione formulata nel testo si rinvia a quanto più ampiamente argomentato al riguardo da M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., p. 893 ss. (e in partic. p. 908, ove si parla di un oramai diffuso e confermato “modello di contrasto al potere economico privato fondato sulla centralità dell’azione di un’autorità amministrativa indipendente”).

trascendere i confini del singolo rapporto negoziale e a produrre effetti che si propagano al di là delle vicende individuali delle parti, avendo *ricadute apprezzabili* sul mercato di riferimento, obiettivamente considerato: in altri termini, se si vuole, dando giuridica rilevanza alla capacità dell'abuso di *incidere negativamente sulla struttura concorrenziale di uno o più mercati rilevanti e sulle relative dinamiche competitive*. Nella fattispecie di cui al comma 3-bis dell'art. 9 non si tratta (più) di accertare le conseguenze intersoggettive dell'abuso, che restano di pertinenza esclusiva del giudice civile, ma di vagliarne invece le ricadute esterne (al rapporto giuridico o negoziale *inter partes*), sull'efficienza dinamica dei mercati interessati; ciò che, in coerenza con la finalità pubblicistica e d'interesse generale qui perseguita, conduce non già al risarcimento del danno eventualmente patito dalla parte "debole" del rapporto, ma all'interruzione, sul piano oggettivo, della condotta valutata come socialmente disutile e dannosa, attraverso un ordine inibitorio e l'irrogazione di una sanzione amministrativa³¹. Tanto avviene peraltro in piena coerenza – come si vedrà – con quanto già accade per la repressione dell'illecito antitrust, essendo espressamente dichiarati come applicabili rimedi, strumenti e procedimenti per quest'ultimo tipizzati³².

Questo, dunque, un primo elemento da rimarcare in ordine all'abuso di dipendenza economica di rilevanza concorrenziale di cui al comma 3-bis, fattispecie che astrattamente legittima – accanto a quello del giudice, ma anche *indipendentemente* da questo, come si vedrà – un intervento di *public enforcement* da parte dell'AGCM, a tutela d'interessi (non più solo privati, ma anche) generali.

Diventa però difficile, sulla base di queste premesse, ridurre la disposizione di cui al comma 3-bis alla lettura *esclusivamente contrattualistica* della disciplina, sopra evocata, e negare la rilevanza concorrenziale – di tutela del mercato in senso obiettivo – della fattispecie di abuso di dipendenza economica qualificato dalla stessa norma come avente «*rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato*».

In definitiva, almeno quanto alla fattispecie specifica prevista dal comma 3-bis dell'art. 9, è il medesimo legislatore a ricondurre la relativa disciplina alla logica e alla funzione tipica del diritto antitrust³³. E in una prospettiva comparatistica può osservarsi al riguardo che almeno le esperienze dei Paesi più prossimi (e rilevanti quanto alle influenze culturali e scientifiche) mostrano su questo aspetto una significativa analogia, se è vero che in Francia l'abuso di dipendenza economica è censurabile solo quando abbia rilevanza concorrenziale e in Germania la norma relativa alla repressione dell'abuso di dipenden-

³¹ Negli stessi termini, mi pare, anche M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., in partic. p. 900 ss.

³² Lo si ricava dalla stessa lettera dell'art. 3-bis in commento, ai sensi del quale "ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso" (dove diffide e sanzioni di cui all'art. 15 sono quelle previste, appunto, per la violazione delle norme antitrust relative alle intese e agli abusi di posizione dominante, da accertare nelle forme e in applicazione delle medesime procedure previste dall'art. 14 ss. della stessa legge 287/90).

³³ In senso conforme v. ancora M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., *ibidem*.

za economica costituisce declinazione di quella relativa all'abuso di posizione dominante, essendo inserita nella medesima legislazione a tutela della concorrenza e del mercato³⁴.

Sul piano ermeneutico e ricostruttivo va peraltro opportunamente evidenziato che il (crescente) *favor* del legislatore verso un'applicazione di tipo anche pubblicistico e con finalità allora evidentemente pro-concorrenziali del divieto di abuso di dipendenza economica ha trovato seguito e conferma in successive disposizioni, che ne hanno richiamato la disciplina ovvero fatto particolare applicazione in contesti specifici e settoriali³⁵.

Si allude, in primo luogo, alla figura speciale di abuso di dipendenza economica introdotto dal legislatore nel secondo periodo del comma 3-*bis* dell'art. 9 (dall'art. 10 legge 11 novembre 2011, n. 180) per il caso di «violazione diffusa e reiterata» della disciplina sui ritardi dei pagamenti commerciali di cui al d.lgs. n. 231/2002 che, quando «posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie», si ritiene abusiva anche senza l'accertamento del requisito della dipendenza economica (che viene presunto dalla norma); nonché all'espresso richiamo della disciplina e dei rimedi dell'abuso di dipendenza economica fatto dal legislatore in relazione al settore della distribuzione dei carburanti, al fine di garantire una maggiore concorrenza di prezzo a favore dei consumatori finali (art. 17, comma 3, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) e all'applicazione particolare dell'istituto nel settore agroalimentare, operata dall'art. 62 del medesimo d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27³⁶.

³⁴ Ci si riferisce, quanto alla Francia, all'art. L420-2 del *Code de Commerce*, che vieta l'abuso di dipendenza economica «*dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence*» ossia «laddove sia suscettibile di influenzare il funzionamento o la struttura della concorrenza»; e quanto alla Germania all'art. 20 del *GWB*, la legge tedesca sulla concorrenza, nel cui *corpus* la norma di contrasto alla dipendenza economica è direttamente inserita e che è stata di recente novellata e integrata da un par. (1°) aggiunto all'art. 20, per rafforzarne ed estenderne l'applicazione nel mondo digitale (c.d. "X Novella", recata dalla legge 19 gennaio 2021, di modifica del *GWB*, «*Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0*» ossia «norme per un diritto della concorrenza focalizzato, proattivo e digitale 4.0»), in analogia a quanto poi fatto anche dal legislatore italiano con l'art. 33 della legge 118/2022 (su cui v. meglio *infra*). Per ulteriori approfondimenti si rinvia, in particolare, a P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 87 ss. (cui *adde*, da ultimo e con specifico riferimento all'esperienza tedesca, ID, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 3/2019, p. 549 ss.) e, in una prospettiva comparatistica assai più ampia, estesa anche al diritto antitrust statunitense, v. invece S. LEE, *A Theoretical Understanding of Abuse of Economic Dependence in Competition Law*, working paper (24 giugno 2022), presentato alla 17th ASCOLA Conference, Porto, 30 giugno – 2 luglio 2022 (disponibile online all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4134583>), in partic. p. 38 ss. e A. TONAZZI, *Abuso di dipendenza economica: un'analisi comparata*, in corso di pubblicazione nel volume collettaneo *Equità e concorrenza: la nuova stagione della dipendenza economica*, a cura di G. COLANGELO-V. MINERVINI, cit.

³⁵ Lo rileva anche V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, op. cit., p. 92 ss.

³⁶ Su tale peculiare declinazione dell'abuso di dipendenza economica nella filiera agroalimentare si è sviluppata peraltro un'ampia casistica, anche in sede amministrativa (nell'ambito della quale si segnalano, in particolare, gli interventi nel settore caseario e del latte): senza pretesa di completezza si vedano, ad es., le decisioni dell'AGCM AL12, *Eurospin/Modifica condizioni contrattuali con fornitori*, provv. n. 25551 del 9 luglio 2015, in *Boll.*, 29/2015; AL14, *Coop Italia-Centrale Adriatica/Condizioni contrattuali con fornitori*, provv. n. 25797 del 22 dicembre 2015, in *Boll.*, 49/2015; AL15A, *Coop-Gdo/Panificatori*, provv. n. 27821 del 27 giugno 2019, in *Boll.*, 28/2019; AL22, *Commercializzazione del grano Senatore Cappelli*, provv. n. 2799 del 12 novembre 2019, in *Boll.*, 48/2019; AL28B, *Caseari Dall'Aglia/Contratti cessione latte crudo*,

Piuttosto chiaro appariva dunque l'intento del legislatore di favorire un'applicazione ampia e generalizzata dell'istituto anche attraverso gli strumenti di *public enforcement* in sede amministrativa³⁷.

Ma un'ulteriore (e assai eloquente) conferma di questo nuovo indirizzo, chiaramente riscontrabile sul piano del diritto positivo – che nuova linfa sembra destinato a portare anche ai suoi studi – è dato ritrovare oggi nell'art. 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118³⁸, che intende realizzare un «rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica»³⁹, estendendo e integrandone la disciplina in riferimento al mondo globale digitalizzato, in particolare attraverso la previsione di una «presunzione» semplice di (una condizione di)

provv. n. 29723 del 22 giugno 2021, in *Boll.*, 29/2021; AL28A, *Caseificio Ferretti/Contratti cessione latte crudo*, provv. n. 29722 del 22 giugno 2021, in *Boll.*, 29/2021. Per un'analisi di questa disciplina cfr. ad es. S. MASINI, *L'abuso nella contrattazione di imprese nella filiera agroalimentare*, in *Diritto Agroalimentare*, 2019, p. 259 ss. e A.M. MANCALEONI, *Le pratiche commerciali nella filiera agroalimentare e la tutela civilistica della parte debole: riflessioni alla luce dell'esperienza francese*, Roma, 2020. Si osserva, per completezza, che tale competenza, nel quadro del riordino della materia in attuazione della direttiva 2019/633 in punto di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, è stata ora assegnata, per le fattispecie tipiche previste dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198, all'ICQRF, il Dipartimento dell'Ispettorato Centrale della tutela della Qualità e Repressione Frodi dei prodotti agroalimentari del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, designato quale «autorità nazionale di contrasto deputata all'accertamento delle violazioni ... e all'irrogazione delle relative sanzioni amministrative». E tuttavia, almeno a sommosso avviso di chi scrive, nulla vieterebbe all'AGCM di (continuare ad) applicare la disciplina di carattere generale dell'abuso di dipendenza economica nel settore agro-alimentare per le fattispecie non tipiche e non nominate nella direttiva e nel d.lgs. n. 198/2021, in analogia, del resto, con quanto è avvenuto in materia di *franchising*, rispetto alle disposizioni specifiche contenute nella legge 6 maggio 2004, n. 129 (dello stesso avviso, quanto all'applicazione del generale divieto di abuso di dipendenza economica nel *franchising* al di fuori delle disposizioni speciali della legge n. 129/2004, v. in dottrina M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., par. 13, testo e note; per una conferma in via di prassi applicativa in ordine ai rapporti di *franchising* v. *infra* nel testo).

³⁷ Per maggiori dettagli e una più definita argomentazione dell'assunto v. ad es. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit. (spec. pp. 92 ss. e 354 ss.), cui adde, in una prospettiva ancor più generale, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit. (in partic. p. 900 ss.). V. anche, da ultimo, V. FALCE, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, cit., p. 189 ss.

³⁸ Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, in GU Serie Generale n. 188 del 12 agosto 2022.

³⁹ In questi termini è rubricato l'art. 33 della legge n. 118/2022, cit.: «1. All'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati»;

b) al comma 2 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere»;

c) al comma 3 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le azioni civili esperibili a norma del presente articolo sono proposte di fronte alle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168».

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano a decorrere dal 31 ottobre 2022.

3. La Presidenza del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministero della giustizia e sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, può adottare apposite linee guida dirette a facilitare l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1, in coerenza con i principi della normativa europea, anche al fine di prevenire il contenzioso e favorire buone pratiche di mercato in materia di concorrenza e libero esercizio dell'attività economica».

dipendenza economica (così almeno è qualificata nell'articolato, che ammetterebbe "la prova contraria", ancorché la tecnica normativa sembri confondere e sovrapporre il piano della fattispecie con quello della disciplina) a carico dei cd. "gatekeeper", definiti nella stessa disposizione come una «piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati»⁴⁰.

Nell'esame parlamentare la norma ha subito una modifica nella collocazione e un'integrazione, in forza della quale si prevede ora che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, d'intesa con il Ministero della giustizia e sentita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato possa adottare «*apposite linee guida*» per favorire la corretta applicazione della disposizione in sede giurisdizionale «in coerenza con i principi della normativa europea, anche al fine di prevenire e favorire buone pratiche di mercato in materia di concorrenza e libero esercizio dell'attività economica». Se non che la disposizione aggiunta desta perplessità sotto vari profili, non potendo il Governo dettare indirizzi applicativi alla Magistratura (che da Costituzione è potere equi-ordinato ed autonomo), né peraltro alla stessa AGCM, organo indipendente e neutrale, con funzioni autarchiche che si radicano direttamente nel diritto euro-unitario e certamente privo di competenze in ordine all'applicazione di una legge da parte dei giudici ordinari.

Ad ogni buon conto, e al di là delle segnalate incertezze sul piano della tecnica normativa, risulta anche per questo verso viepiù evidente – e anzi attualissimo – l'intento del legislatore non solo di valorizzare, ma anche di *estendere* l'ambito di applicazione (anche) pubblicistica del divieto di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale (*public enforcement*), con finalità chiaramente pro-concorrenziali e d'interesse generale, che travalicano il momento solo negoziale e privatistico, anche con specifiche disposizioni rivolte ora al mondo delle piattaforme digitali.

Un secondo elemento che deve pure esser adeguatamente evidenziato è, invece, di tipo squisitamente fattuale e va apprezzato più specificamente in una dimensione temporale.

Infatti, nonostante questo deciso cambio di rotta da parte del legislatore, per quasi quindici anni la disposizione generale di cui al comma 3-*bis* dell'art. 9 è rimasta, in buona sostanza, inattuata⁴¹: mentre crescevano i casi di abuso di dipendenza economica portati, con diverse sorti e fortune, all'attenzione dei giudici civili, di merito e di legittimità, e mentre si andavano delineando con

⁴⁰ Così il (nuovo) ultimo periodo del comma 1 dell'art. 9 l. subf, per come novellato dall'art. 33 della legge 118/2022, cit., riportato alla nota precedente. Per una prima analisi di tale disposizione (in relazione all'art. 29 della proposta di legge sulla concorrenza formulata dal Governo) si rinvia al saggio di G. COLANGELO, *Mercati digitali e dipendenza economica*, in corso di pubblicazione nel volume collettaneo *Equità e concorrenza: la nuova stagione della dipendenza economica*, a cura di G. COLANGELO-V. MINERVINI, cit.; in ogni caso, per un primo commento a caldo della proposta v. anche P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica: non è una condanna a priori*, in *lavoce.info* del 23 novembre 2021 e lo stesso G. COLANGELO, *Piattaforme digitali e squilibrio di potere economico nel disegno di legge annuale sulla concorrenza: l'araba fenice della dipendenza economica*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 162/2021.

⁴¹ Per quasi due decenni, in verità, se si eccettua una prima applicazione, nel 2016, della fattispecie "speciale" di abuso di dipendenza economica consistente nel sistematico ritardo nei pagamenti, secondo la novella introdotta dall'art. 10 della legge 11 novembre 2011, n. 180 (caso *Hera*, *Termini di pagamento*, rubricato peraltro come "RP1", e non in termini di "abuso" – "A", come saranno invece classificati i successivi: si veda AGCM, provvedimento n. 26251 del 23 novembre 2016, in *Boll.*, 44/2016, su cui il commento di C. MEDICI, *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità*, in *Merc. conc. reg.* 2016, p. 549 ss.).

maggior nitore concettuale, nella casistica giurisprudenziale e nella riflessione dottrinale, gli elementi tipologici della fattispecie (tanto in ordine all'accertamento della "dipendenza economica" e all'identificazione delle condotte qualificabili come "abusive", quanto alla sua generale applicabilità, oltre il ristretto ambito dei rapporti di subfornitura industriale⁴²), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si confermava però restia a utilizzare il potere di intervento conferitole in via generale dalla legge per i casi di abuso di dipendenza economica aventi, appunto, rilevanza concorrenziale e la relativa fattispecie restava così relegata al novero degli *ircocervi* normativi.

E tuttavia – e si apre così una terza fase – questa sostanziale disapplicazione della competenza pubblicistica sul divieto di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale viene improvvisamente meno alla fine del 2018⁴³, quando l'Autorità ha cominciato ad avviare una serie (ormai nutrita) di procedimenti di abuso di dipendenza economica utilizzando le prerogative di *public enforcement* generale riconosciute dal comma 3-*bis* dell'art. 9 della legge 192/1998.

Si inaugura così quella che può a buon diritto essere definita come una *nuova stagione* dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica a rilievo concorrenziale.

2. I nuovi interrogativi derivanti dal *public enforcement* dell'abuso di dipendenza economica (e qualche prima, possibile risposta)

L'oggettivo (e repentino) cambio di rotta registratosi, dalla fine del 2018, nell'applicazione del comma 3-*bis* dell'art. 9 da parte dell'AGCM apre, invero, tutta una serie di interessanti – e allo stato non risolti – interrogativi.

Viene in primo luogo da chiedersi: a che cosa si deve questa nuova, inattesa fortuna della disciplina sull'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale? Che cosa ha spinto l'Autorità a riesumare e utilizzare poi in modo sistematico un potere rimasto silente per quasi un ventennio?

Volendo provare a dare un primo riscontro a queste domande, al di là di possibili diverse inclinazioni e sensibilità, anche personali, nei Presidenti e nei Componenti del Collegio (di cui si è avuto evidenza anche in altre fasi della storia ormai non breve dell'Autorità⁴⁴), una plausibile spiegazione razionale

⁴² Dopo un primo periodo di incertezza, e superate dalla dottrina le iniziali perplessità da taluno sollevate (ad es. F. BORTOLOTTI, *Riduzione delle commesse e interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto: i limiti dell'abuso di dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2561 ss.), la giurisprudenza si è orientata con maggiore uniformità verso questa soluzione, che è stata poi avallata e confermata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, con la nota sentenza 25 novembre 2011, n. 24906, secondo la quale «l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale» (principio ribadito, da ultimo, da Cass. civ., sentenza 21 gennaio 2020, n. 1184).

⁴³ Inaugura – salvo errore – questa nuova fase di *public enforcement* secondo il canone del comma 3-*bis* dell'art. 9 (come fattispecie generale a rilevanza concorrenziale) il caso A 525, *Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio*, avviato con provvedimento del 19 dicembre 2018, n. 27486, in *Boll.*, 1/2019.

⁴⁴ Per una lettura d'insieme cfr. ad es. M. LIBERTINI, *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in questa *Rivista*, 2020, p. 240 ss. e, con un diverso taglio e aggiornamento, L. BERTI-A. PEZZOLI, *Le stagioni dell'antitrust*, Università Bocconi Editore, Milano, 2010.

del fenomeno può rinvenirsi forse sul piano storico, nella considerazione secondo cui trent'anni di repressione delle condotte anticoncorrenziali e di attività di *advocacy* (*in primis* nei confronti del legislatore) per la progressiva apertura ed effettiva contendibilità dei mercati hanno forse obiettivamente e progressivamente ridotto lo spazio d'azione del divieto di abuso di posizione dominante di tipo assoluto (sono ormai poche le imprese italiane cui una tale posizione possa oggi essere ascritta con certezza e senza lasciar spazio a solide contestazioni, secondo i requisiti applicativi prescritti dalla giurisprudenza euro-unitaria e nazionale); di qui, allora, plausibilmente, anche l'interesse a utilizzare uno strumento sin qui considerato come «figlio di un dio minore»⁴⁵ quale risorsa effettivamente utile a contrastare posizioni di dominanza solo «relative», ma pur sempre «rilevanti» ai fini del corretto svolgersi del processo concorrenziale. A ciò si aggiunga un elemento di tipo strutturale e di contesto, dato dal fatto che il tessuto economico-imprenditoriale italiano non è, come noto, caratterizzato dalla presenza di imprese di grandissime dimensioni – ove comparate a quelle di altri Paesi sviluppati (se si eccettuano alcuni esempi di imprese soprattutto ex pubbliche) – e, anzi, l'immagine che l'analisi economica restituisce è quella di una nazione connotata soprattutto dalla diffusione preponderante di piccole e medie imprese e affetta semmai da un eccesso di «nanismo», che ne ostacola lo sviluppo economico⁴⁶. Sicché la possibilità di analizzare i rapporti tra imprese nella catena del valore per evitare comportamenti abusivi e distorsivi che producono inefficienze e perdite di benessere per la collettività (in termine di sviluppo tecnologico, di disponibilità di una maggiore quantità e qualità di beni e servizi reperibili da fonti diverse e di maggiore pressione competitiva sui pezzi finali al pubblico), anche senza il presupposto necessario di una situazione di dominanza assoluta, sembra ben attagliarsi a questo panorama.

Ma al di là delle ragioni storiche ed economiche, sul piano della riflessione giuridica questa nuova fase di *public enforcement* dell'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale pone all'interprete anche altri e più complessi interrogativi, di rilievo anche sistematico. E infatti (per limitarsi qui solo ad alcune prime e più pressanti questioni): seguirà l'Autorità l'evoluzione e la categorizzazione concettuale della fattispecie (in termini di valutazione della situazione di «dipendenza economica» e di suo sfruttamento «abusivo») elaborata in sede di prassi giurisprudenziale, appropriandosene e facendone tesoro, o se ne affrancherà, elaborando figure tipologiche proprie e specifiche di abuso di dipendenza economica avente rilievo concorrenziale?

E come si atteggerà, in questo ambito, il rapporto tra *private* e *public enforcement*? Il giudice civile, cui appartiene la competenza *originaria* sulla fatti-

⁴⁵ L'espressione è tratta da G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, cit., p. 153.

⁴⁶ Su questi profili si vedano ad. es. le considerazioni svolte nella relazione del Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, *Crescita economia e produttività: l'Italia e il ruolo della conoscenza*, del 4 settembre 2020 all'EuroScience Open Forum 2020 (reperibile sul sito della Banca d'Italia), in partic. p. 6 ss. e le tabelle riportate in appendice, p. 18 e 19; si vedano anche i dati analizzati nel recente studio di A. BALTRUNAITE-S. FORMAI-A. LINARELLO, *Proprietà. Governance, management e performance delle imprese: evidenze dalle imprese italiane*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, del marzo 2022 (anch'esso reperibile sul sito della Banca d'Italia). Per un'applicazione di questi concetti alla politica di tutela della concorrenza in Italia si veda ad es. A. PEZZOLI-A. TONAZZI, *La sfida della "normalità". Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'intreccio tra monopolio e assistenzialismo?*, in *Analisi giur. econ.*, n. 2/2020, p. 387 ss (e *ivi spec.* p. 390 ss.).

specie (secondo la logica che il più comprende il meno e che l'abuso di dipendenza economica "a rilevanza concorrenziale" dovrebbe considerarsi, in termini di fattispecie, *species* di un più ampio *genus*) sarà vincolato all'accertamento della dipendenza economica e al giudizio sul suo sfruttamento abusivo compiuto dall'Autorità in sede amministrativa o potrà discostarsene, giungendo a diverse (e magari opposte) conclusioni, anche nella valutazione delle medesime condotte? E ancora: l'azione di risarcimento del danno da abuso di dipendenza economica potrebbe considerarsi, in senso proprio, come un'azione *follow-on*, secondo lo schema tipico di produzione degli effetti in ambito processuale definito dall'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di recepimento della direttiva 2014/104/UE?

Tentando, anche in questo caso, una prima possibile risposta (sulla base degli ancora scarni elementi conoscitivi oggi a disposizione), quanto al primo gruppo di quesiti deve notarsi che la questione inerente al rapporto tra *public* e *private enforcement* risulta qui tutt'altro che scontata, perché la dinamica di interazione tra i due diversi ambiti di applicazione della fattispecie sembra essere, in questo caso, peculiare e anzi in qualche modo "inversa" rispetto a ciò che normalmente avviene nel diritto della concorrenza "classico".

Infatti, se in materia antitrust la categorizzazione delle fattispecie tipiche – in particolare di intese restrittive e abusi di posizione dominante – è frutto della progressiva messa a fuoco dell'ambito applicativo delle due disposizioni da parte della giurisprudenza euro-unitaria (in particolare della Corte di Giustizia), che ha guidato e fatto da base di riferimento per la loro applicazione anche da parte della Commissione e delle autorità antitrust nazionali, diventando così punto di riferimento ineludibile (e anzi necessitato) anche per il successivo controllo giudiziario degli atti dell'AGCM da parte del giudice amministrativo nonché per le applicazioni dirette, da parte del giudice civile (in sede di *private enforcement*)⁴⁷, per l'abuso di dipendenza economica la questione si pone, mi pare, in termini diversi e rovesciati. Mancano qui, infatti, univoci orientamenti a livello euro-unitario cui rifarsi e la progressiva messa a fuoco della fattispecie è avvenuta invece, come s'è detto, di fronte al giudice civile interno, di merito e di legittimità. Per quanto nel panorama nazionale non possa osservarsi una prassi giurisprudenziale univoca e consolidata e si registrino ancora oscillazioni e orientamenti differenziati nei vari tribunali, una sorta di filo conduttore sembrerebbe comunque emergere dall'esame della casistica di riferimento, almeno su alcuni temi nodali e basilari (quale ad es. quello degli "investimenti specifici" e dell'accertamento della dipendenza economica solo in assenza di alternative ragionevolmente praticabili, anche da un punto di vista di ponderazione delle possibili alternative secondo una logica di effettiva sostenibilità economica); ed è allora lecito chiedersi se a questi orientamenti, maturati in seno alla giurisprudenza civile, l'Autorità vorrà rifarsi nell'applicazione della fat-

⁴⁷ Per qualche approfondimento di carattere generale sul rapporto e le possibili interrelazioni tra *private* e *public enforcement* in ambito antitrust si vedano, tra i tanti, M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle regole antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 649 ss.; ID., *Il «private enforcement» e le sanzioni amministrative*, in *Conc. merc.*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 372 ss.; R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 3/2011, p. 436 ss.; e dopo la Direttiva 2014/104/UE e il d.lgs. di recepimento 19 gennaio 2017, n. 3 cfr. R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, n. 7/2014, p. 784 ss. e (in una più ampia prospettiva, anche comparatistica) W.P.J. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition* 40, n. 1/2017, p. 3 ss.

tispecie di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale di cui al comma 3-*bis* dell'art. 9.

A tal riguardo può sin d'ora osservarsi che sentenze di merito e di legittimità vengono in effetti direttamente e più volte richiamate, a conforto delle proprie valutazioni, nei primi casi di abuso di dipendenza economica a rilievo concorrenziale avviati dall'AGCM⁴⁸, per quanto la medesima Autorità non manchi però di evidenziare la *diversa finalità* della tutela amministrativa rispetto a quella civilistica e anche la *diversità del bene giuridico tutelato*, così rivendicando – almeno implicitamente – indipendenza e autonomia valutativa quanto alle applicazioni amministrative della fattispecie a rilevanza concorrenziale⁴⁹.

⁴⁸ Così è, ad es., nel caso A525, *Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio*, definito con provv. n. 28043 del 29 dicembre 2019, in *Boll.*, 3/2020, che richiama espressamente (al par. 96), a conforto della natura generale del divieto di abuso di dipendenza economica, Cass., sez. un., sentenza 25 novembre 2011, n. 24906; Cass., sez. I civ., sentenza 12 ottobre 2018, n. 25606; Trib. Milano, sez. spec. Imprese, sentenza n. 12344/2017. Sotto altro profilo, e in via esemplificativa, a conforto dell'inclusione della lunga durata del rapporto contrattuale tra gli elementi rivelatori di una situazione di dipendenza economica vengono espressamente richiamate le statuizioni di Trib. Roma, sez. X, 24 gennaio 2017 n. 1239 e Trib. Bassano del Grappa, 2 maggio 2013; sul rilievo, agli stessi fini, della incompletezza della regolamentazione contrattuale, viene richiamata Trib. Torino, sez. spec. Imprese, 6 giugno 2017, n. 2952. Per fare un altro esempio, nel caso A539, *Poste Italiane/Contratti fornitura servizio recapiti*, definito dall'Autorità con provv. n. 29782 del 20 luglio 2021, in *Boll.*, 32/2021, sull'uso continuativo dei loghi e dei marchi di Poste nell'esercizio della propria attività, quale ulteriore indice rivelatore della dipendenza economica, viene citata, nuovamente, Trib. Roma, n. 1239/2017; sulla rilevanza, agli stessi fini, dell'assenza di ogni discrezionalità nell'esecuzione delle commesse si richiamano ancora Trib. Bassano del Grappa, 2 maggio 2013 e Trib. Torino n. 2952/2017, cit.; in senso analogo, quanto alla condizione di sostanziale mono-committenza, vengono citati, a conforto del giudizio espresso dall'Autorità, ancora Trib. Torino, n. 2952/20217, cit., Trib. Lecce, sez. I, 12 settembre 2018, n. 2964 (e nuovamente Trib. Roma, n. 1239/2017 e Trib. Bassano del Grappa, 2 maggio 2013); quanto alla rilevanza degli investimenti specifici vengono invocate, ancora, Trib. Torino, n. 2952/2017 e Trib. Torino, sez. XI, 11 marzo 2010; sull'assenza di alternative soddisfacenti quale elemento costitutivo della situazione di dipendenza si menziona ancora Trib. Torino n. 2952/2017 nonché Cass., sez. I civ., 21 gennaio 2020, n. 1184; sull'assenza di giustificazione razionale ed economica delle clausole imposte in via unilaterale alla controparte quale indizio della natura abusiva della condotta si cita, invece, Cass. n. 15885/2018.

⁴⁹ Nel caso A525, *Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio*, cit., l'Autorità afferma espressamente (al par. 98) che l'oggetto dell'istruttoria da essa avviata differisce da quello oggetto di alcuni giudici civili tra le parti pendenti avanti il Tribunale di Genova, che «non vertono sull'accertamento di un abuso di dipendenza economica, bensì di abuso del diritto contrattuale» e che differisce anche il bene giuridico tutelato, quello rimesso alla cura dell'Autorità essendo «la tutela della concorrenza e del mercato»; se ne deriva che «l'azione dell'Autorità presenta un oggetto e un fine differenti rispetto ai giudizi civili instaurati, atteso che essa concerne le condotte di M-Dis e To-Dis aventi una più ampia rilevanza rispetto al singolo rapporto contrattuale, interessando tutto il mercato». Nel caso A539, *Poste Italiane/Contratti fornitura servizio recapiti*, cit., anch'esso oggetto di precedenti controversie tra le parti davanti al giudice ordinario, l'Autorità richiama (al par. 227) le stesse sentenze indicate alla nota precedente (e ne aggiunge di ulteriori), ribadendo la differente natura e oggetto del procedimento di *public enforcement* rispetto alle controversie già pendenti in ambito civilistico e affermando altresì (al par. 229) che «l'esistenza di un contenzioso civile non pregiudica l'accertamento di un abuso di dipendenza economica da parte dell'Autorità e i due rimedi, quello di 'private enforcement' assicurato dal Giudice Ordinario e quello di 'public enforcement' assicurato dall'Autorità, possono essere esperiti entrambi, cumulativamente e contemporaneamente» (su questi profili v. meglio *infra*, par. 9). A supporto di tale affermazione, l'Autorità richiama tanto la Corte di Cassazione, sentenze 20 gennaio 2005, n. 22007 (a Sez. Un.) e 13 febbraio 2009, n. 3640, che il Cons. Stato, sez. IV, sentenza 22 settembre 2014, n. 4773, secondo il quale «gli strumenti di *public enforcement* svolgono una funzione tipicamente 'punitiva' e 'afflittiva' e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati». Sul punto v. in ogni caso *infra* nel testo.

Se ne ricava la sensazione di uno sfruttamento “à la carte” delle decisioni giurisprudenziali coerenti alle *proprie* valutazioni; il che induce a ritenere che l’Autorità si reputi anche libera di discostarsene e di qualificare diversamente – nella valutazione di tipo concorrenziale della fattispecie – situazioni e condotte, rispetto al (diverso) risultato cui fosse pervenuto il giudice civile, per avventura anche nella cognizione della medesima fattispecie *inter partes*⁵⁰.

Ciò appare del resto comprensibile, ove si consideri innanzitutto la *diversa prospettiva* con cui la fattispecie viene esaminata nei due ambiti applicativi, nella valutazione in sede civile essendo decisivi i profili “soggettivi” e “inter-soggettivi” della condotta, laddove l’Autorità deve attenersi invece a un criterio di valutazione di tipo *obiettivo*, di accertamento degli effetti della condotta su uno o più mercati rilevanti (si tornerà più ampiamente *infra* su questo). In sostanza, se una condotta può essere valutata come abusiva dal giudice civile sul piano del rapporto contrattuale e privatistico, la mancanza di rilievo concorrenziale della vicenda (elemento differenziale della fattispecie pubblicistica) potrebbe condurre invece l’Autorità a negare l’avvio del caso, sulla base della propria e specifica prospettiva valutativa, che è e resta d’interesse (invece) generale.

E ci si deve però anche correlativamente chiedere, al contrario, se la valutazione in termini negativi (sulla sussistenza dell’abuso di dipendenza economica) resa dal giudice civile, in un provvedimento cautelare o in una sentenza, impedisca all’Autorità di ritenere sussistente l’abuso a rilevanza concorrenziale.

Ragionando in termini di fattispecie, si sarebbe indotti a ritenere che la valutazione negativa resa dal giudice civile (magari in una sentenza passata in giudicato) sia preclusiva per l’avvio di un procedimento di tipo amministrativo da parte dell’AGCM (se manca la situazione di abuso di dipendenza economica nel rapporto privatistico e contrattuale non dovrebbe poter ricorrere l’elemento differenziale e ulteriore della rilevanza anche concorrenziale della fattispecie, che legittima l’esercizio del potere pubblicistico). E tuttavia, sul piano empirico e fenomenico, deve considerarsi che un fattore che ben potrebbe condurre a una diversa valutazione delle condotte nei due ambiti deriva, a ben vedere, dall’incidenza del principio dell’onere della prova che connota il giudizio civile e, in concreto, dalle difficoltà della prova che, in detta sede, incombe interamente sull’attore (anche in sede cautelare), laddove l’Autorità ha invece il potere di procurarsi *direttamente e autoritativamente* tutti gli elementi conoscitivi necessari alla valutazione della fattispecie (si tornerà meglio *infra* su questo).

Ne viene in definitiva che una condotta ben potrebbe costituire abuso di dipendenza economica in ambito civilistico, ma non essere considerata rilevante dall’Autorità ai fini del proprio e diverso scrutinio, anche solo per la mancanza del requisito ulteriore della “rilevanza concorrenziale della fattispecie; e che, al contrario, ben potrebbe accadere che il giudice civile respinga una domanda relativa a una situazione di abuso di dipendenza economica in difetto di adeguata prova degli elementi costitutivi della fattispecie e che l’Autorità ne riconosca invece la sussistenza (e in più la rilevanza concorrenziale), sulla scorta di elementi conoscitivi *ulteriori*, che essa stessa si è procurata in via autoritativa (ad es. mediante ispezioni condotte presso la sede dell’impresa indagata).

⁵⁰ È quanto sembra emergere dai casi appena esaminati (v. nota precedente), entrambi caratterizzati dalla pendenza di precedenti controversie in sede civile tra le parti, cui l’Autorità non sembra ascrivere effetti impeditivi o preclusivi di sorta.

In sostanza, la dinamica tra *private* e *public enforcement* in relazione all'abuso di dipendenza economica non si riduce – come per il diritto antitrust tradizionale – ai riflessi intersoggettivi di una identica condotta obiettivamente anti-giuridica per entrambe le sedi valutative e sembra presentare elementi di peculiarità, che meritano di essere più ampiamente investigati, essendo elemento distintivo e fondamentale della fattispecie pubblicistica il rilievo concorrenziale della vicenda, che ben potrebbe mancare in molti dei casi di abuso portati alla cognizione del giudice civile.

In ogni caso, occorre altresì considerare che la decisione dell'Autorità conserva la natura di provvedimento⁵¹, sicché su di essa sarà sempre possibile il successivo controllo di legittimità da parte del giudice amministrativo, al quale competerà, in definitiva, l'ultima parola⁵²; e pertanto la (già complessa) dinamica di interazione tra *public* e *private enforcement* in tema di abuso di dipendenza economica si arricchisce di un ulteriore momento di possibile dialettica, tra i diversi ambiti della giurisdizione (quella del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo), non potendosi neppure escludere, sul piano logico-formale, il verificarsi di conflitti e statuizioni logicamente incompatibili nelle due sedi giudiziarie (resi qui anzi più probabili dall'assenza di una cornice euro-unitaria sovraordinata e valutativa di riferimento). E anzi occorre osservare al riguardo che attraverso la fase di scrutinio in sede amministrativa dei provvedimenti dell'Autorità si viene di fatto a realizzare un progressivo spostamento della giurisdizione relativa ai casi più rilevanti e "tipici" di abuso di dipendenza economica dalla sfera del giudice civile a quella del giudice amministrativo⁵³.

Venendo al secondo gruppo di interrogativi, quanto alla riconducibilità dell'azione di risarcimento del danno da abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nella cornice tipizzata dal legislatore di azione cd. *follow-on* deve rilevarsi innanzitutto che, nel delimitare il proprio ambito di applicazione, il d.lgs. n. 3/2017 precisa a tal riguardo di volersi riferire al «diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza [...]»; e nel definire poi che cosa debba intendersi, a questo fine, per "violazione del diritto della concorrenza", il decreto riprende pressoché pedissequamente la definizione fornita sul punto dalla direttiva, disponendo che debbano ricomprendersi in tale nozione non solo le violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE (nonché delle corrispondenti disposizioni della legge n. 287/1990), ma anche quelle di altre disposizioni di uno Stato

⁵¹ Lo ha ribadito di recente anche la Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 13/2019 (in www.cortecostituzionale.it), su cui si veda, per un primo commento, la nota di O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi*, n. 36/2020.

⁵² Al di là delle oscillazioni pur riscontrate al riguardo, tra uno standard di revisione giudiziale dei provvedimenti dell'AGCM improntato a un "sindacato debole" ovvero a un più rigoroso e penetrante "sindacato forte" (sulla questione, anche per un esame critico delle varie posizioni giurisprudenziali e il tentativo di una ricostruzione in grado di superare l'apparente dicotomia interpretativa cfr., da ultimo, M. CAPPALÀ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi*, n. 21/2019, p. 1 ss.).

⁵³ Lo afferma anche M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., in partic. p. 902, osservando che se il "contrasto al potere negoziale è realizzato mediante la creazione di poteri amministrativi di regolazione e vigilanza", "mediante il giudizio di legittimità su un determinato provvedimento che impone o vieta all'impresa determinati contenuti negoziali, il giudice amministrativo finisce per sindacare [anche] la legittimità dei limiti imposti all'esercizio del potere negoziale delle imprese nei confronti delle controparti «deboli»".

membro «che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

Questa locuzione lascia evidentemente aperta la questione e le soluzioni interpretative sono destinate a variare a seconda che la disciplina in tema di abuso di dipendenza economica, nei casi in cui la condotta abbia altresì rilievo concorrenziale, sia considerata o meno come orientata «principalmente allo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102».

Chi dia risposta positiva a tale quesito dovrebbe per coerenza esser incline a qualificare le azioni di risarcimento del danno subito in conseguenza di abusi di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale accertati dall'Autorità come azioni *follow-on* in senso proprio, secondo gli effetti tipici previsti dalla direttiva e dalla normativa interna di attuazione; a una conclusione opposta giungerebbe invece, con ogni probabilità, chi propendesse per la riconducibilità delle norme sull'abuso di dipendenza economica esclusivamente alla (diversa) logica di riequilibrio del sinallagma e di riconduzione del regolamento negoziale ad equità, che non coincide evidentemente con gli obiettivi d'interesse generale, tipici della legislazione antitrust. E sarà interessante vedere come si orienterà sul punto, in particolare, il giudice ordinario.

Personalmente sono dell'avviso che debba ritenersi preferibile la prima soluzione, atteso che l'intervento dell'Autorità ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 9 presuppone, come si avvertiva all'inizio, l'elemento ulteriore e differenziale della "rilevanza concorrenziale" della fattispecie abusiva; e tale rilevanza *concorrenziale* depone allora – direi *strutturalmente e funzionalmente* – a favore della tesi che ravvisa la sostanziale coincidenza di obiettivi rispetto alle norme tipiche del diritto antitrust, che tutelano, come noto, la concorrenza dinamica nei mercati⁵⁴. Si tratterebbe dunque, di norme che condividono un obiettivo comune, perseguito attraverso strumenti (solo in parte) diversi, ma complementari. Peraltro, la locuzione utilizzata nel testo normativo ("*principalmente* allo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102") non richiede neppure un'assoluta identità, sotto il profilo teleologico, tra le *altre* disposizioni nazionali violate e quelle proprie e tipiche del diritto antitrust, essendo sufficiente che l'obiettivo che caratterizza queste ultime sia presente, in via principale e non solo secondariamente, anche nelle prime; e ciò inclina a maggior ragione a ritenere integrato il requisito nei casi di violazione del divieto di abuso di dipendenza economica avente "rilevanza concorrenziale". Mi pare debba essere in questo senso valorizzato anche il fatto che la facoltà di inserire rimedi di questo tipo (che sanzionino cioè, in modo più rigoroso, le condotte unilaterali delle imprese, anche se non dominanti secondo il diritto antitrust) all'interno della disciplina nazionale antitrust sia espressamente prevista nel Regolamento CE/1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza nel territorio dell'Unione⁵⁵; e che il legislatore interno, nel comma 3-*bis* dell'art. 9, per i casi di abuso di

⁵⁴ Per questa tesi e la sua compiuta illustrazione si veda, per tutti, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014 (cfr. in partic. *Introduzione*) nonché Id., *Concorrenza (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, ove amplissimi riferimenti.

⁵⁵ Lo rileva anche M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., in partic. p. 907, che parla al riguardo di piena legittimazione della fattispecie da parte del legislatore europeo del Regolamento CE/1/2003: si veda in particolare *Considerando* n. 8, che testualmente prevede che «leggi nazionali più severe possono prevedere disposizioni che vietano o sanzionano un comportamento illecito nei confronti di *imprese economicamente dipendenti*» (enfasi aggiunta), nonché l'art. 3, par. 2, ultimo periodo.

dipendenza economica a “rilevanza concorrenziale”, dispone testualmente che l’Autorità possa “procedere alle diffide e sanzioni previste dall’art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287”, che sono quelle previste per le infrazioni “degli articoli 101 o 102 del TFUE ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge”, qualificando espressamente gli interventi dell’Autorità in applicazione della norma sull’abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale come diretti alla “tutela della concorrenza e del mercato”. Si tratta di elementi che, sotto un profilo normativo e testuale, oltre che di logica ricostruttiva, avvalorano la tesi della riconducibilità dell’azione di risarcimento derivante da abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nell’alveo proprio della tutela concorrenziale tipica e perciò delle azioni *follow-on* in senso proprio⁵⁶.

Seguendo questa tesi, che sembra solidamente ancorata al dato normativo, si giungerebbe a quello che potrebbe apparire ad alcuni come un “paradosso”, perché sarebbe il giudice ordinario ad essere allora “vincolato” agli esiti dell’accertamento di un abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale svolto dall’AGCM sui medesimi fatti, dovendo limitarsi, almeno nel giudizio civile di tipo *follow-on*, a valutarne *gli effetti* nei rapporti *inter partes*, sotto il profilo risarcitorio e dell’imputabilità delle condotte⁵⁷, mentre non sarebbe vero il contrario (dovendo l’Autorità comunque accertare la ricorrenza di un elemento ulteriore, la “rilevanza concorrenziale” della condotta e potendo essa svolgere le proprie valutazioni su elementi cognitivi diversi e ulteriori rispetto a quelli che la parte è stata in grado autonomamente di produrre nel corso della causa in sede civile).

Sciolto (forse) questo dubbio, se ne scorgono però, subito appresso e in conseguenza, molti altri: se i rimedi sono affini e anzi complementari, anche nelle finalità perseguite, come si colloca questa disciplina rispetto a quelle più tradizionali del diritto antitrust e, in particolare, rispetto a quella sull’abuso di posizione dominante? Può il *public enforcement* sull’abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale ampliare o comunque modificare gli ambiti tradizionali di intervento dell’Autorità a tutela della concorrenza e della dinamica competitiva dei mercati, rispetto a quelli tipici e storici relativi alla repressione di intese restrittive e abusi di posizione dominante, e in tal caso come e in quale direzione? E qual è il confine, o se si vuole quali sono gli elementi costitutivi del requisito ulteriore – quel “rilievo concorrenziale delle condotte” – che la norma richiede e la cui sussistenza (soltanto) radica l’intervento dell’Autorità, in via complementare ma anche indipendente rispetto a quello del giudice civile, legittimando l’esercizio dei suoi diversi e più pervasivi poteri? Ed entro quali limiti e condizioni l’ordinamento deve assicurare protezione all’impresa dipendente “abusata”, in una prospettiva di tutela – in senso non più soggettivo, ma *obiettivo* – di efficienza dinamica dei mercati?

Si entra, qui, in un terreno che merita di essere più diffusamente esplorato

⁵⁶ Riconduce l’azione di risarcimento da violazione del divieto di abuso di dipendenza economica tra quelle *follow-on* anche V. BACHELET, *Abusi “contrattuali” tra imprese: per una rilettura dell’art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, in *Riv. dir. comm.*, n. 3/2021, I, p. 587 ss., ma senza il percorso logico e argomentativo offerto nel testo.

⁵⁷ Come noto, gli elementi di tipo soggettivo (dolo o colpa) non costituiscono requisito necessario dell’illecito antitrust, che può essere accertato e inibito sul piano puramente *oggettivo*, degli effetti prodotti, indipendentemente da fattori di tipo soggettivo (che rilevano, però, ai fini dell’ascrizione della relativa responsabilità, ad es. a fini risarcitori). Per maggiori e più precise osservazioni sul punto v. ad es. ancora M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit. (specie par. 19 ss.).

in successivi studi. E tuttavia pare lecito osservare sin d'ora che la normativa sul divieto di abuso di dipendenza economica sembra configurare una sorta di *tertium genus* di condotta concorrenzialmente vietata (accanto alle più rinomate e ormai ampiamente categorizzate fattispecie di intese restrittive e di abusi di posizione dominante), dotato peraltro di notevole *vis expansiva*⁵⁸; in questo senso, a tale fattispecie l'Autorità potrebbe utilmente ricorrere al fine di supplire a possibili vuoti di tutela dei rimedi tradizionali, sì da poter (lecitamente) intervenire all'interno di aree finora "grigie" o inesplorate.

Si pensi ad esempio, in questo senso, a mercati oligopolistici nei quali nessuna impresa, in sé considerata, detenga una posizione dominante e non vi siano prove liquide di condotte qualificabili in termini di intesa o di abuso di posizione dominante collettiva⁵⁹; o ai rapporti di dipendenza generati dalla struttura stessa dei mercati e dalla posizione, a monte o a valle, ricoperta dall'impresa dipendente, secondo la casistica già ampiamente studiata ad es. nei c.d. *aftermarkets*, tutte le volte in cui non ricorrano (o non siano identificabili con chiarezza e senza margini di successiva contestazione) i presupposti per identificare una posizione dominante in senso tradizionale; all'ampia categoria dei rapporti di distribuzione in senso stretto e a tutti gli altri casi in cui la dipendenza derivi da una *scelta organizzativa* dell'impresa forte che – per ragioni proprie, di pura convenienza, legate ad es. alla volontà di evitare inefficienze o rischi in segmenti di attività caratterizzati da bassa o incerta redditività – preferisce *esternalizzare* parte della propria attività, salvo poi riconsiderare la scelta organizzativa già fatta alla luce di fatti sopravvenuti o di modifiche apportate al proprio modello di *business*⁶⁰; e si pensi ancora, come si accennava già sopra, alle rilevanti concentrazioni di potere (anche globale) che caratterizzano il mondo delle piattaforme digitali e alla "necessità" di esservi comunque presenti per una serie di altre imprese, pur senza che possa (sempre) accertarsi la ricorrenza delle caratteristiche proprie della posizione dominante assoluta di tipo individuale⁶¹.

⁵⁸ In questo senso, da ultimo, si vedano le notazioni (in chiave evolutiva) di V. BACHELET, *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, cit., spec. p. 612 ss., che chiude il saggio con una postilla «sull'esigenza di valorizzare il *public enforcement* dell'art. 9 l. subf.».

⁵⁹ Per i connotati (e le difficoltà ricostruttive) di questa fattispecie si rinvia in particolare a M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 548 ss.

⁶⁰ Per maggiori dettagli si vedano, ad es., C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 9 ss. o P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., (spec. pp. 171 ss. e 260 ss.) nonché il contributo di A. PEZZOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Analisi economica di un ibrido?*, cit. (e i riferimenti ivi menzionati, anche in chiave di *Law&Economics*), che sul tema (delle ricadute) delle scelte organizzative (internalizzare ovvero esternalizzare una determinata attività, affidandola a terzi) da parte dell'impresa forte richiama in particolare P. BOUGETTE-O. BUDZINSKI-F. MARTY, *Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn From an Industrial Organization Approach?*, in *Revue de Economie Politique* (129), n. 2/2019, p. 261 ss.. Più in generale, sul rapporto tra il *public enforcement* dell'abuso di dipendenza economica e quello relativo all'abuso di posizione dominante cfr. anche R. ALIMONTI-M. JOHNSON, *Abuse of economic dependence and its interaction with competition policy: the economics perspective*, in *Competition Law Journal*, 2022, vol. 21, n. 2, p. 87 ss. e M. BAKHOUM, *Abuse without dominance in competition law: abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance*, in *Abusive Practices in Competition Law*, a cura di F. DI PORTO-R. PODSZUN, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, p. 157 ss.

⁶¹ In argomento si vedano, da ultimo, S. SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 1/2022, p. 113 ss. e A. LICASTRO, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, in *Federali-*

Già da queste prime notazioni si intuiscono, nitidamente, le grandi potenzialità racchiuse nello strumento.

A ciò deve aggiungersi che il *public enforcement* (dell'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale) può altresì interagire in modo efficace con i rimedi civilistici tradizionali, contribuendo ad aumentare il grado di *effettività della tutela* riconosciuta dall'ordinamento all'impresa debole. In questo senso si pensi in particolare a uno dei problemi più scottanti e specifici di questo tipo di discipline, ossia il timore, o comunque la ritrosia dell'impresa vittima dell'abuso ad avviare un contenzioso in sede civile nei confronti dell'impresa che detenga la posizione di dominanza relativa a causa del rischio di ritorsioni e di conseguenze negative sul rapporto; timore che viene spesso superato attraverso il ricorso al giudice solo quando l'impresa dipendente "abusata" non ha più nulla da perdere, perché la relazione si è conclusa e tutto è già perduto⁶².

A tale riguardo deve osservarsi che il potere di intervento dell'AGCM è invece esercitabile, come noto, *anche d'ufficio*, non richiede il contraddittorio processuale tra l'impresa dominante e le imprese dipendenti che scandisce le singole fasi del giudizio ordinario e, soprattutto, esime queste ultime, come si è visto, dall'onere rigoroso della prova (tanto della situazione di dipendenza economica che del suo sfruttamento abusivo) che caratterizza il processo civile, atteso che l'Autorità può ricercare unilateralmente e senza la cooperazione dell'impresa strutturalmente forte tutti gli elementi ritenuti rilevanti nella fattispecie, avvalendosi anche, ove necessario, dell'ampio corredo di strumenti autoritativi che la legge le attribuisce (come le ispezioni e le richieste di informazioni assistite da sanzioni in caso di mancata o inadeguata risposta). Sotto questo profilo, se le segnalazioni delle imprese abusate possono essere utili, almeno in un primo momento, a richiamare l'attenzione dell'Autorità su singole vicende di potenziali abusi in specifici mercati rilevanti (e le imprese segnalanti hanno anche la possibilità di restare anonime, ogni qual volta temano possibili ritorsioni⁶³), il procedimento amministrativo che ne consegue può in realtà anche prescindere (in tutto o in parte), avendo l'Autorità il potere di attivarsi anche d'ufficio e disponendo essa (a differenze del giudice ordinario) di tutti gli strumenti *inquisitori* che caratterizzano la repressione degli illeciti antitrust, anche ai fini della ricerca della prova dell'illecito⁶⁴.

E tuttavia, se le potenzialità del *public enforcement* dell'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale sono notevolissime, si deve porre anche, correlativamente, il problema del limite: dove è giusto che l'Autorità intervenga con i propri poteri coattivi e inquisitori e dove è opportuno invece che

smi, n. 13/2022, p. 118 ss. (si rinvia inoltre, sul punto, a quanto più diffusamente osservato nel contributo di G. COLANGELO, *Mercati digitali e dipendenza economica*, cit.).

⁶² Su questa linea si veda già C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., spec. p. 34 (ove si afferma che «il soggetto ... dipendente *non può* proteggersi, indipendentemente dal potere di mercato della controparte»: enfasi nel testo) e, più di recente, nello stesso senso, v. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit. spec. p. 78 ss. (ma v. anche quanto si dirà al riguardo *infra* nel testo, parr. 9 e 10).

⁶³ Tale diritto viene riconosciuto alle parti segnalanti in base all'art. 13 del "Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato", approvato con d.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 (più volte integrato e modificato).

⁶⁴ A maggior ragione dopo il recepimento (ad opera del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185) della direttiva UE 2019/1 del Parlamento e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che dispone il rafforzamento dei poteri ispettivi e di intervento delle autorità di tutela della concorrenza degli Stati membri, al fine di assicurare il corretto funzionamento del mercato interno.

la vicenda sia lasciata al vaglio del giudice civile e all'esercizio dei rimedi davanti a esso ordinariamente esperibili? Come evitare un *abuso* dell'abuso di dipendenza economica da parte dell'AGCM? In presenza di quali elementi e presupposti diventa utile e legittimo che *anche* l'Autorità intervenga sulla condotta, con il corredo tipico dei propri poteri autoritativi e inquisitori, a tutela dell'efficienza dinamica dei mercati?

Alla luce di questi interrogativi (e altri ancora potrebbero aggiungersi) risulta certamente interessante sottoporre ad analisi questa prima (e ancor giovane) casistica applicativa sull'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale al fine di saggiare gli strumenti logico-concettuali utilizzati dall'Autorità in queste prime applicazioni della normativa e di cercare di enuclearne le caratteristiche identificative ricorrenti; e questo può aiutare meglio a comprendere non solo i principi e gli strumenti concettuali utilizzati sin qui dall'AGCM in sede di prima applicazione dell'istituto, ma anche le sue significative *potenzialità future*.

Si andranno dunque a esaminare, qui di seguito, i primi casi di applicazione del comma 3-*bis* dell'art. 9 da parte dell'Autorità⁶⁵, anche al fine precipuo di verificare quali elementi siano stati considerati idonei a integrare il requisito differenziale della rilevanza concorrenziale della condotta, necessario per legittimarne l'intervento (di accertamento, inibitorio e sanzionatorio) in chiave di *public enforcement*; in quali casi e in presenza di quali requisiti sia stata ravvisata una condizione di "dipendenza economica"; e quali tipi di condotte siano state considerate, invece, come "abusiva" e dunque illecite, e in quali fasi e stadi del rapporto – contrattuale o solo "di contatto" commerciale – tra le imprese.

PARTE SECONDA

3. L'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nella prassi dell'AGCM. I contratti di *franchising*. Il caso "McDonald's"

È stato già osservato in dottrina che i contratti di distribuzione e, tra essi, in modo forse ancor più peculiare, i contratti di *franchising*, costituiscono terreno elettivo per l'applicazione della normativa sul divieto di abuso di dipendenza economica⁶⁶.

Tale notazione trova oggi una conferma empirica nell'esame dei primi casi di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale avviati dall'Autorità.

Spicca tra essi, in particolare, il caso "*McDonald's*"⁶⁷ (MCDI), noto (e assai

⁶⁵ L'analisi che segue è stata aggiornata sino a novembre 2022.

⁶⁶ Così ad es. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, cit., spec. p. 50 ss. (che richiama sul punto lo studio *ante litteram* di R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979, in partic. p. 323); sul tema specifico della tutela dell'affiliato al momento del recesso dal contratto di *franchising* v. invece, ad es., L. DELLI PRISCOLI, *Il recesso nel contratto di subfornitura*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 257.

⁶⁷ Caso A546 – *Franchising di McDonald's*, provvedimento di avvio n. 29793 del 27 luglio 2021, in *Boll.*, 33/2021.

diffuso) esempio di rapporto di *franchising* nel quale l'affiliante – almeno secondo la ricostruzione operata dall'AGCM nell'atto di avvio del procedimento – avrebbe posto in essere molteplici condotte qualificabili, per profili diversi, in termini di abuso di dipendenza economica nei confronti della *generalità* dei propri affiliati, producendo così effetti pregiudizievoli e distorsivi in danno dell'intera rete distributiva, con un impatto diffuso sul mercato di riferimento e tale, secondo l'Autorità, da integrare il requisito richiesto dal comma 3-bis dell'art. 9 per un intervento attraverso gli strumenti di *public enforcement*.

Il caso in questione ha preso le mosse da alcune segnalazioni provenienti da vari affiliati (o ex affiliati), rimasti anonimi. Le condotte di McDonald's Italia che nell'atto di avvio si ipotizzano come abusive si collocherebbero in ognuna delle fasi di contatto con i *franchisee*: in quella pre-contrattuale, nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, nonché in quella successiva alla cessazione dei suoi effetti.

Con riguardo alla fase *pre-contrattuale*, i segnalanti hanno lamentato innanzitutto una condizione di *forte carenza informativa*: essi avrebbero avuto infatti la possibilità di “prendere visione del contratto soltanto in occasione della stipula dello stesso presso lo studio di un Notaio, vedendosi costretti ad accettare tutto senza poterne discutere per assenza di concrete alternative al percorso già iniziato con MCDI”⁶⁸.

L'assenza di concrete alternative, nonché di un potere negoziale dell'impresa che aspiri all'affiliazione comparabile e comunque opponibile a quello dell'affiliante, si manifesterebbe già nel periodo antecedente alla stipula del contratto, essendo l'aspirante *franchisee* tenuto a svolgere un periodo preliminare di formazione, a proprie spese e senza alcuna garanzia di ottenere poi la qualifica di affiliato; nondimeno, chi aspiri a entrare nel circuito McDonald's, è tenuto a investire tempo e risorse in una formazione specifica preliminare, senza però neppure disporre delle necessarie informazioni economico-finanziarie in ordine alle condizioni che regoleranno il rapporto contrattuale (in caso di esito positivo della fase di formazione), alle quali l'affiliato dovrà però sottostare, senza avere alcun potere di integrazione o modifica.

Tale investimento specifico pre-contrattuale (tra gli altri imposti in via preventiva agli aspiranti affiliati), insieme con l'impossibilità di recuperarne i costi in caso di cessazione del rapporto, renderebbe l'aspirante affiliato – secondo l'Autorità – sostanzialmente privo di adeguate alternative, generando un effetto di *lock-in* che si determinerebbe ancor prima che il richiedente possa avere contezza delle condizioni che regoleranno l'ipotetico ingresso nella rete distributiva.

Ma vari profili di potenziale abusività sono stati individuati dall'Autorità anche nella fase più propriamente *negoziale*, in primo luogo nell'*imposizione di condizioni estremamente gravose e fortemente limitative della libertà imprenditoriale degli affiliati*.

Sotto questo profilo, viene richiamato in primo luogo l'obbligo di rinuncia a qualsiasi indennizzo per la perdita dell'avviamento, disposta peraltro da una clausola di non agevole comprensione (avendo i segnalanti riferito al riguardo di non essere stati, al momento della stipula, in grado di comprenderne “portata e implicazioni”)⁶⁹. In secondo luogo rileverebbe, agli stessi fini l'imposizione

⁶⁸ A546 – *Franchising di McDonald's*, cit., par. II, 2.1 (pt. 7).

⁶⁹ A546, cit., par. II, 2.4 (pt. 25).

di numerose (ed economicamente gravose) *fees* che l'affiliato deve sostenere per poter entrare a far parte della rete McDonald's: una *entry fee* (da cumularsi ad una fideiussione bancaria e ad un'ulteriore *extra fee*, richiesta *una tantum* in fase di subentro nel rapporto, a titolo di compenso per l'avviamento ricevuto, derivante dalla precedente gestione della medesima attività); una *royalty* periodica non inferiore al 4% sul fatturato annuale globale; un'ulteriore *royalty* ricorrente, sotto forma di "contributo non inferiore al 4% del fatturato lordo mensile", richiesta invece per finalità promozionali e pubblicitarie.

Ulteriore esempio di clausola fortemente limitativa della libertà imprenditoriale dell'affiliato sarebbe quella secondo cui quest'ultimo, nell'esercizio della propria attività, dovrebbe "tenere conto dei prezzi consigliati"⁷⁰ da McDonald's; previsione che però, nella concreta dinamica del rapporto contrattuale, si traduce nell'azzeramento di qualsivoglia margine di autonomia nella *determinazione dei prezzi* da praticare al pubblico, senza che siano tenuti in considerazione neppure il contesto socio-economico di riferimento e l'ubicazione specifica dei singoli ristoranti.

Secondo l'atto di avvio, l'affiliato che non volesse attenersi alle condizioni contrattuali standard caratterizzate dall'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi si esporrebbe in primo luogo alla (non trascurabile) conseguenza della "*non espandibilità*", ossia alla «impossibilità di essere considerato idoneo ad acquisire in gestione altri ristoranti» e, nei casi più gravi (di reiterata violazione delle condizioni negoziali), alla «risoluzione del rapporto di affiliazione»⁷¹.

Condotte potenzialmente abusive sarebbero state infine riscontrate anche alla *fase successiva alla cessazione del rapporto contrattuale*. Agli affiliati sarebbe infatti precluso il recupero degli investimenti specifici effettuati: infatti, oltre al già menzionato obbligo di rinuncia ai diritti di indennizzo per qualunque causa di cessazione del contratto, rileverebbe a tal riguardo l'impossibilità di recuperare anche quanto investito per beni materiali specificamente customizzati. Gli affiliati sono difatti tenuti a dotarsi – a proprie spese – di strutture e arredi plasmatis sulle esigenze e indicazioni particolari fornite da McDonald's (spese che assumono allora la connotazione di *investimenti specifici*). Al momento della conclusione del contratto, quale che ne sia la ragione, l'affiliato si troverebbe nella materiale impossibilità di riconvertire ad altro uso tali beni e perciò costretto a perdere l'investimento per essi sostenuto o, in alternativa, a rivendere i beni alla stessa McDonald's, ma al *Book Value*, valore irrisorio che non consentirebbe in sostanza alcun effettivo recupero dell'investimento effettivamente sostenuto, mentre garantirebbe a McDonald's l'acquisizione di un extra-profitto, realizzato a spese dell'affiliato; infatti, esercitando l'opzione di riacquisto, l'affiliante potrebbe rivendere locali e attrezzature a nuovi affiliati, ottenendo così un ulteriore (e duplice) guadagno: da un lato, attraverso il differenziale di prezzo sugli investimenti effettuati dall'affiliato uscente; dall'altro, incassando i (nuovi) costi di avviamento versati dall'affiliato entrante, oltre al corrispettivo per l'acquisto delle attrezzature.

Considerando complessivamente la condotta dell'affiliante (pre-contrattuale; in pendenza di contratto; e post contrattuale) l'Autorità ha ritenuto di poter ravvisare non solo gli elementi sintomatici di un "*eccessivo squilibrio contrattuale*" sul piano civilistico, ma anche *un'alterazione sistematica di rapporti*

⁷⁰ A546, cit., par. II, 2.2 (pt. 12).

⁷¹ A546, cit., par. II, 2.3 (pt. 20).

economici nell'ambito dell'intera rete di affiliazione, tale da tradursi in un abuso di dipendenza economica rilevante dal punto di vista concorrenziale.

L'Autorità giunge a tale conclusione attraverso la valutazione dell'effetto combinato di vari elementi, tra i quali la durata delle condotte, l'obbligo degli affiliati di sostenere ingenti investimenti specifici e la diversa posizione di mercato delle parti in causa (da un lato McDonald's, *leader* nel mercato di riferimento e con una posizione molto vicina alla dominanza assoluta; e, dall'altro, aspiranti affiliati, normalmente privi del benché minimo potere negoziale). La difficoltà di reperire sul mercato alternative economicamente soddisfacenti insieme con l'esigenza di non perdere il costo sostenuto per la formazione preliminare indurrebbe inoltre i *franchisee* ad accettare i termini del contratto di affiliazione predisposti unilateralmente dall'affiliante anche senza avere contezza del suo contenuto⁷². Si produrrebbe, in questo caso, un duplice effetto di *lock-in* (ossia di "prigionia nel contratto"), generato tanto dagli ingenti costi richiesti per l'ingresso nella rete di affiliazione quanto dalle perdite non recuperabili sottese all'(eventuale) uscita dalla medesima⁷³.

L'Autorità prosegue osservando che le gravose condizioni imposte da McDonald's ai propri affiliati sono sprovviste di idonea razionalità e giustificazione economico-imprenditoriale, essendo state considerate non essenziali ai fini della tutela del *brand* o dell'organizzazione del *network*. Essendo state *sistematicamente praticate* nei confronti della generalità degli affiliati, esse produrrebbero un effetto diffuso, che contribuirebbe a integrare la natura abusiva delle condotte e la loro *rilevanza anche concorrenziale*. Sotto questo specifico profilo, l'Autorità ha ritenuto in particolare che i comportamenti descritti sarebbero suscettibili di incidere negativamente tanto sulla concorrenza *intra-brand* (impedendo ai singoli ristoranti, tramite l'imposizione di rigide clausole di determinazione dei prezzi al pubblico, di concorrere tra loro), quanto sulla concorrenza *inter-brand* (McDonald's otterrebbe indebiti vantaggi a scapito degli affiliati, generati peraltro dagli investimenti specifici da essi sostenuti)⁷⁴.

Per far fronte alle preoccupazioni concorrenziali manifestate nel provvedimento di avvio McDonald's ha presentato un set di *impegni*⁷⁵, volti in tesi a modificare i profili delle condotte contestate aventi rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato e a eliminare dal proprio contratto standard di *franchising* le clausole ritenute dall'Autorità come eccessivamente squilibrate. Ad esito del *market test*, McDonald's ha integrato e in parte anche modificato gli impegni proposti, al fine di superare le residue preoccupazioni di carattere concorrenziale.

Interessante notare che il 30 giugno 2022 l'Autorità ha reso noto di aver

⁷² A546, cit., par. III, 3.1 (pt. 29).

⁷³ Secondo l'Autorità, l'affiliato sarebbe in un primo momento indotto a entrare a far parte della rete di MCDI – pur ignorando di fatto le condizioni contrattuali alle quali sarà poi sottoposto – per l'assenza di potere negoziale e per non perdere gli investimenti già fatti nella formazione specifica preliminare; successivamente, e in maniera crescente, man mano che il rapporto contrattuale prosegue nel tempo, l'affiliato sarà disincentivato a uscirne – e tenderà perciò a rimanervi, seppur in una posizione di soggezione – per l'impossibilità di recuperare o riconvertire gli investimenti specifici già sostenuti.

⁷⁴ A546, cit., par. III, 3.3 (pt. 35).

⁷⁵ Sull'istituto degli impegni, quale esito alternativo del procedimento sanzionatorio, ci si permette di rinviare a quanto più diffusamente illustrato in L. DE LUCIA-V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. merc.*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 509 ss.

chiuso il procedimento accettando gli impegni proposti da McDonald's (così come modificati e integrati ad esito del *market test*), i quali sono stati ritenuti "complessivamente idonei a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali" derivanti dai profili di abuso di dipendenza economica ipotizzati nell'atto di avvio, anche tenuto conto del fatto che il nuovo standard contrattuale sarà «gradualmente esteso anche a tutti i contratti precedentemente stipulati» e che «alcune specifiche condotte evidenziate da singoli segnalanti, ma che non risultino adottate da MCDI nell'ambito della generalità delle relazioni contrattuali» non sono state considerate significative ai fini della «valutazione della rilevanza concorrenziale» delle condotte, posto che il provvedimento dell'Autorità ha ad oggetto «esclusivamente le condotte standard adottate da MCDI nei confronti della generalità dei propri licenziatari»⁷⁶.

4. Segue. Il caso "Benetton"

Altro caso interessante, che si colloca parimenti nell'ambito dei rapporti di *franchising*, è quello che ha visto coinvolto il gruppo Benetton e la sua rete di rivenditori, i quali avrebbero risentito – secondo l'atto di avvio del procedimento (e similmente a quanto avvenuto ai ristoranti affiliati del caso McDonald's) – di *forti limitazioni della propria libertà economica*.

L'istruttoria è stata aperta, in questo caso, su iniziativa di un unico segnalante, amministratore di un ex-affiliato del gruppo Benetton che ha cessato la propria attività. Tra le condotte segnalate come abusive assumono in questo caso preminente rilievo quelle relative all'imposizione unilaterale di condizioni contrattuali inique relative al riassortimento automatico delle merci, alle modalità e tempistiche della loro consegna e restituzione, nonché alla forte limitazione delle garanzie invocabili.

Quanto al primo punto, secondo il segnalante il *franchisor* avrebbe introdotto nel contratto standard di affiliazione una clausola di *riassortimento automatico delle merci* che opererebbe indipendentemente da qualsivoglia ordine da parte del rivenditore. Tale clausola, pur astrattamente diretta a garantire il mantenimento di adeguate scorte dei "prodotti che maggiormente incontrano le preferenze dei consumatori"⁷⁷, sembrerebbe in realtà funzionale a far sì che l'affiliante non sopporti direttamente il costo (e il rischio) dell'invenduto, che viene traslato invece sul rivenditore.

Per quanto concerne invece le *modalità e le tempistiche di consegna delle merci*, secondo l'atto di avvio il contratto prevede che le proposte di acquisto merci dell'affiliante siano irrevocabili per 10 mesi: circostanza questa che, combinata alla summenzionata clausola di riassortimento automatico, limiterebbe fortemente l'autonomia imprenditoriale e organizzativa del rivenditore, riducendo drasticamente la possibilità di adeguare gli ordinativi alle reali esigenze rilevate nei punti vendita, legate anche alla stagionalità. Tale autonomia verrebbe a essere ulteriormente ridimensionata in virtù dell'effetto combinato di altre clausole standard, in base alle quali: i termini di consegna delle merci

⁷⁶ AGCM, A546 – *Franchising di McDonald's (accettazione impegni)*, provvedimento finale del 14 giugno 2022, n. 30199, in *Boll.*, 25/2022, par. VI e VII (in partic. pt. 46 ss.).

⁷⁷ A543 – *Rapporti contrattuali tra Benetton i suoi rivenditori*, provvedimento di avvio n. 28447 del 17 novembre 2020, in *Boll.*, 47/2020, par. II (pt. 12).

sarebbero invece, per l'affiliante, meramente indicativi; Benetton si riserverebbe (in alternativa all'esecuzione) di richiedere la risoluzione del contratto qualora l'affiliato rifiuti di ricevere anche solo una parte delle merci; l'affiliato non potrebbe dedurre come giustificato motivo del ritardo o della sospensione del pagamento la pendenza di reclami o la richiesta di garanzie sulle merci medesime⁷⁸.

Le circostanze illustrate, combinate a una serie di ulteriori oneri imposti agli affiliati, avrebbero generato – secondo l'atto di avvio del procedimento – uno “*squilibrio eccessivo*” nei rapporti tra Benetton e i suoi distributori, per i quali diventerebbe estremamente difficile, se non impossibile, rinvenire sul mercato alternative soddisfacenti (ciò si sarebbe verificato in particolare per il segnalante che, in virtù di una pregressa situazione di forte esposizione debitoria nei confronti di Benetton, avrebbe trovato ancor più difficile reperire sul mercato alternative adeguate).

Tramite l'imposizione di clausole che le consentono di predisporre unilateralmente – a protezione dei propri interessi – e poi anche di modificare, nello stesso modo e agli stessi fini, le condizioni di contratto, il gruppo Benetton avrebbe dunque strutturato, secondo l'atto di avvio, un'organizzazione aziendale plasmata esclusivamente in funzione delle proprie esigenze⁷⁹.

Come già rilevato per il caso McDonald's, gli effetti distorsivi di tali condotte, derivanti dall'imposizione di un regolamento contrattuale standardizzato e applicabile a tutti i *franchisee*, non si limiterebbero al singolo rapporto contrattuale, ma si riverbererebbero sul mercato di riferimento anche in virtù dell'estensione della rete distributiva gestita da Benetton, della forza del relativo marchio e infine, della posizione di “sicuro rilievo” che essa detiene nel mercato di riferimento⁸⁰.

La parte indagata ha presentato una proposta di impegni, resi pubblici e sottoposti a *market test* (mentre si scrive non è noto l'esito finale di questo procedimento).

5. Segue. Il caso “Original Marines”

Altro caso di abuso di dipendenza economica a rilievo concorrenziale avviato dall'Autorità nel settore del *franchising* ha coinvolto la catena Original Marines, la quale gestisce l'omonima rete distributiva operante nel settore dell'abbigliamento⁸¹. Il caso presenta dunque diversi punti in comune con quello appena esaminato: viene infatti in rilievo, nel medesimo tipo di contratto e nel medesimo settore merceologico, un'analoga fattispecie di abuso di dipendenza economica perpetrata dal *franchisor* nei confronti della generalità dei *franchisee* appartenenti alla propria rete distributiva, con la peculiarità che i contratti di *franchising* che legavano i segnalanti del procedimento alla Original Marines sono, ad oggi, cessati.

Come accaduto anche nel caso Benetton, molti dei segnalanti erano ex af-

⁷⁸ A543 – *Rapporti contrattuali tra Benetton e i suoi rivenditori*, cit., par. III, pt. 24 ss.

⁷⁹ A543 – *Rapporti contrattuali tra Benetton e i suoi rivenditori*, cit., par. III, pt. 22.

⁸⁰ A543 – *Rapporti contrattuali tra Benetton e i suoi rivenditori*, cit., par. III, pt. 27.

⁸¹ A550 – *Catena di Franchising Original Marines*, provvedimento di avvio n. 29930 del 3 dicembre 2021, in *Boll.*, 50/2021.

filiati in sofferenza, ai quali «la Società avrebbe offerto di rilevare il negozio, previo pagamento dei debiti pregressi»⁸². In tali particolari frangenti, secondo l'Autorità, l'affiliato risentirebbe di quell'assenza di *alternative* tipica di una situazione di dipendenza economica, posto che la condizione di sofferenza finanziaria avrebbe reso estremamente difficile reperire reali alternative sul mercato.

Indotti a intraprendere il rapporto di affiliazione, i *franchisee* si sarebbero ritrovati nel "sistema Original Marines", fondato sul *trasferimento del rischio d'impresa sugli affiliati* e sul contestuale *accentramento delle scelte imprenditoriali totalmente in capo al franchisor*: a tal riguardo i segnalanti hanno evidenziato altresì il fatto che l'affiliante disponesse di un sistema di *controllo informatico centralizzato* di monitoraggio sull'attività dei singoli punti vendita, che consentiva all'affiliante di esercitare un'indebita ingerenza sull'attività gestoria e nell'esercizio di tutta una serie di prerogative e facoltà che di norma spetterebbero, invece, agli affiliati⁸³. Aggraverebbe il quadro la circostanza per cui la Trader s.r.l., società consociata della Original Marines, operava spesso in zone limitrofe a quelle assegnate agli affiliati, godendo però di condizioni molto più favorevoli: ne sarebbe derivata la "*cannibalizzazione*" dei punti vendita concorrenti gestiti dai *franchisee* (molti dei quali successivamente acquistati dalla stessa Original Marines), sfociata peraltro in numerose istanze di fallimento presentate a carico delle imprese coinvolte⁸⁴.

Quanto alle clausole del regolamento di affiliazione predisposto da Original Marines, secondo l'atto di avvio gli affiliati sarebbero stati tenuti alla progettazione e all'allestimento del punto vendita a proprie spese, ma in base allo specifico *format* definito dall'affiliante, a pena di risoluzione del contratto (similmente a quanto già osservato per McDonald's, dove però l'obbligo di progettazione/allestimento era previsto, invece, come pre-condizione per l'ingresso nella rete distributiva). Inoltre, alla cessazione del contratto, tali allestimenti avrebbero potuto esser trattenuti dal *franchisee* solo laddove il *franchisor* non avesse esercitato il potere di acquistarli (peraltro a un prezzo parametrato allo stato d'uso degli stessi in tale momento). In questo modo l'affiliato sarebbe stato esposto al rischio di perdere una parte rilevante dell'investimento specifico sostenuto al momento dell'affiliazione: anche laddove Original Marines non avesse esercitato l'opzione di acquisto, lasciando gli allestimenti nella disponibilità dell'affiliato, essi rimanevano in ogni caso plasmati e confezionati in base alle precise esigenze stabilite dall'affiliante, quali *investimenti specifici*, nella sostanza *irrecuperabili e non riconvertibili*.

Altre clausole considerate rilevanti (e già esaminate negli altri casi di abuso relativi a reti di *franchising*) riguardavano i *prezzi e le condizioni di fornitura e di riassortimento automatico dei prodotti*. Con riguardo al primo punto, il contratto prevedeva in astratto la facoltà per l'affiliato di determinare i prezzi al pubblico, mentre il *franchisor* si sarebbe limitato a consigliare «di attenersi

⁸² A550 – *Catena di Franchising Original Marines*, cit., par. II, pt. 3.

⁸³ A550 – *Catena di Franchising Original Marines*, cit., par. II, pt. 4.

⁸⁴ A550 – *Catena di Franchising Original Marines*, cit., par. II, pt. 5 e 6. Sul tema, il segnalante ha dedotto che si tratterebbe di una circostanza risalente (stante la fusione per incorporazione nell'odierna Original Marines), oltre a specificare che la Trader s.r.l. non era un'affiliata, ma una concessionaria del marchio che acquistava le merci, in maniera autonoma, direttamente dai fornitori.

al listino prezzi ufficiale»; tuttavia, tramite un meccanismo che consentiva al singolo negozio di praticare promozioni solo previa autorizzazione espressa dell'affiliante, Original Marines avrebbe imposto ai punti vendita campagne promozionali a condizioni predeterminate dal medesimo affiliante, impedendo così, in via di fatto, che i prezzi al pubblico potessero essere stabiliti in base alle esigenze dei singoli negozi⁸⁵. Con riguardo al secondo punto, i *franchisee* erano tenuti a ordinare una *quantità minima* di prodotto in base all'assortimento standard e a sottostare a meccanismi di *riassortimento automatico* delle merci, nonché a rifornirsi obbligatoriamente dei prodotti cd. *best seller*, condizione imposta per un'asserita esigenza di uniformità della rete. L'osservanza di queste condizioni era soggetta a monitoraggio da parte del *franchisor* tramite il summenzionato sistema informatico centralizzato, che consentiva altresì di raccogliere, verificare e confrontare i dati di vendita dei singoli negozi.

L'insieme di queste clausole avrebbe avuto l'effetto, secondo l'Autorità, di *impedire la concorrenza intrabrand*, ciò che era peraltro anche espressamente stabilito quale effetto (naturale) del contratto di affiliazione⁸⁶.

Anche in questo procedimento Original Marines ha presentato una proposta di impegni, al fine di eliminare i profili anti-concorrenziali contestati nell'atto di avvio. Vale la pena al riguardo di notare che nessun impegno è stato assunto in tema di progettazione e allestimenti, avendo il segnalato dedotto che, alla luce delle peculiarità del rapporto di *franchising*, non sarebbe possibile prescindere dalla necessità di garantire determinati standard e un certo livello di uniformità tra i diversi punti vendita, adducendo a sostegno della non abusività di tali oneri l'assenza di *fees* di ingresso o di *royalties* periodiche a carico degli affiliati⁸⁷. In tema di quantità e riassortimento dei prodotti Original Marines ha proposto di eliminare il riferimento all'obbligo di acquisto dei cd. *best seller* e, più in generale, di quantità minime di prodotto, prevedendo che la decisione sulla quantità di prodotto sia rimessa comunque al *franchisee*, mentre in tema di riassortimenti, Original Marines si è impegnata affinché gli stessi siano disposti "su richiesta del *franchisee* e senza obblighi di acquisto minimo" (fatta salva la possibilità che le parti si accordino diversamente, su esplicita richiesta del *franchisee*)⁸⁸. Quanto alle campagne promozionali, l'affiliante ha proposto di eliminare il riferimento contrattuale espresso volto all'eliminazione della concorrenza *intrabrand*, invocando più semplicemente l'esigenza di una "strategia commerciale unitaria" e ha proposto altresì di sostituire la clausola che prevedeva il rilascio di un'autorizzazione preventiva per praticare campagne promozionali indipendenti (o per discostarsi da quelle predisposte centralmente dall'affiliante) con una clausola che richiede soltanto che il *franchisor* sia previamente consultato⁸⁹.

Gli impegni sono stati resi pubblici e sottoposti al *market test*. Ad esito della fase di *market test* gli impegni sono stati poi ulteriormente precisati e integrati, in particolare al fine di chiarire che eventuali direttive o linee guida

⁸⁵ A550 – *Catena di Franchising Original Marines*, cit., par. II, pt. 16.

⁸⁶ A550 – *Catena di Franchising Original Marines*, cit., par. II, pt. 14.

⁸⁷ A550 – *Catena di Franchising Original Marines*, Allegato al provvedimento n. 30084, Presentazione di Impegni ai sensi dell'art. 14-ter della Legge n.287/90, in *Boll.*, 13/2022, p.6.

⁸⁸ A550 – *Catena di franchising Original Marines*, Presentazione di Impegni, cit., Impegno n. 1.

⁸⁹ A550, Presentazione di Impegni, cit., Impegno n.3.

che la Original Marines si riserva di inviare ai propri *franchisee* per esigenze di carattere commerciale non ne avrebbero potuto in alcun modo vanificare il contenuto.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni proposti da Original Marines (per come integrati e precisati a seguito del *market test*) rendessero adeguatamente "bilanciate" le obbligazioni contrattuali e li ha dunque ritenuti «complessivamente idonei a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali ... ipotizzati nell'atto di avvio»⁹⁰: gli impegni sono stati dunque accettati e resi obbligatori, senza accertamento di illeciti e senza irrogazione di sanzioni.

6. L'applicazione dell'abuso di dipendenza economica a rilievo concorrenziale nei contratti di distribuzione. Il caso "Wind Tre"

Altro filone elettivo per l'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale è identificabile nei rapporti verticali di distribuzione⁹¹.

Il caso in esame, relativo all'operatore di comunicazioni Wind Tre S.p.A., si colloca esattamente in questo contesto e presenta alcuni presupposti comuni rispetto a quelli già osservati, poiché la società avrebbe imposto ai propri rivenditori clausole e condizioni contrattuali economicamente non sostenibili: anche in questo caso la situazione di eccessivo squilibrio contrattuale, derivando dall'imposizione di un contratto standard predisposto unilateralmente da Wind e non negoziabile (almeno nei suoi elementi essenziali) dai singoli rivenditori, non si limiterebbe a incidere sul singolo rapporto negoziale, ma avrebbe un impatto pregiudizievole sull'intera rete distributiva dell'operatore telefonico, alterando così anche le dinamiche concorrenziali nel mercato di riferimento⁹².

Anche in questo caso il procedimento è stato avviato a seguito della segnalazione di un ex rivenditore, il cui rapporto commerciale si sarebbe interrotto in ragione del recesso, reputato ingiustificato, comunicato da Wind Tre.

Tra le clausole contrattuali che avrebbero contribuito a generare una situazione di dipendenza economica, di cui Wind Tre avrebbe abusato, figura in primo luogo l'*obbligo di esclusiva*, che comprende obblighi derivati assai stringenti sulle tipologie di arredi e materiali che il rivenditore può usare nei locali commerciali; rileva inoltre allo stesso fine – secondo l'Autorità – anche la facoltà che Wind Tre si è riservata (e che ha anche concretamente esercitato in diverse occasioni) di *modificare unilateralmente le condizioni contrattuali*, tra cui *anche quelle economiche relative ai compensi e alle commissioni* dovute al rivenditore. Ulteriori clausole del contratto standard contribuirebbero poi, secondo l'Autorità, ad accentuare la situazione di "eccessivo squilibrio contrattuale", generando una situazione di dipendenza economica in capo ai rivendi-

⁹⁰ A550 – *Catena di franchising Original Marines*, accettazione degli impegni, provvedimento n. 30221 del 5 luglio 2022, pubblicato in *Boll.*, 28/2022 (la citazione è al punto 32).

⁹¹ Per le motivazioni già illustrate da R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, cit., cui *adde*, con riferimento più specifico alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica, M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit. (in partic. par. 14 ss.) e P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit (spec. p. 260 ss.).

⁹² A547 – *Condotte di Wind Tre a danno dei rivenditori*, provv. n. 29874 del 4 novembre 2021, in *Boll.*, 46/2021.

tori. A questo proposito l'Autorità menziona, tra gli altri, il meccanismo degli *storni pro rata*: poiché al consumatore finale è riconosciuta la facoltà di rateizzare i corrispettivi derivanti dalla vendita di telefoni e *devices*, attraverso il meccanismo dello storno *pro rata* Wind Tre riconoscerebbe ai rivenditori le commissioni per i clienti acquisiti su base mensile, deducendo però, appunto *pro rata*, le commissioni maturate su clienti che, avendo interrotto nel frattempo il loro rapporto di fornitura con Wind (ad es. perché morosi), non abbiano completato il pagamento delle rate previste. Similmente, le commissioni maturate sulla vendita di servizi di Wind Tre (ad es. per le attivazioni di nuovi clienti e la vendita di nuove SIM ricaricabili) non verrebbero corrisposte (o verrebbero corrisposte solo *pro rata*) qualora il cliente interrompa, anche per cause indipendenti da una condotta o responsabilità del venditore, il rapporto di fornitura con Wind Tre. Secondo l'Autorità, attraverso il meccanismo degli storni *pro rata* sarebbe stata operata una sistematica compensazione delle commissioni dovute ai rivenditori, con la progressiva riduzione, nel tempo, di quelle poi effettivamente riconosciute e liquidate⁹³. In più, la riduzione del livello delle commissioni, operata in via unilaterale e ripetutamente da Wind Tre, avrebbe compresso i margini di redditività dei rivenditori, fino a renderne l'attività non più sostenibile⁹⁴.

Similmente a quanto già evidenziato nel caso McDonald's, l'elemento che, secondo l'Autorità, dota le condotte in esame di una *rilevanza anche concorrenziale* consiste, principalmente, nella posizione di mercato dalle parti coinvolte: Wind Tre è, infatti, uno dei tre maggiori operatori di comunicazioni italiano, frutto dell'integrazione tra Wind e Tre e dispone di un marchio dotato di una forte attrattiva commerciale, specie in taluni segmenti di mercato, mentre i rivenditori sono per lo più imprese di piccole dimensioni, prive – almeno nella normalità dei casi – di qualsivoglia potere negoziale; in aggiunta, la lunga durata dei rapporti tra le parti e le stringenti clausole contrattuali (tra cui ad esempio il menzionato obbligo di esclusiva), combinate tra loro, creerebbero un indebito condizionamento all'attività economica del rivenditore, costituendo indebite barriere all'uscita che renderebbero difficile anche lo spostamento verso altri operatori (con effetti distorsivi, dunque, anche sulla competizione *intra-brand*, aventi un rilievo anche concorrenziale)⁹⁵.

Per mitigare i suindicati effetti anti-concorrenziali ed eliminare le preoccupazioni rilevate dall'Autorità, Wind Tre ha presentato una proposta di impegni⁹⁶. Tra le clausole sopra analizzate sono oggetto di impegni, tra le altre, quelle relative alla facoltà di modifica unilaterale delle condizioni economiche e contrattuali e al meccanismo degli storni *pro rata*. Su quest'ultimo tema Wind Tre ha sostenuto di averne già eliminato la previsione per i compensi relativi alle nuove attivazioni a partire da marzo 2017 e che l'attuale meccanismo di storno è quello comunemente utilizzato nell'ambito delle reti di vendita di servizi; l'operatore si è in ogni caso impegnato a mantenere gli storni al di sotto di un determinato valore medio e ad assumere provvedimenti a tutela dei rivenditori nel caso in cui il valore degli storni dovesse subire un aumento a causa

⁹³ A547 – *Condotte di Wind Tre a danno dei rivenditori*, cit., par. II, b (pt. 6 ss.).

⁹⁴ A547, cit., par. II, lett. c), pt. 11 e par. III, pt. 16 e 17.

⁹⁵ A547, cit., par. III, pt. 18.

⁹⁶ A547 – *Condotte di Wind Tre a danno dei rivenditori*, Allegato al provvedimento n. 30129, Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell'art. 14-ter della Legge n.287/90, in *Boll.*, 17/22.

di comportamenti opportunistici perpetrati in danno dell'operatore o del consumatore finale⁹⁷.

A seguito della fase di *market test*, gli impegni sono stati ulteriormente precisati e integrati. In particolare, Wind Tre si è impegnata a prolungare il periodo di preavviso contrattualmente dovuto in caso di cessazione del rapporto e a mantenere invariate le condizioni di pagamento e di fornitura per tutto il periodo di preavviso, così da agevolare la riorganizzazione (anche finanziaria) dell'attività dei rivenditori monomarca cessati; Wind Tre si è inoltre impegnata a mantenere l'importo medio degli storni sulle commissioni al di sotto del valore soglia del 4,2%. Si segnala, altresì, la proposta di nomina di un *Monitoring Trustee* indipendente, scelto dalla medesima Autorità, al fine di vigilare sulla corretta esecuzione degli impegni, cui i rivenditori potranno rivolgersi direttamente in caso di contestazioni.

In questa nuova versione, integrata e irrobustita, l'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati da Wind fossero complessivamente idonei a superare le preoccupazioni concorrenziali sottese all'atto di avvio e ha chiuso il procedimento rendendo obbligatori gli impegni così proposti, senza contestare violazioni e senza irrogare sanzioni⁹⁸.

7. Segue. Il caso “Distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio”

Altro caso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nell'ambito dei rapporti verticali di distribuzione ha riguardato la vendita di quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio⁹⁹.

La vicenda presenta alcune peculiarità rispetto ai casi sinora esaminati, attenendo al *rifiuto di vendita* e all'*interruzione ingiustificata di relazioni commerciali* di lunga durata. Essa sembra avvalorare la tesi, già sopra avanzata in via di ipotesi ricostruttiva (e che potremmo per brevità qualificare come “teoria del doppio binario”), secondo la quale all'Autorità compete piena autonomia nell'accertamento, in sede amministrativa, della dipendenza economica a rilevanza concorrenziale rispetto alla valutazione (di rilievo solo privatistico e *inter partes*) eventualmente svolta dal giudice ordinario, anche sulla medesima fattispecie.

Nel caso di specie, infatti, il segnalante aveva già instaurato un'azione dinanzi al giudice civile avente ad oggetto le medesime condotte poi sottoposte all'attenzione dell'Autorità; a fronte delle eccezioni sollevate al riguardo dalla difesa delle imprese indagate, l'Autorità ha opposto in primo luogo il fatto che il giudizio civile vertesse su un profilo almeno in parte diverso, di “abuso del diritto” esercitato nel rapporto contrattuale, rilevando altresì che il procedimento dinanzi all'Autorità trova al contrario ragion d'essere nel fatto che le condot-

⁹⁷ A547 – *Condotte di Wind Tre a danno dei rivenditori*, Formulario per la presentazione degli Impegni, cit., Impegno n. 3.

⁹⁸ A547 – *Condotte di Wind Tre a danno dei rivenditori*, decisione finale assunta con provv. n. 30276, in *Boll.*, 32/22.

⁹⁹ A525 – *Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio*, provvedimento n. 28043 del 29 dicembre 2019, in *Boll.*, 3/2020, cit., che ha accertato in via definitiva la sussistenza dell'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale.

te trascendano il (singolo) rapporto negoziale, assumendo invece rilevanza “concorrenziale” nel mercato di riferimento ¹⁰⁰.

Altra peculiarità è ravvisabile nel fatto che, in questo caso, l'AGCM ha accertato la sussistenza di un abuso di dipendenza economica in un provvedimento finale (confermando così l'ipotesi formulata nell'atto di avvio del procedimento), ma tale provvedimento è stato oggetto di impugnazione davanti al giudice amministrativo, innanzi al quale sono state sollevate censure di natura sia sostanziale che procedurale; il provvedimento è stato annullato dal TAR Lazio ¹⁰¹, che ha ritenuto fondato il vizio (procedurale) relativo alla tardività della contestazione di avvio del procedimento e la controversia, dopo l'appello proposto dall'Autorità, pende dinanzi al Consiglio di Stato, al quale sarà rimessa l'ultima parola sulla legittimità del provvedimento impugnato ¹⁰².

Fatte queste precisazioni, vale in ogni caso la pena di notare che le società alle quali l'Autorità attribuisce una condotta abusiva di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale sono due *distributori nazionali* di stampa quotidiana e periodica, la M-Dis Distribuzione Media s.p.a. (*breviter* anche 'M-Dis') e la To-Dis s.r.l., sottoposta a direzione e coordinamento della prima; ai fini dell'analisi della vicenda è utile precisare altresì che la M-Dis detiene anche il controllo congiunto della Liguria Press s.r.l. (la quale opera come distributore locale di stampa quotidiana e periodica a Genova e nelle aree limitrofe).

Il caso è stato avviato a seguito di una segnalazione presentata dalla Ditta individuale N.R. (di seguito, *breviter* “Ditta R.”), che opera (anch'essa) come *distributore locale* (a Genova e nelle aree limitrofe).

Il mercato in cui si colloca la vicenda è dunque quello della *distribuzione della stampa quotidiana e periodica*. Tale mercato di articola su *due livelli verticali*, atteso che gli editori si affidano (spesso anche in esclusiva) a *distributori nazionali* che, a loro volta, si avvalgono di *distributori locali* per la consegna dei prodotti editoriali presso le edicole nel territorio di riferimento. Vale la pena di osservare che tale mercato è gravato, per ragioni d'interesse generale lega-

¹⁰⁰ A525 – *Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio*, cit., pt. 98.

¹⁰¹ TAR Lazio, sez. I, sentenza n. 11131 del 2 novembre 2021 (RG n. 3713/2020), inedita (a quanto consta). Interessante notare che, nell'affermare la tardività della contestazione quale motivo assorbente di annullamento del provvedimento impugnato, il TAR Lazio ha fatto riferimento diretto ai precedenti giurisprudenziali relativi al diritto antitrust, ritenuti pacificamente applicabili all'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale oggetto di scrutinio, richiamando altresì a conforto i principi derivanti al riguardo dall'art. 6 CEDU e dall'art. 41 della Carta Fondamentale dei diritti UE. Secondo il TAR «dalla lettura di questi non può che desumersi l'obbligo per l'Autorità competente di accertare una violazione del diritto antitrust e di applicare le relative sanzioni, procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l'operato»; e che a tal riguardo non rilevarebbe allora la comunicazione con cui una delle parti, su richiesta dell'Autorità, descriveva lo stato del contenzioso civile incardinato presso il Tribunale di Genova, atteso che «tali informazioni potevano acquisire al più rilevanza nella successiva fase istruttoria ... ma non incidano sulla completezza della attività preistruttoria, necessaria per l'individuazione dei contorni oggettivi e soggettivi dell'illecito antitrust», a maggior ragione considerando che «la stessa Autorità, del resto, nel provvedimento finale ha osservato, quanto al rapporto tra giudizio civile e azione dell'Autorità, che i giudizi instaurati presso il Tribunale di Genova da R. non vertono sull'accertamento di un abuso di dipendenza economica, bensì di abuso del diritto contrattuale», mentre l'azione dell'Autorità «presenta un oggetto e un fine differenti rispetto ai giudizi civili instaurati, atteso che essa concerne le condotte di M.Dis e To-Dis aventi una più ampia rilevanza rispetto al singolo rapporto contrattuale, interessando tutto il mercato».

¹⁰² Cons. Stato, sez. VI, RG n. 0977/2022.

te alla tutela del pluralismo informativo, da particolari obblighi normativi: infatti, la legge 5 agosto 1981, n. 416 (sulla disciplina delle imprese editoriali) stabilisce all'art. 16 che le imprese di distribuzione, nazionali e locali, devono garantire il servizio di distribuzione dei prodotti editoriali a tutte le testate giornalistiche che ne facciano richiesta, mentre l'art. 4 del d.lgs. n. 170 del 24 aprile 2001 integra tale previsione, imponendo un obbligo di parità di trattamento delle diverse testate editoriali all'interno dei singoli punti vendita.

I fatti oggetto del provvedimento traggono origine dall'interruzione della fornitura di quotidiani e periodici – dapprima da parte della M-Dis e in seguito anche della To-Dis – nei confronti della Ditta R., da cui sarebbe derivata, per quest'ultima, l'impossibilità di rifornire l'area di Genova e del Tigullio di circa il 55%-60% dei prodotti editoriali distribuiti a livello nazionale dai recedenti.

Secondo la M-Dis, il recesso sarebbe stato giustificato dal fatto che la Ditta R. aveva intenzione di cedere la propria attività ad altra società, la Martini Dumas S.p.A., già operante come distributore locale di stampa in Toscana, considerata però, da M-Dis, inadeguata e inefficiente (circostanza rivelatasi però infondata, a seguito degli approfondimenti istruttori condotti dall'Autorità).

Peraltro, a seguito del recesso comunicato da M-Dis, la sua controllata Liguria Press presentava due successive proposte di acquisto alla Ditta R., a un valore inferiore a quello proposto dalla Martini Dumas. A fronte dei rifiuti opposti dalla Ditta R. e dell'interruzione dei rapporti con i due distributori nazionali (M-Dis e To-Dis), l'attività di distribuzione *locale* svolta fino a quel momento dalla Ditta R. è stata affidata (almeno in parte) alla stessa Liguria Press.

Alla luce di tali circostanze di fatto, la situazione di dipendenza economica è stata ravvisata nel fatto che l'interruzione ingiustificata delle relazioni commerciali *di lunga durata* avrebbe reso estremamente difficoltoso, se non impossibile, per la Ditta R. l'approvvigionamento dei medesimi prodotti editoriali da un altro fornitore (cd. dipendenza economica "*da assortimento*"). Tale circostanza è risultata idonea ad acquisire rilevanza come fattore distorsivo del mercato, poiché una distribuzione che riesce a coprire meno della metà del fabbisogno totale – a maggior ragione nell'ambito dei prodotti editoriali, gravati da specifici obblighi a tutela del pluralismo informativo – risulta, oltre che evidentemente incompleta e non rispondente agli obblighi di legge, anche fortemente dis-economica¹⁰³.

La condotta è stata ritenuta abusiva in quanto le giustificazioni addotte dalle imprese segnalate sono state disattese da dati oggettivi e ritenute comunque contraddittorie, oltre che tardive e posticce: l'interruzione repentina del rapporto di fornitura da parte dei due distributori nazionali è risultata infatti priva di motivazioni obiettive; inoltre le modalità e le tempistiche del recesso, intimato a meno di 24 ore dalla ricezione della notizia della conclusione del contratto preliminare tra la Ditta R. e la Martini Dumas, sarebbero sintomatiche dell'assenza di buona fede e di una giustificazione obiettiva, atteso che il contratto *inter partes* attribuiva al distributore locale il diritto di cedere l'azienda o di variare la compagine societaria, garantendo però al distributore nazionale la facoltà di recesso nei successivi tre mesi, nel caso di mancata approvazione delle modifiche proposte. Sussistendo un meccanismo contrattuale di tutela che avrebbe garantito al distributore nazionale il diritto di recedere nei successivi tre mesi (così da poter valutare in maniera compiuta le operazioni intra-

¹⁰³ A525 – *Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio*, cit., par. VII.I, pt. 101 ss.

prese dal distributore locale), una disdetta comunicata in meno di un giorno sarebbe stata irrazionale, non avrebbe consentito una valutazione obiettiva dei contenuti dell'operazione e sarebbe piuttosto sintomatica di una decisione aprioristica e altrimenti motivata¹⁰⁴. Parimenti infondati sarebbero stati, inoltre, l'invocata inadeguatezza e inefficienza della Martini Dumas e il presunto incremento dei costi che sarebbe derivato dal suo subentro, atteso che tale società è risultata essere in realtà uno dei migliori distributori locali d'Italia di prodotti editoriali, in grado non solo di preservare il *know-how* della Ditta R., ma anche di migliorare la qualità della distribuzione (da un'analisi dei costi condotta dall'Autorità è risultato che l'incremento di costi che sarebbe disceso dal subentro di Martini Dumas sarebbe stato assolutamente irrisorio e irrilevante, se raffrontato agli incrementi di efficienza che ne sarebbero derivati)¹⁰⁵.

La rilevanza concorrenziale dell'abuso è stata qui riscontrata nella sua idoneità a incidere nel mercato rilevante della distribuzione locale di quotidiani e periodici, in quanto inteso a indebolire – fino a escludere – un distributore locale nell'area di riferimento da oltre 30 anni per evitare l'ingresso di un operatore concorrente (Martini Dumas) e favorire invece una propria "divisione interna" (la controllata Liguria Press), così peggiorando le già critiche condizioni del mercato della distribuzione locale di quotidiani e periodici¹⁰⁶.

8. Abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale e abuso di posizione dominante. Il caso "Poste"

Si ricorderà come la detenzione di una posizione dominante (in senso stretto, ai sensi del diritto antitrust) non costituisca requisito necessario della fattispecie relativa all'abuso di dipendenza economica, neanche per quello a rilievo concorrenziale di cui al comma 3-*bis* dell'art. 9 e le due fattispecie restano, almeno astrattamente, distinte¹⁰⁷. L'impresa che realizza un abuso di dipendenza economica gode però, solitamente, di marchi fortemente attrattivi e di una "*posizione di rilievo*" nel mercato di riferimento, che almeno di regola dà luogo ad una posizione che si è soliti qualificare come «dominanza di tipo solo relativo»¹⁰⁸.

Può tuttavia accadere che l'abuso di dipendenza economica sia posto in essere da un'impresa che detiene anche una posizione dominante nel mercato di riferimento; in casi simili è dunque possibile che le condotte tenute dall'operatore dominante siano astrattamente inquadrabili in entrambe le discipline e suscettibili pertanto di una "doppia rilevanza", sia come abuso di dipendenza economica che come abuso di posizione dominante¹⁰⁹.

¹⁰⁴ A525, cit., par. VII.II, pt. 120 ss.

¹⁰⁵ A525, cit., par. VII.II, lett. b), pt. 142 ss. e lett. d), pt. 161 ss.

¹⁰⁶ A525, cit., par. VII.III, pt. 179 ss.

¹⁰⁷ Tra i tanti cfr. in particolare, in luogo di altri, v. C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 2 ss. (nonché, per la ricostruzione delle caratteristiche differenziali proprie della "posizione dominante" in senso classico, ID., *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir. – Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012).

¹⁰⁸ In questi termini in particolare P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., *passim* e M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., par. 2 ss.

¹⁰⁹ Ammette espressamente la ricorrenza di una tale ipotesi ad es. lo stesso M. LIBERTINI, *La*

Nel procedimento per abuso di dipendenza economica svoltosi a carico di Poste Italiane S.p.A.¹¹⁰ sembrerebbe possibile osservare, in effetti, una siffatta “doppia rilevanza”, stante la posizione “dominante” in senso stretto detenuta da Poste Italiane in almeno alcuni dei mercati nei quali essa tradizionalmente opera¹¹¹. Vale la pena di osservare che, anche in questo caso, l’ipotesi di contestazione formulata nell’atto di avvio ha trovato riscontro e conferma nell’accertamento compiuto nel provvedimento finale assunto dall’Autorità ad esito del procedimento istruttorio¹¹².

Come noto, Poste Italiane è attiva, tra gli altri, nel settore postale, nell’ambito del quale è stata anche designata, almeno fino al 30 aprile 2026, come fornitore del servizio postale universale¹¹³. Proprio nell’ambito della fornitura del servizio postale universale Poste Italiane ha lungamente collaborato con la Soluzioni S.r.l. (di seguito anche Soluzioni), società che ha prestato in suo luogo un «servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari in ambito urbano, nel territorio di Napoli»¹¹⁴.

Il procedimento trae origine, anche in questo caso, dalla richiesta di intervento presentata da questa società. Secondo il segnalante, Poste avrebbe abusato della condizione di dipendenza economica in cui Soluzioni versava a causa del forte «squilibrio di diritti e obblighi» del relativo contratto, della «composizione del fatturato di Soluzioni, realizzato essenzialmente attraverso i servizi resi a Poste Italiane», nonché del «carattere di esclusiva dei rapporti di Soluzioni con Poste Italiane»¹¹⁵.

Secondo l’Autorità, l’abuso della situazione di dipendenza economica è derivato, nel caso di specie, dalla «*imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*» e, più in particolare, dal divieto di trasporto e consegna congiunti di prodotti di Poste Italiane e di terzi, «la cui eventuale inosservanza era sanzionata dal recesso unilaterale e senza condizioni da parte di Poste Italiane»; tale divieto contribuiva a rendere ancora più stringente una situazione di già *sostanziale mono-committenza*, posto che il fat-

responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie, cit. (si veda in partic. l’analisi condotta ai parr. 16 ss.). Nello stesso senso, v. anche P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica (ad vocem)*, cit., par. 8.

¹¹⁰ A539 – *Poste Italiane/ Contratti fornitura servizio recapiti*, Provvedimento n. 29782, in *Boll.*, 32/2021, cit.

¹¹¹ Cfr. ad es. l’analisi svolta dalla stessa AGCM nel recente caso C12333 – *Poste Italiane/Nexive Group* – Provvedimento n. 28497 del 22 dicembre 2020, in *Boll.*, 2/2021 (è tuttavia opportuno specificare che il mercato della fornitura di servizi di corrispondenza risulta particolarmente frammentato e di non sempre agevole ricostruzione: la valutazione di una posizione di generale preminenza e anche dominanza attribuita a Poste Italiane, che è anche il fornitore del Servizio Universale in ambito postale, si colloca difatti all’interno di un’analisi di mercato condotta in relazione all’acquisizione del controllo di Nexive Group da parte di Poste, operazione che attiene, per la parte più rilevante, alla consegna di corrispondenza per utenti di tipo *business*).

¹¹² A539 – *Poste Italiane/ Contratti fornitura servizio recapiti*, Provvedimento n. 29782, in *Boll.*, 32/2021, cit.

¹¹³ A539 – *Poste Italiane/ Contratti fornitura servizio recapiti*, cit., par. I, pt. 1. Cfr. sul punto anche d.lgs. n. 58/2011; per il calcolo del costo netto del servizio postale universale si veda, da ultimo AGCOM, delibera n. 199/21/CONS, del 17 giugno 2021; quanto all’analisi del mercato dei servizi di consegna della corrispondenza ai fini della definizione dei relativi rimedi in ambito regolamentare vedi ancora AGCOM, delibera n. 171/22/CONS, del 30 maggio 2022 (entrambe consultabili sul sito www.agcom.it).

¹¹⁴ A539 – *Poste Italiane/ Contratti fornitura servizio recapiti*, cit., par. I, pt. 2.

¹¹⁵ *Ivi*, cit., par. II.I, pt. 5.

turato di Soluzioni discendeva per circa il 90-95% dai servizi resi per conto di Poste¹¹⁶.

La situazione di dipendenza economica era comprovata inoltre, nel caso di specie, da un forte grado di *identificazione commerciale* dell'immagine di Soluzioni con quella di Poste (derivante dall'uso continuativo di elementi identificativi dei mezzi di trasporto e degli stessi dipendenti di Soluzioni come riconducibili, in sostanza, direttamente a Poste), nonché dal fatto che una parte dell'attività di Soluzioni veniva svolta *direttamente presso i locali di Poste Italiane*¹¹⁷. A questi fattori andavano inoltre ad aggiungersi, secondo l'Autorità, la *lunga durata del rapporto* contrattuale tra le parti (circa 18 anni, senza alcuna soluzione di continuità) e la *consistenza degli investimenti specifici* necessari a garantire il soddisfacimento degli obblighi contrattualmente previsti (stante anche la facoltà di Poste di richiedere, in qualunque momento, variazioni delle forniture sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo)¹¹⁸. La specificità degli investimenti sostenuti era tale da precludere a Soluzioni la possibilità di svolgere analoghe attività nei confronti di altri committenti, anche una volta che il rapporto contrattuale con Poste fosse terminato (e ciò in virtù della sostanziale integrazione tra il compendio aziendale di Soluzioni e quello di Poste).

La combinazione di tali fattori è sfociata, al momento dell'interruzione del rapporto, in un'*assenza di alternative soddisfacenti* reperibili sul mercato per il distributore, anche in ragione della posizione radicalmente diversa delle parti nel mercato di riferimento: Soluzioni operava infatti per lo più in ambito locale e produceva un fatturato che, pur essendo superiore rispetto a quello dei propri concorrenti, rimaneva di gran lunga inferiore se paragonato a quello di Poste Italiane e tale ricostruzione era confermata dal dato di fatto per cui, interrotta la relazione contrattuale con Poste, Soluzioni non ha più realizzato alcun fatturato ed è stata posta in liquidazione¹¹⁹.

Interessante evidenziare che, pur così individuati gli elementi che tipicamente caratterizzano una fattispecie di abuso di dipendenza economica, l'Autorità deduce (quasi *en passant*) che la posizione di Poste Italiane nel mercato di riferimento potrebbe valutarsi altresì in termini di dominanza assoluta, ove si consideri che Poste è configurabile come «*l'operatore primario nell'offerta dei servizi postali considerata nel suo insieme*»¹²⁰. Da tale assunto – tenuto conto da un lato del fatto che Poste ha impedito a Soluzioni di prestare la propria attività a favore di altri operatori postali e, dall'altro, le ha precluso la possibilità di operare direttamente in concorrenza con Poste a livello locale, decretandone l'esclusione dal mercato di riferimento – potrebbe derivarsi la conclusione che nella condotta osservata sarebbe stato possibile ravvisare anche i caratteri di un abuso di posizione dominante classico sotto forma di *abuso escludente*, avuto riguardo in particolare alle attività che Soluzioni avrebbe potuto, astrattamente, svolgere in concorrenza con Poste Italiane. Tale ipotesi sembrerebbe avvalorata anche da alcuni documenti ispettivi, dai quali parrebbe evincersi che, prima della gara del 2012¹²¹, Poste avrebbe consape-

¹¹⁶ *Ivi*, par. V.III, pt. 293 ss.

¹¹⁷ *Ivi*, par. V.II, 6, pt. 269 ss.

¹¹⁸ *Ivi*, par. V.II, 1, 2 e 5, pt. 244 ss. e 263 ss.

¹¹⁹ *Ivi*, par. V.II, 8, pt. 283 ss.

¹²⁰ *Ivi*, par. III, lett. a), p. 25 ss.

¹²¹ In seguito al processo di liberalizzazione del settore dei servizi postali, il rapporto tra Soluzioni e Poste è stato disciplinato dapprima da contratti strutturati in forma di *partnership* e,

volmente deciso di non internalizzare i lotti successivamente affidati a Soluzioni, tale scelta disvelando anche un “intento anti-concorrenziale”: dai documenti interni reperiti dall’Autorità nel corso di ispezioni risulterebbe infatti che la decisione sarebbe stata assunta proprio al fine di evitare il rischio (tipicamente “concorrenziale”) che Soluzioni, interrotto il rapporto con Poste a seguito dell’internalizzazione delle attività, potesse “aggredire il mercato” locale di riferimento, operandovi in modo autonomo o come subfornitore di un operatore concorrente ¹²².

In sostanza, a quanto parrebbe, le condotte analizzate dall’Autorità sotto la *species* di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale avrebbero potuto astrattamente integrare *anche* una fattispecie di abuso escludente ex art. 102 TFUE.

Una tale evenienza – a sommosso avviso di chi scrive – renderebbe applicabili, in via alternativa, entrambe le discipline, lasciando allora all’Autorità la facoltà di scegliere, *discrezionalmente* ¹²³, quale delle due sia *preferibile, in concreto*, attivare (ad esempio in virtù di possibili difficoltà di prova della posizione dominante o anche solo per la maggiore snellezza concettuale – e di riflesso anche istruttoria e procedurale – del procedimento di abuso di dipendenza economica rispetto alla complessità di accertamenti e adempimenti che tipicamente connota quello di abuso di posizione dominante “classico”).

9. *Segue. Il rapporto tra giudizio civile e accertamento amministrativo davanti all’AGCM: l’eccezione di “ne bis in idem”*

Un ulteriore, interessante profilo che emerge dal caso Poste attiene al rapporto tra giudizio civile e procedimento amministrativo davanti all’AGCM.

Come già osservato in premessa, le controversie che discendono dall’abuso di dipendenza economica, quando traggono origine dalle vicende di un *singolo* rapporto negoziale, appartengono tendenzialmente alla cognizione del *giudice civile*; la competenza dell’Autorità tende invece a emergere, come s’è visto, in presenza di altri fattori, quali ad es. l’astratta ripetitività di applicazione (in un numero indefinito o comunque elevato di casi) del regolamento contrattuale caratterizzato dall’eccessivo squilibrio dei diritti e obblighi (v. in questo senso i casi esaminati relativi ai rapporti di *franchising* e alla distribuzione commerciale in senso verticale), ovvero in presenza di una qualche rilevanza in sé delle condotte relative alla singola vicenda negoziale ai fini della tutela della concorrenza e del mercato in senso più generale (paradigmatico, in questa diversa prospettiva, appunto il caso Poste).

Ebbene, va riferito a questo riguardo che, nel caso di specie, il segnalante aveva già azionato un rimedio di *private enforcement* dinanzi al giudice ordinario in ordine alle *medesime condotte*, prima di rivolgersi anche all’AGCM.

successivamente, da accordi quadro sottoscritti a esito dell’aggiudicazione di gare con chiamata da albo fornitori bandite da Poste Italiane.

¹²² A539 – *Poste Italiane/contratti fornitura servizio recapiti*, cit., V.III, pt. 331 (che richiama il precedente pt. 143 e il contenuto dei documenti acquisiti in sede ispettiva).

¹²³ Riconosce amplissima discrezionalità all’AGCM nella scelta degli strumenti di tutela della concorrenza ritenuti più opportuni nella singola fattispecie Cons. Stato, sez. VI, sentenza 12 aprile 2017, n. 1708.

A fronte della (successiva) instaurazione del procedimento di fronte all'Autorità e all'avvio del procedimento ai sensi del comma 3-bis dell'art. 9 legge 192/98, Poste Italiane ha eccepito la «violazione del principio del *ne bis in idem*»¹²⁴, ritenendo in sostanza che i due rimedi, quello di *private* e quello di *public enforcement*, non potessero esperirsi cumulativamente e contemporaneamente, stante la (almeno parziale) sovrapposibilità dei profili rilevanti nei due ambiti di cognizione. Secondo Poste, infatti, i procedimenti mirerebbero entrambi – in un'identità sostanziale di *petitum* – al medesimo effetto di *cessazione della condotta vietata* e sarebbero altresì caratterizzati dalla stessa *causa petendi* (nell'atto di citazione dinanzi al giudice ordinario Soluzioni avrebbe in sostanza dedotto quale presupposto dell'abuso le medesime condotte che avrebbe riproposto poi nella successiva segnalazione all'AGCM)¹²⁵.

La decisione appare interessante sul tema dei rapporti tra *private* e *public enforcement* perché l'Autorità si è espressa sul punto, disattendo l'eccezione proposta da Poste e richiamando la teoria (sopra definita) del “doppio binario”, illustrata in premessa. Secondo l'Autorità, infatti, i due procedimenti (quello amministrativo per i casi a rilievo concorrenziale; e quello giudiziale davanti al giudice ordinario, per i casi a rilievo solo negoziale e *inter partes*), offrendo due modalità di tutela *concorrenti* e non anche *alternative*, potrebbero correre parallelamente, in ragione della *diversità degli interessi tutelati* (interesse meramente privatistico, nella controversia dinanzi al giudice ordinario; interesse pubblicistico, di tutela della concorrenza e del mercato, nel procedimento dinanzi all'Autorità), posto che l'interesse generale viene a ricevere una protezione soltanto eventuale e indiretta attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela di tipo meramente civilistico¹²⁶.

A conforto di tale ricostruzione l'Autorità invoca anche una pronuncia del Consiglio di Stato (già sopra richiamata)¹²⁷, che da un lato riconosce la configurabilità di una situazione di *diritto soggettivo* “pieno” del privato che agisce per ottenere il risarcimento del danno, in sede civile, derivante da abuso di dipendenza economica, sostenendo che ha invece diversa consistenza l'*interesse* che il privato esercita quando chiede l'intervento dell'Autorità affinché questa eserciti correttamente la propria “funzione punitiva” (tale interesse, per quanto giuridicamente rilevante e suscettibile di autonoma tutela, non sarebbe infatti mai paragonabile alla situazione di diritto soggettivo pieno azionata in sede privatistica¹²⁸).

¹²⁴ Sui fondamenti euro-unitari di tale principio si veda l'interessante studio (condotto sotto il diverso profilo rispetto a quello qui considerato del concorso tra disciplina antitrust e norme di regolazione settoriale), di M. CAPPAL-G. COLANGELO, *A Unified Test for the European Ne Bis in Idem Principle: The Case Study of Digital Markets Regulation* (Working Paper, pubblicato online in data 27 ottobre 2021, reperibile alla pagina <https://ssrn.com/abstract=3951088>).

¹²⁵ A539 – *Poste Italiane/contratti fornitura servizio recapiti*, cit., IV.I, 1, pt. 182 e nota 204.

¹²⁶ A539 – *Poste Italiane/contratti fornitura servizio recapiti*, cit., V.I, A), pt. 229 ss.

¹²⁷ Cons. Stato, sez. VI, sentenza 22 settembre 2014, n. 4773, cit.

¹²⁸ Cons. Stato, sez. VI, sentenza 22 settembre 2014, n. 4773, cit.: «*Gli strumenti di public enforcement svolgono una funzione tipicamente 'punitiva' ed 'afflittiva' e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati. La pretesa del privato al corretto esercizio di tale funzione 'punitiva', per quanto costituisca, come anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di evidenziare, un interesse giuridicamente rilevante, non ha, tuttavia, la consistenza e la pienezza del diritto soggettivo che il privato vittima di specifiche condotte anticoncorrenziali può far valere, con l'azione di risarcimento del danno, dinanzi al giudice civile, attivando, appunto, gli strumenti di private enforcement. Si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, co-*

Ma l'Autorità prosegue il proprio ragionamento affermando altresì che non potrebbe ravvisarsi alcuna violazione del principio del *ne bis in idem* perché non ne ricorrerebbero i presupposti neppure in astratto, non essendovi identità della condotta e dell'interesse protetto ("non si ha identità della condotta, in quanto la condotta imputabile in applicazione dell'articolo 9 legge n. 192/1998 deve prevedere anche un pregiudizio per la concorrenza e non si ha anche identità dell'interesse protetto in ragione delle differenti finalità degli interventi del Giudice Ordinario e dell'Autorità, rispettivamente diretti come sopra evidenziato alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e alla tutela della concorrenza e del mercato, non indirizzate quindi a proteggere «*the same legal asset*»"), né identità dell'oggetto di accertamento e duplicazione della sanzione («oggetto dell'accertamento del Giudice Ordinario è la sussistenza di una situazione di dipendenza economica e che un'impresa ne abusi, con la conseguente previsione del risarcimento del danno per l'impresa abusata. Tale rimedio non ha una funzione punitiva ma compensativa della lesione derivante dall'illecito. Diversamente, l'accertamento dell'Autorità – ovvero sia la verifica della sussistenza di una condotta di abuso di dipendenza economica avente un'incidenza sulla concorrenza nel mercato di riferimento – porta all'irrogazione di una sanzione pecuniaria con una funzione punitiva, afflittiva e deterrente»)¹²⁹.

A rigore, vi è da osservare al riguardo che il divieto di *bis in idem* trae origine dal diritto penale e postula in senso proprio il rischio di assoggettamento a una duplice "*pena*" (sia essa strettamente penale o, nell'elaborazione successiva, amministrativa ma alla prima assimilabile, com'è espressamente riconosciuto per le sanzioni irrogate ad esito di procedimenti antitrust); e tuttavia nessuna delle pretese astrattamente azionabili in sede civile (di accertamento, di inibitoria, anche cautelare o risarcitoria) porterebbe all'inflizione di una "*pena*" nel senso appena diviso.

Può inoltre evidenziarsi che, ai fini del superamento dell'eccezione di *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE, l'AGCM richiama una giurisprudenza che guarda all'*idem crimen* ("*the same legal asset*") e non, invece, all'*idem factum*: tale orientamento¹³⁰ è stato però, nel frattempo, superato in ambito euro-unitario¹³¹.

In ogni caso, sembra lecito concludere che un'eccezione di *ne bis in idem* appare non configurabile riguardo al rapporto tra *private* e *public enforcement*, sicché occorre pensare piuttosto a due piani di tutela che restano, in sostanza,

munque, su piani autonomi e distinti). Tale distinzione si rafforza ulteriormente di fronte al riconoscimento anche sul piano normativo della piena discrezionalità dell'Autorità nel rispondere o meno alle segnalazioni ricevute, in relazione alle "priorità di intervento" che essa stessa, di volta in volta, definisce (v. ancora art. 12, comma 1-ter legge 287/90, introdotto dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185).

¹²⁹ Le parti in virgolettato sono tratte da A539 – *Poste Italiane/contratti fornitura servizio recapiti*, cit., V.I., A), pt. 232.

¹³⁰ Enunciato dalla Corte di Giustizia, sez. V, sentenza 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland*, C-204/00 P e a. (ivi § 338) e Corte di Giustizia, Grande Sezione, 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba* (§§ 81-83 e 97).

¹³¹ Da Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 marzo 2022, *bPost*, C-117/20 (§§ 33-35) e *Nordzucker*, C-151/20 (§§ 38-40). Inoltre, sulla base di tali decisioni, il *ne bis in idem* europeo troverebbe applicazione solo quando i due procedimenti "puntivi" fossero istruiti sulla base del diritto europeo o di una legge nazionale che recepisce il diritto europeo. Per maggiori approfondimenti sul punto si veda ad es. lo studio di M. CAPPAL-G. COLANGELO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in *Giustizia insieme*, del 13 aprile 2022.

autonomi¹³², pur potendo avere – evidentemente – momenti e profili di reciproca interferenza.

PARTE TERZA

10. Le prospettive applicative (e qualche ulteriore riflessione)

I casi sin qui esaminati testimoniano indubbiamente un crescente interesse intorno alla figura dell'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale e confermano altresì, dopo quasi vent'anni di inerzia, il concreto e continuativo esercizio dei poteri di *public enforcement* affidati all'AGCM.

Se si osservano i fattori comuni rilevabili nei casi considerati, è possibile notare come risultino maggiormente ricorrenti alcune figure contrattuali (in particolare il *franchising* e i contratti di distribuzione verticale), che sembrano presentare alcune caratteristiche tipologiche simili.

Impiegando una semplificazione lessicale a fini puramente descrittivi, assume particolare rilievo in questo senso il potere di predisposizione unilaterale (da parte dell'impresa "forte") e la successiva capacità di imposizione (alle imprese "deboli") di clausole contrattuali standard e non negoziabili, che risultano "abusivo" (della dipendenza economica dell'impresa più debole) in quanto particolarmente gravose o ingiustificatamente sproporzionate nel sinallagma tra diritti e obblighi delle parti.

L'esame casistico consente altresì di tornare su alcuni dei profili sollevati nella parte prima del presente studio, per verificare le conclusioni ivi anticipate e per offrire qualche ulteriore spunto di riflessione.

10.1. Inquadramento della fattispecie di cui al comma 3-bis: il requisito della "rilevanza concorrenziale" e la natura dell'azione risarcitoria conseguente all'accertamento in sede amministrativa

In primo luogo, per quanto sin qui osservato, sembra lecito ritenere che la fattispecie di cui al comma 3-bis dell'art. 9 l. subf. configura a tutti gli effetti una disposizione che, al di là della collocazione, viene a integrare il cassetto degli attrezzi e delle figure tipiche del diritto della concorrenza suscettibili di *public enforcement*¹³³, affidate per questo all'applicazione in via amministrativa dell'AGCM, per ragioni d'interesse generale connesse al corretto funzionamento dei mercati, in una prospettiva di concorrenza dinamica, peraltro in coerenza con una più generale linea evolutiva rintracciabile in questo senso nell'ordinamento, non solo nazionale, di contrasto anche per via amministrativa del potere privato¹³⁴.

¹³² A meno che non si versi nel caso dell'azione di tipo *follow-on*, nei termini sopra descritti.

¹³³ In questo senso sono anche le conclusioni dell'ampio studio condotto in merito da S. LEE, *A Theoretical Understanding of Abuse of Economic Dependence in Competition Law*, working paper, cit.

¹³⁴ Negli stessi termini, da ultimo, e con espresso riferimento alla disposizione di cui al comma 3-bis qui in commento v. in particolare M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., in partic. p. 907 ss.

In questo senso, e a conferma di questa conclusione, deve rimarcarsi che la fattispecie tipica di cui al comma 3-*bis* presenta un elemento differenziale rispetto a quella “comune”, affidata alla competenza del (solo) giudice ordinario, che lo stesso legislatore individua nell’attitudine della vicenda di abuso ad assumere anche una «rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato».

In sostanza, alla competenza generale del giudice civile si affianca quella amministrativa dell’AGCM per i soli casi d’interesse generale, nei quali sia appunto ravvisabile una rilevanza *anche concorrenziale* della vicenda.

A tale riguardo vale tuttavia la pena di notare come l’abuso di dipendenza economica, nella casistica esaminata, venga ad assumere una rilevanza anche concorrenziale laddove risulti che le condizioni contrattuali inique siano state applicate in maniera ripetitiva e indiscriminata – secondo uno schema prestabilito e tendenzialmente indifferente alle peculiarità del rapporto con il singolo contraente – a un numero elevato di controparti, prive di potere negoziale rispetto alla parte “forte” del rapporto (è quanto si ricava *expressis verbis* ad es. dal provvedimento finale adottato dall’Autorità del caso McDonald’s)¹³⁵; ovvero quando la vicenda di abuso abbia di per sé una rilevanza concorrenziale, per la dimensione e la posizione delle parti¹³⁶. Infatti, come si è visto nell’analisi che precede, l’Autorità ha ritenuto che la rilevanza anche concorrenziale della fattispecie abusiva possa derivare anche dalla combinazione di svariati fattori, quali l’attitudine della condotta ritenuta abusiva a essere replicata in un numero elevato di casi, la sua reiterazione nel tempo, il numero delle imprese coinvolte e danneggiate nonché la posizione detenuta dall’impresa che pone in essere l’abuso nel mercato di riferimento (pur non essendo la “posizione dominante” in senso stretto prerequisito applicativo della fattispecie): come è stato segnalato in premessa, sarebbe la combinazione di siffatti elementi a far sì che gli effetti del regolamento contrattuale iniquo o sbilanciato si propaghino sul mercato di riferimento, trascendendo il singolo rapporto e creando elementi di preoccupazione dal punto di vista anche concorrenziale.

E tuttavia la definizione degli elementi costitutivi della *rilevanza anche concorrenziale* della fattispecie pecca ancora, fors’anche per lo stadio ancora embrionale di questa prima prassi applicativa, di un sufficiente grado di prevedibilità e certezza giuridica e non sembra ancora identificata, con la dovuta chiarezza concettuale, la linea di demarcazione tra i casi meritevoli di un intervento di *public enforcement* e quelli, invece, di pertinenza del solo giudice civile.

In questa prospettiva, un primo fattore distintivo che sembra emergere dai casi sinora decisi e che merita di essere segnalato è nel senso appunto di distinguere le vicende solo singolari da quelle, invece, che abbiano carattere uniforme e generalizzato e suscettibili dunque di reiterazione in un numero ampio (o indeterminato) di casi¹³⁷; mi pare, questo, un elemento ricostruttivo corretto e che va nella giusta direzione, anche se non sufficiente, atteso che la rilevanza concorrenziale dell’abuso dovrebbe necessariamente tradursi, altresì, in un’*alterazione apprezzabile* della struttura e/o delle dinamiche competitive dei mercati interessati.

¹³⁵ Cfr. AGCM, A 546 – *Franchising di McDonald’s (accettazione impegni)*, provvedimento del 14 giugno 2022, n. 30199, cit. (in partic. pt. 50).

¹³⁶ Così è, ad es., per i casi Wind Tre e Poste, sopra esaminati.

¹³⁷ Così AGCM, A 546 – *Franchising di McDonald’s (accettazione impegni)*, provvedimento del 14 giugno 2022, n. 30199, cit., in partic. pt. 50.

In questa logica, sembra andare altresì nella giusta direzione e merita senz'altro di essere acquisito e valorizzato anche un altro elemento che emerge dall'analisi casistica, laddove il rilievo concorrenziale della fattispecie è stato desunto e ancorato (in positivo o in negativo) ai suoi effetti sulla concorrenza *intra-brand* e, soprattutto, *inter-brand*.

Ma il giudizio in ordine al "rilievo concorrenziale" dell'abuso di dipendenza economica presuppone anche – e mi pare necessariamente – una valutazione *sugli effetti* della condotta in termini di concorrenza dinamica, da misurare (allora) anche con il soccorso e secondo i parametri propri dell'analisi economica¹³⁸. In questo senso occorrerà dunque vagliare *in termini obiettivi* la fattispecie, considerando anche, allora, gli eventuali *guadagni di efficienza* derivanti dalle condotte e tenendo altresì presente che in molti casi essere dipendente (da un'altra impresa) può essere anche "comodo" (sotto il profilo soggettivo o inter-soggettivo, del rapporto consolidato tra le parti), ma non anche efficiente in un'ottica complessiva d'interesse generale¹³⁹ (se l'impresa dipendente sa, ad es., che l'intera sua produzione verrà assorbita da un unico acquirente, essa non avrà plausibilmente particolari stimoli a investire e a innovare, creando nuovi prodotti per soddisfare nuovi e diversi mercati e acquirenti); e che un mercato basato in modo strutturale su relazioni di dipendenza potrebbe risultare complessivamente meno efficiente e innovativo di un mercato connotato invece dalla presenza di più imprese indipendenti.

Se questo è vero, ne viene – almeno in linea di prima approssimazione – che una certa condotta (ad esempio di riorganizzazione aziendale, che porti a una diversa valutazione dell'assetto produttivo o distributivo ottimale e di conseguenza a internalizzare ciò che era stato prima esternalizzato) potrebbe essere contraria alla buona fede contrattuale (e dunque censurabile sul piano privatistico), anche per i tempi e i modi in cui la decisione viene portata a conoscenza dell'impresa dipendente o per i tempi e le condizioni della sua attuazione, ma potrebbe essere invece efficiente (e allora non censurabile, o comunque non necessariamente censurabile) sul piano del funzionamento complessivo del mercato rilevante, anche per le positive ricadute che essa potrebbe avere sui mercati contigui (a monte o a valle) e/o, in ultima istanza, per i consumatori finali¹⁴⁰. In generale potrebbe dirsi che la situazione di dipendenza economica attenua l'autonomia e la capacità competitiva dell'impresa dipendente e, con essa, correlativamente, anche il grado complessivo di concorrenza e di efficienza di un mercato.

In sostanza: i due piani – quello della valutazione in termini privatistici e quello della valutazione della sua rilevanza concorrenziale, nell'ottica del *public enforcement* – sembrano distinti, sono certamente correlati, ma vanno valutati autonomamente, secondo principi e criteri propri e non necessariamente coincidenti.

¹³⁸ In senso conforme, adesso, anche A. PEZZOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Analisi economica di un ibrido?*, cit., *passim*; evidenzia le perdite di efficienza e di benessere complessivo legate alle relazioni tra imprese connotate da una strutturale dipendenza economica già C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., in partic. p. 41 ss.

¹³⁹ Uno spunto in questo senso è già in M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., alla fine del par. 6.

¹⁴⁰ Su questi profili si vedano anche i rilievi di A. PEZZOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Analisi economica di un ibrido?*, cit. e l'analisi svolta in P. BOUGETTE-O. BUDZINSKI-F. MARTY, *Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn From an Industrial Organization Approach?*, cit., p. 261 ss.

Inoltre, come logico corollario della riconduzione della fattispecie di cui al comma 3-*bis* alla materia “tutela della concorrenza e del mercato” in senso stretto, secondo gli obiettivi propri degli articoli 101 e 102 TFUE, per tutte le ragioni di carattere testuale, funzionale e sistematico già sopra evidenziate (che qui per brevità si richiamano senza ripetere) l’azione di risarcimento conseguente all’accertamento in sede amministrativa di una condotta abusiva di una dipendenza economica va ascritta alla categoria delle azioni di tipo *follow-on*, secondo lo schema processuale tipizzato dall’art. 7 del d. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, di recepimento della direttiva 2014/104/UE.

10.2. Distinzione tra dipendenza economica e (suo) abuso

Fermo quanto sopra precisato in ordine all’inquadramento della norma, alla sua applicazione in sede amministrativa per i casi di riconosciuto interesse generale e alla qualifica del successivo giudizio azionato in sede civile per il risarcimento dei danni conseguenti, a sommosso avviso di chi scrive una particolare attenzione occorrerà prestare, nella riflessione scientifica e nella prassi applicativa, alla – tutt’altro che netta – distinzione tra ciò che configura “dipendenza economica” e ciò che ne costituisce, invece, sfruttamento “abusivo” (dunque illecito), posto che solo il secondo è vietato dall’ordinamento.

Quest’opera di individuazione della sottile (in molti casi) linea di confine tra un comportamento lecito e uno, invece, illecito assume particolare importanza e delicatezza proprio in quelle diffuse situazioni nelle quali la condizione di “dipendenza” appare in qualche modo connaturale al tipo di relazione contrattuale che si instaura tra le parti (si pensi, in questo senso, proprio al contratto di *franchising* e alle altre tipologie di contratti di distribuzione verticale, che pur creando tipicamente situazioni di dipendenza in capo all’impresa che opera a valle non sono certo da condannare in sé, evidentemente, e anzi hanno spesso una valenza anche direttamente pro-competitiva). Occorrerà in sostanza attenzione e prudenza nel non bollare come di per sé “abusive” clausole contrattuali che, pur creando situazioni di “dipendenza”, risultino essenziali e connaturali al tipo contrattuale, laddove il giudizio di *abusività* della condotta dovrà guardare, piuttosto, all’equilibrio *complessivo* dei diritti e poteri attribuiti alle parti dal contratto e alle *concrete modalità* di attuazione del rapporto, anche – e forse soprattutto – nelle implicazioni di *sostenibilità economica* della relazione (e/o e della sua cessazione) per la parte “debole”.

10.3. Abuso di dipendenza economica e contratto

Sotto altro profilo, occorre ancora notare che – in linea con quanto si era anticipato – i casi esaminati sembrano altresì confermare che la fattispecie dell’abuso di dipendenza economica non sorge soltanto – e necessariamente – nel contesto di un regolamento contrattuale già formalizzato tra le parti: in alcuni dei casi osservati emerge infatti piuttosto nitidamente che una situazione di eccessivo squilibrio di potere negoziale e, di conseguenza, di dipendenza economica suscettibile di abuso è stata riscontrata dall’Autorità anche in una fase *antecedente* a quella propriamente contrattuale (si ricordi ad esempio, in questa prospettiva, l’imposizione di investimenti specifici da sostenere quale pre-requisito per candidarsi alla successiva sottoscrizione del contratto); e la capacità di imporre, alla controparte “debole”, un regolamento contrattuale sbilanciato, iniquo o anche incompleto ne diventa condizione rivelatrice. In tali

ipotesi non è l'*esecuzione del contratto* (e, dunque, la natura asseritamente sbilanciata delle relative clausole) a integrare la fattispecie di abuso della dipendenza economica. L'illecito sembra infatti perfezionarsi in una fase antecedente a quella della costituzione del rapporto negoziale, talora anche a quella di conclusione formale del contratto, quando cioè questo ancora "non è tale", almeno tra le parti: il contraente "forte", in virtù della propria posizione di dominanza ("relativa" o "assoluta" che sia), si dimostra infatti capace di indurre il contraente debole ad accettare un regolamento contrattuale obiettivamente e platealmente a sé sfavorevole; e il contraente debole, pur essendo consapevole di andare a occupare, nel rapporto contrattuale, una posizione sbilanciata di materiale soggezione, tenderà nondimeno ad accettarne i termini, in assenza di alternative adeguate (effettivamente reperibili sul mercato di riferimento a condizioni economicamente sostenibili).

Va inoltre rimarcato, a conferma dell'incidenza diffusa del problema del *metus* (a contestare l'abuso di dipendenza economica in costanza di rapporto)¹⁴¹, che anche nei casi di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale la richiesta di intervento all'Autorità ha avuto spesso origine da ex-affiliati e ex distributori, ossia da soggetti che, avendo già "perso" il rapporto contrattuale, non avevano più nulla da perdere nel ricorrere agli strumenti di tutela (privatistici o pubblicistici) apprestati dall'ordinamento, a fini inibitori, risarcitori o sanzionatori.

10.4. Posizione dominante e dipendenza economica: assonanze e distinzioni

Altro spunto interpretativo che merita di essere evidenziato nella casistica considerata è quello della possibile duplicazione delle discipline applicabili nei casi in cui l'impresa che pone in essere l'abuso (di dipendenza economica) detenga anche una posizione di rilievo assoluto nel mercato di riferimento, qualificabile (allora) in termini di dominanza ai sensi dell'art. 102 TFUE (e art. 3 legge n. 287/90). Ciò implica la necessità di prendere logicamente in considerazione l'astratta sovrapposibilità tra la figura dell'abuso di dipendenza economica (a rilevanza concorrenziale) e quella – una volta accertati i relativi requisiti ex art. 102 TFUE – dell'abuso di posizione dominante.

In questo senso, se sul piano normativo e teorico le due fattispecie sono diverse (basti pensare in questo senso al mancato riconoscimento della fattispecie relativa all'abuso di dipendenza economica nell'ordinamento euro-unitario) e devono pertanto restare a mio avviso logicamente distinte, anche in ragione delle peculiarità che le contraddistinguono (e si pensi a tal riguardo a quanto sopra osservato circa la possibile intrinseca inefficienza, secondo logiche squisitamente concorrenziali, di rapporti tra imprese fondati strutturalmente su relazioni di dipendenza), sul piano pratico, e specialmente nei rapporti di tipo verticale, esse tenderanno inevitabilmente a confondersi e a sovrapporsi, almeno in parte, posto che una definizione funzionale più ristretta del *mercato rilevante* (sul quale apprezzare gli effetti della condotta) può in sostanza condurre a identificare nella medesima vicenda i requisiti costitutivi di entrambe le fattispecie.

Ne discende che, specie in questi casi, la decisione su quale delle due di-

¹⁴¹ Su cui vedi le considerazioni più ampiamente svolte di recente da V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 78 ss.

discipline sia più opportuno attivare al fine di garantire una più efficace tutela delle parti contrattuali “deboli”, del mercato in sé considerato e, in ultima istanza, degli interessi dei consumatori che vengano a subire, in via anche solo indiretta, gli effetti negativi di tali condotte abusive (ad es. in termini di maggiori costi ribaltati sull’acquirente finale del bene o del servizio) costituisce valutazione che appare connotata da elementi di forte discrezionalità (che probabilmente sfugge, in questi termini, al sindacato giurisdizionale).

E tuttavia, come pure s’era anticipato, la titolarità di una posizione dominante non costituisce requisito costitutivo della fattispecie dell’abuso di dipendenza economica di cui al comma 3-*bis* dell’art. 9 e, specularmente, una posizione di rilievo nel mercato di riferimento suscettibile di creare una dipendenza economica in capo ad altra impresa non è necessariamente sinonimo di dominanza assoluta sul mercato rilevante, secondo i canoni tradizionali di analisi tipici del diritto antitrust.

10.5. Gli spazi applicativi dell’abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale

In tutte quelle ipotesi che si pongono, senza superarlo, al confine tra le due fattispecie, l’abuso di dipendenza economica “a rilevanza concorrenziale” potrebbe rappresentare un valido strumento cui ricorrere per completare e arricchire l’armamentario, ritenuto da taluni insufficiente o incompleto¹⁴², del diritto antitrust in senso stretto, a patto che l’intervento resti limitato alle vicende d’interesse generale (nel senso sopra diviso).

Tale disciplina potrebbe difatti essere considerata come una modalità alternativa per perseguire condotte che, seppur rilevanti da un punto di vista concorrenziale, non presentino tutti i requisiti costitutivi dell’abuso di posizione dominante (individuale o collettivo) o non rivelino chiare evidenze di accordi restrittivi illeciti (sicché non sarebbe azionabile alcuno strumento a tutela della struttura concorrenziale del mercato), senza dover ricadere nell’assurdo logico, talora paventato (anche in giurisprudenza) di dover presumere l’esistenza di un “accordo” illecito, spesso di tipo verticale, tra “carnefice” e vittima¹⁴³.

In tale prospettiva, la fattispecie in esame potrebbe trovare naturale applicazione nei confronti di quelle imprese che, pur non essendo dominanti in senso assoluto, siano comunque in grado di determinare, in virtù della posizione di rilievo (o verticale) detenuta nel mercato di riferimento, effetti negativi sul corretto dispiegarsi della concorrenza dinamica; e in tutti quei casi in cui la definizione del mercato rilevante necessaria per il riconoscimento di una dominanza di tipo assoluto appaia incerta o contestabile.

Come si è visto, appare infatti confermata da plurimi e convergenti elementi, logici e testuali, la tesi secondo cui l’abuso di dipendenza economica “a rilevanza concorrenziale” di cui al comma 3-*bis* dell’art. 9 sia funzionale, sul piano obiettivo, alla tutela del mercato e della correttezza del processo competitivo

¹⁴² Tra i tanti, e con specifico riferimento alla disciplina dell’abuso di dipendenza economica, v. ad es. G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 5 ss.

¹⁴³ Un’interessante rassegna ragionata delle “acrobazie comunitarie” volte a supplire all’inesistenza di una norma generale repressiva dell’abuso di dipendenza economica, ricorrendo allora alla “forzatura” delle fattispecie tipiche del diritto antitrust è, ad es., in G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit. (spec. p. 121 ss.).

che in esso quotidianamente si svolge, condividendo con il diritto antitrust obiettivi, strumenti e metodologie di tutela¹⁴⁴, anche quanto ai procedimenti esperibili e ai rimedi utilizzabili. Se così è, gli spazi di intervento dell'AGCM a tutela delle dinamiche concorrenziali attraverso lo strumento dell'abuso di dipendenza economica a rilievo concorrenziale sono davvero notevoli, in particolare nei nuovi mercati del mondo digitale e in tutte le altre situazioni nelle quali il potere negoziale risulti saldamente nelle mani di uno o più soggetti determinati e non siano però ravvisabili i presupposti della dominanza assoluta secondo i canoni tradizionali del diritto antitrust (l'art. 33 della legge 118/2022 va, non a caso, proprio in questa direzione, agevolando il compito delle autorità di tutela della concorrenza attraverso la previsione di una *presunzione di dipendenza*¹⁴⁵, peraltro di non agevole confutazione).

Sotto altro profilo, al (forse inizialmente temuto e per certi versi comprensibile) rischio di sovraccarichi organizzativi e di un impegno eccessivo e potenzialmente ingestibile (in base alle risorse e all'organico disponibile dell'Autorità) risponde oggi, sul piano anche normativo (peraltro positivizzando un principio già riconosciuto dal giudice amministrativo), la norma di cui al novellato art. 12, comma 1-*ter* della legge 287/90, in base al quale «l'Autorità ha il potere di definire le priorità di intervento ai fini dell'applicazione della presente legge e degli articoli 101 e 102 del TFUE», con la conseguenza che essa «può non dare seguito alle segnalazioni che non rientrino tra le proprie priorità di intervento»¹⁴⁶; e le considerazioni già svolte in ordine alla riconducibilità del *public enforcement* dell'abuso di dipendenza economica di cui al comma 3-*bis* alla *funzione tipica* del diritto antitrust (di «tutela della concorrenza e del mercato», secondo il lemma utilizzato dalla stessa disposizione normativa) inducono a ritenere che tale principio ben possa applicarsi anche ai casi di abuso di dipendenza economica a potenziale rilievo concorrenziale portati all'attenzione dell'Autorità. Sarà quest'ultima, in definitiva e in coerenza con le proprie priorità di intervento, a scegliere se dare o meno alla vicenda di abuso di dipendenza economica un rilievo concorrenziale tale da giustificare l'avvio di un procedimento di *public enforcement*.

Il che però rischia di sollevare, in conseguenza, un tema di non poco conto, in ordine al termine entro il quale l'Autorità debba avviare i procedimenti istruttori, una volta ricevuta la segnalazione di parte. Infatti, secondo la giurisprudenza più recente¹⁴⁷, in assenza di una disciplina *speciale*¹⁴⁸ l'Autorità sareb-

¹⁴⁴ Così anche M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., in partic. p. 900 ss.

¹⁴⁵ Per la *ratio* di tale previsione, almeno nell'intento del legislatore storico, si vedano le considerazioni svolte da V. FALCE, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, cit., in partic. p. 197 ss.

¹⁴⁶ Comma aggiunto dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, di recepimento della direttiva UE 1/2019, cit.

¹⁴⁷ Cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza 28 febbraio 2022, n. 2302, espressione dell'orientamento più aperto e progressista, in contrasto con l'approccio più rigoroso sostenuto da altri Collegi della medesima sezione (si rinvia, per brevità, all'esautiva ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali operata nella medesima sentenza).

¹⁴⁸ Come è ad es. quella recata dalla Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411, «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie», ove si dispone che l'istruttoria venga aperta entro 180 giorni dalla ricezione della richiesta di intervento. Come noto, il d.P.R. n. 217/1998, che regola i procedimenti in materia di antitrust, non reca invece alcuna indicazione di termini entro cui proce-

be tenuta a osservare il termine (generale) di 90 giorni previsto dall'art. 14, comma 2, della legge 689/1981. E tuttavia tale termine viene usualmente considerato non strettamente perentorio e, soprattutto, come decorrente (non dalla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile, ma) dalla piena conoscenza della condotta, in tutti i connotati necessari a formulare compiutamente la contestazione; e questo, specie per le situazioni di dipendenza economica a minore rilevanza generale ovvero di ambito (materiale e/o territoriale) più ristretto, potrebbe rischiare di lasciare per tempi non brevi nel limbo del dubbio le decisioni da assumere in ordine all'avvio dei relativi procedimenti, generando, nel mentre, una situazione di incertezza giuridica.

10.6. La complementarità tra *private* e *public enforcement* ai fini dell'effettività della tutela

La repressione in sede amministrativa dell'abuso di dipendenza economica sembra dunque presentare caratteristiche peculiari, che possono tuttavia contribuire a renderla sinergica e complementare a quella assicurata sul piano privatistico, aumentando il livello complessivo della tutela effettivamente riconosciuta dall'ordinamento.

A tale riguardo si riferiva in premessa della diffusa ritrosia ad ammettere che il giudice possa ricondurre il regolamento contrattuale "abusivo" di una dipendenza economica a equità, modificando le clausole valutate come fonti dell'eccessivo squilibrio nei diritti ed obblighi delle parti con proprie determinazioni "sostitutive" (la legge si limita infatti a comminare la "nullità" del "patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica"): dichiaratane la nullità, le clausole in cui l'abuso si manifesti o realizzi perderanno efficacia, a tutela della parte debole del rapporto¹⁴⁹, ma il contratto resterà per l'effetto monco, e forse anche inutile e non più applicabile, non potendo il giudice – almeno secondo le tesi prevalenti e che mi paiono condivisibili – "riscriverne" anche il contenuto, sostituendo le condizioni economiche e contrattuali ritenute "inique" con altre reputate "sufficientemente equilibrate"¹⁵⁰.

dere alla contestazione dei relativi addebiti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza 21 gennaio 2020, n. 512).

¹⁴⁹ Ormai pacifica la riconduzione di tale nullità alla categoria delle cd. "nullità di protezione" (cfr. ad esempio G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Giuffrè, Milano, 2005 o P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica (ad vocem)*, cit., par. 7; ma vedi anche la ricostruzione operata da ultimo da V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 249 ss.). Conforme anche la lettura di M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 1/2022, p. 13 ss. (e *ivi* v. in partic. p. 25 e nota 15), che riconduce la peculiare nullità del patto attuativo dell'abuso di dipendenza economica comminata dal comma 3 dell'art. 9 l. subf. alla categoria delle nullità di protezione, secondo i principi del diritto privato generale e sottopone a critica, invece, la motivazione (ampia, ma non logicamente stringente) offerta dalla Cassazione alla soluzione (definita "intermedia" e comunque di buon senso) di riconoscere la nullità parziale dei contratti a valle (in questo caso, le fidejussioni rilasciate ai clienti) "esecutivi" di un'intesa a monte giudicata come restrittiva della concorrenza (quella realizzata tra le banche aderenti all'ABI, nella predisposizione di un modello uniforme di fidejussione e stigmatizzata dall'AGCM non già per l'intrinseca "iniquità" delle clausole dello standard, quanto per il fatto stesso di essere state "concordate" e così sottratte al gioco del confronto concorrenziale).

¹⁵⁰ Cfr. ad es. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss. o anche, in una più ampia prospettiva, G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss. e N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel di-*

Per di più, l'efficacia della statuizione del giudice civile è limitata alle parti del processo e non è suscettibile di spiegare effetti diretti nei confronti dei soggetti che, pur non essendo parti del giudizio, si trovino in una medesima situazione o condizione (essi sarebbero infatti tenuti ad agire a loro volta di fronte a un giudice, potendo al più invocare la sentenza *inter alios acta* solo con il valore di precedente, neppure vincolante).

Va segnalato, *en passant*, che con riferimento alle fattispecie di abuso di dipendenza economica che si innestino su una situazione di «squilibrio patrimoniale o economico-finanziario» che renda «probabile la crisi o l'insolvenza», gli artt. 2 ss. del d.l. n. 118/2021 (c.d. «d.l. Pagni») hanno recentemente attribuito all'imprenditore commerciale la facoltà di perseguire il «risanamento dell'impresa» attraverso un percorso di «composizione negoziata per la soluzione della crisi»¹⁵¹. Al ricorrere di determinati presupposti, il Tribunale può giungere anche, in questi casi, a scopi protettivi (della funzionalità del complesso aziendale in senso obiettivo) e per agevolare il percorso di risanamento, a «rideterminare equamente le condizioni del contratto» a esecuzione continuata, periodica o esecuzione differita, la cui «prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2» (così recita l'art. 10 del d.l. «Pagni», convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147)¹⁵².

Il potere qui attribuito al giudice di intervento sul contratto per la riconduzione a equità delle clausole contrattuali giudicate eccessivamente squilibrate (e in definitiva non sostenibili da parte dell'impresa in crisi) mantiene tuttavia una portata applicativa limitata al (ristretto) perimetro emergenziale del d.l. n. 118/2021 e non è stato trasfuso, negli stessi termini, nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza¹⁵³ (il che dimostra la cautela con cui tuttora si guarda all'esito di tale possibile intervento); nondimeno, esso è sintomatico di una riflessione aperta, anche in seno alla magistratura civile¹⁵⁴, sicché è plausibile pensare che il tema possa essere ripreso e affinato nel prossimo futuro, in termini anche più generali¹⁵⁵.

ritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart, in Riv. dir. civ., 2019, p. 912 ss. Osserva (a mio avviso correttamente) V. BACHELET, *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, cit. (spec. p. 592 ss. e 600 ss.) che in questo modo si finisce spesso per non realizzare appieno l'interesse della parte debole, che il più delle volte sarebbe invece quello di conservare l'efficacia del contratto, «depurato» però delle clausole ritenute «abusive» (la tesi è più ampiamente svolta in V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., spec. p. 281 ss.).

¹⁵¹ Cfr. art. 2, comma 1, del d.l. n. 118/2021, di cui subito *infra*.

¹⁵² Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito il rinvio a V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, in *Diritto della Crisi*, 30 marzo 2022 (e ora in *Diritto della crisi*, n. 1/2022, p. 64 ss.).

¹⁵³ Va detto infatti che, mentre l'istituto della composizione negoziata è stato ampiamente traslato nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza (in forza della novella recata dal D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83), il menzionato potere sostitutivo del tribunale non pare essere stato incluso nell'impianto del nuovo codice: il che dunque non permette, ad oggi, di riconoscergli una valenza generalizzata, al di fuori delle fattispecie emergenziali innescate dalla pandemia.

¹⁵⁴ Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale* (Rel. n. 56, 8 luglio 2020) e *Id.*, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale. Il ruolo del giudice nel governo del contratto* (Rel. n. 116, 10 settembre 2021).

¹⁵⁵ In una prospettiva di vertice può aggiungersi che un'osmosi concettuale fra le discipline della crisi d'impresa e quelle della concorrenza non deve stupire: essa si colloca infatti nel solco di una riflessione sistematica ormai avviata sui rapporti tra le due discipline all'interno della teoria dell'impresa. Su questo tema cfr. ora, per tutti, M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa e diritto della*

10.7. Segue. Controllo pubblicistico sull'abusività delle clausole contrattuali, impegni ed effetti "regolatori"

Come risulta anche dalla casistica esaminata, nei procedimenti di abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale la parte indagata può – e spesso in effetti si avvale della facoltà di – presentare impegni, ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/90, al fine di superare le preoccupazioni espresse dall'Autorità nell'atto di avvio e di ottenere così la chiusura "premiale" del procedimento, senza accertamento di infrazioni e senza irrogazioni di sanzioni, come accade per le altre infrazioni al diritto antitrust¹⁵⁶.

In questa ipotesi (come visto, piuttosto ricorrente sin qui nella prassi applicativa), è la stessa parte indagata a proporre un nuovo regolamento contrattuale sostitutivo di quello reputato iniquo e distorsivo delle dinamiche concorrenziali dall'Autorità; e tuttavia, nella fase di negoziazione in ordine al contenuto degli impegni «idonei, adeguati e proporzionali», sarà sovente la stessa Autorità a "suggerire" il tipo di modifica che essa reputerebbe (poi) congrua¹⁵⁷. Con l'effetto – positivo, che la tutela apprestata in sede civilistica non è in grado di (o è comunque titubante ad) assicurare – di mantenere fermo il contratto, ma "adeguato" e "modificato" direttamente dall'impresa indagata (che lo aveva anche predisposto), in modo tale da superare le censure di abusività sollevate dall'Autorità (com'è avvenuto, ad esempio, nei casi McDonald's, Original Marines e Wind Tre, sopra esaminati).

In questo modo, la modifica dello schema-tipo di contratto attraverso la proposizione di impegni ridonda dunque in un beneficio non solo dei segnalanti (o di chi abbia partecipato al procedimento), ma anche di qualunque altra impresa che si trovi (o si troverà anche in futuro) a esser parte di quel contratto-tipo¹⁵⁸: ciò che segna, evidentemente, anche un innalzamento della *tutela effettiva* riconosciuta dall'ordinamento alla parte debole del rapporto diseguale, confermando – anche per questo verso – la *complementarietà* dei due strumenti di tutela¹⁵⁹.

A questo riguardo, merita altresì di essere osservato come attraverso questo processo di valutazione degli standard contrattuali tipici e degli impegni proposti dalle parti indagate (al fine di emendarli dai profili di abusività contestati) l'Autorità finisce per porre in essere un'attività con effetti *lato sensu* "regolatori"¹⁶⁰, destinata a dar luogo alla progressiva emersione di "regolamenti

concorrenza, in *Merc. conc. reg.*, 2021, n. 1, p. 9 ss. (cui adde il mio *Insolvency, Competition, and the Theory of the Firm*, in *European Business Law Review*, 2021, n. 4, p. 743 ss.).

¹⁵⁶ Per una più compiuta analisi di queste dinamiche si veda ad es. l'analisi svolta in L. DE LUCIA-V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori*, cit., *passim*.

¹⁵⁷ Sul punto sia consentito, per brevità, il rinvio a V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, in *Conc. merc.*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 163 ss.

¹⁵⁸ E così è stato, ad esempio, nel caso McDonald's (cfr. AGCM, A 546 – *Franchising di McDonald's (accettazione impegni)*, provvedimento del 14 giugno 2022, n. 30199, cit., in partic. pt. 48) e in quello Original Marines (A550 – *Catena di franchising Original Marines, accettazione degli impegni*, provvedimento n. 30221 del 5 luglio 2022, in *Boll.*, 28/2022).

¹⁵⁹ Auspica l'affermazione di un «modello virtuoso, fondato sull'efficiente interazione tra public e private enforcement» che contribuirebbe ad «assicurare una protezione effettiva contro violazioni diverse da quelle classiche del diritto della concorrenza» anche V. BACHELET, *Abusi "contrattuali" tra imprese*, cit., p. 624.

¹⁶⁰ Per un'illustrazione più compiuta degli effetti in sostanza "regolatori" derivanti dall'uso dello strumento degli impegni nell'ambito (per molti versi affine) del rapporto tra professionista e consumatore, attinente al modello alternativo del contratto del consumatore, si rinvia (per brevi-

contrattuali tipici” considerati accettabili ed equilibrati nelle obbligazioni reciproche delle parti (si pensi, in questo senso, alla derivata delle decisioni assunte e dei vari casi pendenti in materia di *franchising*). Benché il giudice civile non sia formalmente vincolato da questi orientamenti¹⁶¹, che non sono propriamente *normativi*, è facile pensare che essi finiranno in ogni caso per influenzarne e condizionarne in qualche modo le valutazioni nell’ambito della cognizione giurisdizionale delle controversie in cui quei modelli contrattuali tipici e standardizzati verranno in discussione. E il descritto “effetto regolatorio” potrebbe ancora acuirsi nel caso in cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri effettivamente adottasse, d’intesa con il Ministero della giustizia e sentita appunto la stessa Autorità, le “apposite linee guide” atte a favorire l’applicazione in ambito giurisdizionale delle nuove norme di estensione e rafforzamento del divieto di abuso di dipendenza economica alle piattaforme digitali, secondo il disposto dell’art. 33, comma 3, della legge n. 118/2022.

Va da sé che per valutare compiutamente l’evoluzione dell’applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica a rilievo concorrenziale da parte dell’AGCM – anche nei suoi effetti “regolatori” di individuazione di standard contrattuali non eccessivamente squilibrati nei rapporti tra le parti – occorrerà continuare a monitorare lo sviluppo dei casi in corso e a vagliare criticamente gli orientamenti che, alla luce di questi, si andranno consolidando, anche in virtù dei provvedimenti che l’Autorità adotterà nei casi a venire, delle azioni *follow-on* che ne dovessero derivare nonché degli esiti dei procedimenti connessi o presupposti avviati in sede civile e dei risultati del sindacato che su questi provvedimenti dell’AGCM si andrà determinando davanti al giudice amministrativo.

tà) a quanto più diffusamente già illustrato in V. MINERVINI, *L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 1141 ss. (e spec. p. 1152 ss.). Molte le analogie riscontrabili del resto tra i due ambiti di tutela.

¹⁶¹ Se non nell’ambito e nei limiti propri del giudizio di tipo *follow-on*, secondo lo schema delineato dal d.lgs. n. 3/2017 (almeno per chi accedesse alla tesi qui avanzata e argomentata).

Diritti fondamentali dell'incolpato e tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia

Fundamental rights of the accused and judicial protection against Consob and Bank of Italy sanctions

di Nicoletta Vettori*

ABSTRACT

Il saggio analizza il tema del potere sanzionatorio di Consob e Banca d'Italia e del relativo sindacato giurisdizionale. Recenti ricostruzioni dottrinali sostengono che l'attività sanzionatoria delle Autorità ha carattere autoritativo e discrezionale e che pertanto sarebbe opportuno devolvere le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tuttavia, tali ricostruzioni sembrano parziali perché qualificano il potere sanzionatorio limitandosi ad esaminare la disciplina ordinaria e regolamentare, senza considerare dati costituzionali di particolare rilevanza, valorizzati dalla più recente giurisprudenza europea e costituzionale.

Con la presente indagine si pone perciò l'attenzione sulla consistenza delle posizioni soggettive dei destinatari del potere sanzionatorio per definire, a partire da quelle, i caratteri dell'attività amministrativa. Quel che si intende dimostrare è che la natura di diritto soggettivo fondamentale delle stesse implica necessariamente il carattere non discrezionale e, più in generale, non riservato delle valutazioni di cui si compone l'attività sanzionatoria.

Sul piano del riparto della giurisdizione se ne ricava che l'attribuzione al giudice ordinario del contenzioso sanzionatorio di Consob e di Banca di Italia è coerente con i principi costituzionali. D'altra parte, qualora il legislatore devolvesse la giurisdizione al giudice amministrativo non si potrebbe non tener conto di tale configurazione per la definizione dei suoi poteri di accertamento e di decisione, al fine di assicurare contenuti della tutela coerenti con i caratteri sostanziali delle posizioni soggettive coinvolte.

The essay analyzes the sanctioning power and the issue of judicial review of administrative sanctions imposed by the Bank of Italy and Consob. Recently, some doctrine opinions argue that the sanctioning activity of the Authorities is discretionary and therefore it would be appropriate to devolve the related disputes to the exclusive jurisdiction of the administrative judge.

However, these doctrinal reconstructions appear limited because they qualify the sanctioning power by examining only the ordinary and regulatory discipline, without considering important constitutional provisions.

In this article attention is focused on the rights of those who receive the sanction, in order to define – starting from those – the characteristics of the administrative activity. The aim is to demonstrate that the fundamental value of the rights of the accused

* Professoressa associata di diritto amministrativo, Università degli Studi di Siena.

necessarily implies the non-discretionary and, more generally, non-reserved nature of the sanctioning power.

In terms of division of the jurisdiction, it follows that the attribution to the ordinary judge of the appeals against Consob and Bank of Italy sanctions is consistent with constitutional principles.

If the legislator were to devolve jurisdiction to the administrative judge, the configuration of his powers of assessment and decision should be appropriate to the characteristics of the administrative activity and rights involved.

SOMMARIO: 1. Premessa: la priorità delle situazioni soggettive rispetto al problema del riparto e dei limiti interni della giurisdizione. – 2. La giurisdizione ordinaria in materia di sanzioni Consob e Banca d'Italia: l'evoluzione normativa e la posizione della giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale. – 3. Le ricostruzioni della dottrina a favore della giurisdizione amministrativa: i margini di discrezionalità del potere sanzionatorio e la stretta connessione con l'attività di vigilanza. – 4. Una diversa prospettiva: dalle norme sui diritti ai caratteri del potere. – 4.1. Diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale. – 5. Diritti fondamentali dell'incolpato e attività sanzionatoria: la rilevanza della giurisprudenza CEDU e costituzionale sulle sanzioni "punitive". – 6. Diritto alla predeterminazione e determinatezza della fattispecie di illecito e inesistenza di discrezionalità amministrativa nella determinazione della sanzione. – 7. *Segue*. La necessaria lettura delle norme attributive del potere. – 8. L'assenza di profili riservati nelle valutazioni (tecniche e "punitive") con cui si svolge l'attività sanzionatoria. – 9. Le conseguenze in termini di sindacato giurisdizionale. La *ratio* della giurisdizione "piena" e "sostitutiva" in materia di sanzioni. – 10. Nota conclusiva: le implicazioni sul riparto della giurisdizione.

1. Premessa: la priorità delle situazioni soggettive rispetto al problema del riparto e dei limiti interni della giurisdizione

La questione della tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia è da tempo controversa. Da una parte, vi sono stati vari conflitti di giurisdizione che hanno visto affermarsi orientamenti difformi, sia nell'ambito della giurisdizione amministrativa che in quella ordinaria, e su cui si è pronunciata anche la Corte costituzionale¹. D'altra parte, la dottrina sta mettendo in evidenza i limiti del sindacato esercitato dal giudice ordinario².

Il nodo di fondo è comune a ogni conflitto di giurisdizione: l'esistenza di diverse qualificazioni delle posizioni giuridiche e della natura dell'attività svolta dalle Autorità di vigilanza. Ci sono però due elementi che complicano il quadro.

Il primo, di contesto, è legato al fatto che la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia è rimasta isolata a fronte della progressiva devoluzione al giudice amministrativo del contenzioso sulle sanzioni irrogate dalle altre Autorità indipendenti nei settori economici. Ciò, secondo alcuni Autori, pone problemi di coerenza interna al 'sistema' delle *Authorities*.

Il secondo, di carattere sostanziale, è la stretta inerenza dell'attività sanzionatoria alla funzione di vigilanza che, secondo certe ricostruzioni, implica l'attribuzione alla seconda di qualificazioni proprie della prima, con ricadute anche in punto di giurisdizione.

¹ V. *infra* § 2.

² V. *infra* § 3.

In termini generali, il dibattito sul tema è tutto incentrato sulla definizione dei caratteri del potere sanzionatorio, mentre sembra assumere una rilevanza marginale la natura delle posizioni soggettive coinvolte³.

L'interesse della dottrina che più di recente si è occupata del tema è, infatti, quello di dimostrare che in questo settore sarebbe opportuno prevedere una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per questo – si osserva – è «meno urgente» stabilire se a fronte delle sanzioni l'individuo sia titolare di interessi legittimi o di diritti soggettivi⁴.

Tale approccio non è pienamente condivisibile non foss'altro perché la distinzione non rileva soltanto ai fini del riparto della giurisdizione, ma anche per la definizione dei poteri decisorii del giudice competente. Come noto, infatti, «la tutela di una situazione soggettiva dipende dal tipo di protezione che la norma sostanziale assicura; pertanto, lo spostamento di una controversia (...) alla giurisdizione esclusiva di per sé non muta le utilità che la norma sostanziale garantisce al titolare della situazione fatta valere, che resta invariata»⁵.

Pertanto, fare chiarezza sulla natura delle situazioni soggettive è necessario anche nella prospettiva in cui il legislatore – seguendo recenti sollecitazioni⁶ – decidesse di devolvere la materia alla giurisdizione amministrativa.

A tal fine, dopo aver dato conto dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale (§ 2) e delle più recenti posizioni della dottrina (§ 3), pare utile provare a rovesciare il punto di vista e porre l'attenzione sulla consistenza delle posizioni giuridiche dei destinatari della funzione sanzionatoria (§§ 4, 5), a partire dalle quali definire i caratteri dell'attività amministrativa (§§ 6, 7, 8). Ciò permetterà di considerare anche le implicazioni che derivano sul sindacato giurisdizionale (§ 9) e sul riparto della giurisdizione (§ 10).

³ Sulla questione in generale, v., di recente, L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2019, pp. 737-746; A. PIOGGIA, *Per una 'ridrammatizzazione' della questione dell'interesse legittimo*, *ivi.*, 3, 2016, p. 113 ss.; F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 847 ss.; G. GRECO, *Dal dilemma interesse legittimo-diritto soggettivo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, p. 479 ss.

⁴ Cfr. W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, p. 33 ss. «la collocazione sistematica della giurisdizione esclusiva, come giurisdizione dinanzi alla quale far valere posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo, proprio nelle fattispecie in cui non sia agevole la distinzione tra essi, rende meno urgente la predetta qualificazione». In questi termini v. anche il documento redatto dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it, p. 3: «Per il contenzioso relativo alla maggior parte degli atti delle Autorità indipendenti la scelta del legislatore è stata, quindi, in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ciò ha fatto perdere di rilievo la questione della qualificazione come diritti soggettivi o come interessi legittimi delle posizioni dei soggetti con cui entrano in rapporto le Autorità indipendenti».

⁵ V. R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 792 ss. (spec. p. 799).

⁶ In questi termini, di recente, E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in questa *Rivista*, 2, 2020, pp. 280-311; W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, *ivi.*, 2, 2021, pp. 293-302; S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 3, 2019, p. 391 ss.

2. La giurisdizione ordinaria in materia di sanzioni Consob e Banca d'Italia: l'evoluzione normativa e la posizione della giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale

Il sindacato sulle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia è – da tempo⁷ – affidato al giudice ordinario e, precisamente, alla competenza funzionale della Corte d'appello⁸, sul presupposto che si tratti di attività vincolata che incide su diritti soggettivi.

La tesi risale ad un autorevole orientamento dottrinale elaborato in relazione alla normativa generale sulle sanzioni amministrative (legge 24 novembre 1981, n. 689) secondo cui l'attività sanzionatoria è esente da margini di discrezionalità amministrativa, in entrambe le componenti strutturali dell'*an* e del *quantum* della pretesa⁹.

In questa prospettiva la Corte di Cassazione ha sempre sostenuto che «l'attività di applicazione delle sanzioni deve avvenire sulla base di criteri (art. 11 legge n. 689/1981) e secondo regole (artt. 13, 14, 18, 19 legge n. 689/1981) che escludono la possibilità di valutazioni discrezionali». D'altra parte, la determinazione del *quantum* è considerata espressione di un'attività assimilabile alla discrezionalità giudiziale¹⁰ (anche detta punitiva¹¹) perciò garantita dai principi di legalità, personalità e colpevolezza.

Tale assetto fu messo in discussione in sede giurisprudenziale con l'entrata in vigore dell'art. 7 legge 21 luglio 2000, n. 205 che, riscrivendo l'art. 33 comma 1, d.lgs. 30 marzo 1998, n. 80¹², aveva attribuito alla giurisdizione amministrativa esclusiva «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, *ivi* com-

⁷ Per le sanzioni della Banca d'Italia la scelta di radicare la giurisdizione in capo al giudice ordinario (in specie alla Corte di appello di Roma con competenza esclusiva e funzionale) risale all'art. 90, comma 3, del r.d.l. n. 375/1936 che è stata confermata con l'adozione del Testo Unico Bancario (art. 145 del d.lgs. 10 novembre 1993, n. 385). Per le sanzioni irrogate dalla Consob la giurisdizione del giudice ordinario è stata prevista all'art. 44, comma 3, del d.lgs. n. 145/1996 e poi all'art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della Finanza. Sul tema cfr. M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, I, p. 65 ss.

⁸ Ai sensi dell'art. 145 d.lgs. 10 settembre 1993, n. 385 (di seguito TUB), e degli artt. 187-septies e 195 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (di seguito TUF).

⁹ E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 139; C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 250 ss.; ID., *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 373.

¹⁰ E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, cit., p. 139; C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), cit., spec. § 11. In questi termini v. altresì S. FREGO LUPPI, *Provvedimenti Consob e giurisdizione: il caso delle sanzioni interdittive*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 6, p. 683 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, 130 ss.; R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 395.

¹¹ In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489, secondo cui «per la determinazione delle pene pecuniarie l'amministrazione deve effettuare delle valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati. I criteri stabiliti, infatti, pur differenti da quelli di cui all'art. 133 c.p.c. sono coerenti con il modello di sanzione punitiva di tipo essenzialmente penalistico adottato dal legislatore [...]». In dottrina, cfr. A. VIGNERI, *Commento alla l. 24 novembre 1981, n. 689 (modifiche al sistema penale). Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 5, 1982, p. 1110 ss. (e in particolare p. 1120).

¹² Dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte costituzionale, 11-17 luglio 2000, n. 292.

presi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare».

Parte della giurisprudenza affermò, infatti, che la disposizione aveva determinato un'abrogazione tacita dell'ipotesi di competenza funzionale della Corte d'appello prevista dal TUB, così da concentrare davanti al giudice amministrativo tutto il contenzioso relativo all'attività di vigilanza sul credito, *ivi* compreso il momento sanzionatorio¹³.

La Corte di Cassazione, tuttavia, non avallò questa ricostruzione¹⁴ e anche il legislatore in occasione della riforma del diritto societario e poi della legge sul risparmio¹⁵, confermò la competenza della Corte d'appello che veniva quindi riconosciuta anche dal giudice amministrativo¹⁶.

La giurisdizione in materia fu effettivamente modificata con l'approvazione del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che attribuì il contenzioso sui provvedimenti delle principali *Authorities* (incluse Consob e di Banca d'Italia) alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio-Roma, in sede di giurisdizione esclusiva e con cognizione estesa al merito¹⁷.

Queste norme furono però censurate¹⁸ davanti alla Corte costituzionale¹⁹ che ne dichiarò l'illegittimità determinando il 'ritorno' della giurisdizione ordinaria²⁰.

Al riguardo, merita evidenziare che la illegittimità riscontrata, seppur pronunciata per violazione dell'art. 76 Cost. (c.d. vizio di eccesso di delega), non

¹³ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 13 maggio 2003, n. 2533. Negli stessi termini v. TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235 in *Banca, borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 369 ss. con nota di A. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *ivi*, p. 379 ss.

¹⁴ Le S.U. della Cassazione avevano affermato che «anche dopo l'art. 33, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (poi art. 7, legge 21 luglio 2000 n. 205), che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie in materia di pubblici servizi, *ivi* compresi quelli della vigilanza sul mercato mobiliare, la competenza a conoscere delle opposizioni avverso le sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari (ex art. 196, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58) spetta all'autorità giudiziaria ordinaria». Cfr. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2001 n. 9383, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2128; Cass. sez. un., 11 febbraio 2003 n. 1992, Cass., sez. un., 22 luglio 2004 n. 13703, in *Società*, 2005, p. 49; sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Giur. it.*, 2004, 1062; sez. un., 21 maggio 2004, n. 9731, in *Ced Cass.*; sez. un., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 694; sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577, in *Giur. it.*, 2010, p. 2663. Nello stesso senso, con riferimento alle sanzioni applicate dalla Banca d'Italia, Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13709, in *Foro amm. CdS*, 2004, c. 2004.

¹⁵ V. rispettivamente art. 1, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e art. 24 comma 5, legge 28 dicembre 2005, n. 262.

¹⁶ V. Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2008, n. 934, in *Foro amm. CdS*, 2008, p. 799; Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474.

¹⁷ Cfr. artt. 133, comma 1, lett. I), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c) d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

¹⁸ Cfr. Corte d'appello Torino, 25 marzo 2011.

¹⁹ Cfr. Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162 in *Giur. cost.*, 3, 2012, p. 2204 ss. (relativa alle sanzioni di Consob) su cui v. M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 6, 2012, p. 1166 ss.; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 3, 2013, p. 684 ss. V. Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94 (relativa alle sanzioni di Banca d'Italia) in *Giur. it.*, 11, 2014, p. 2538, con nota di A. GIUSTI, *Sanzioni amministrative e giurisdizione piena del giudice amministrativo*.

²⁰ Il legislatore, in occasione del recepimento della direttiva CRD IV (direttiva 2013/36/UE), ha riconfermato agli artt. 145 TUB e 195 TUF la giurisdizione del giudice ordinario.

era fondata su un profilo meramente formale, bensì su dati di ordine sostanziale.

La Corte aveva rilevato, infatti, che la delega conferita dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69²¹ doveva «essere qualificata come una delega per il riordino e il riassetto normativo» che, per consolidata giurisprudenza costituzionale, comportava «una capacità innovativa dell'ordinamento da interpretarsi in senso restrittivo e comunque rigorosamente funzionale al perseguimento delle finalità espresse dal legislatore delegante».

Il legislatore delegato, invece, aveva violato il criterio direttivo contenuto nella legge delega che imponeva di «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori».

In particolare, non si era «tenuto conto della consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione» che affermava la giurisdizione ordinaria sul presupposto per cui la funzione sanzionatoria è sostanzialmente diversa da quella di vigilanza in quanto esercizio di «un'attività che deve essere esercitata sulla base di criteri (gravità della violazione, recidiva, ecc.) che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa (Cass., sez. un., n. 13703/2004)²² e alla quale si collegano diritti soggettivi dei privati»²³.

3. Le ricostruzioni della dottrina a favore della giurisdizione amministrativa: i margini di discrezionalità del potere sanzionatorio e la stretta connessione con l'attività di vigilanza

Di recente, parte della dottrina ha messo in discussione tale ricostruzione e ha avanzato vari argomenti a sostegno della opportunità di devolvere alla giu-

²¹ L'art. 44, legge 18 giugno 2009, n. 69 delegava il Governo «ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele».

²² Cfr. Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703: «Il criterio legale che detta scelta deve seguire è soltanto la commisurazione della sanzione all'entità della violazione, conformemente al contenuto tipico di ogni potere punitivo, sia di tipo penale che di carattere amministrativo». Nello stesso senso v. Cass. civ., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1992; 11 luglio 2001, n. 9383. L'indirizzo era condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa, v. TAR Lazio, sez. I, Roma, 2 maggio 2006, n. 3055; Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474; sez. VI, 19 marzo 2002, n. 4148.

²³ Cfr. Corte cost., n. 162/2012, cit., punto 4.2. del *Considerato in diritto*: «la citata impostazione seguita dalla giurisprudenza della Corte di cassazione la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della Consob sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l'attività intrapresa), impedisce di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l'intervento del legislatore delegato, il quale, incidendo profondamente sul precedente assetto, ha trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla Consob, discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega. Di conseguenza, deve ritenersi che, limitatamente a simile attribuzione di giurisdizione, siano stati ecceduti i limiti della delega conferita, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost.».

risdizione amministrativa il contenzioso sanzionatorio delle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari.

Sotto un primo profilo si fa valere un'esigenza di concentrazione e di effettività della tutela giurisdizionale²⁴. Sotto un altro profilo si adducono argomenti di carattere sostanziale concernenti la natura dei rapporti giuridici coinvolti.

Se la prima esigenza potrebbe essere condivisibile, il secondo ordine di argomenti presenta alcuni profili di criticità, i quali peraltro assumono particolare rilievo perché rischiano di condizionare la tutela accordata alle situazioni giuridiche coinvolte, tanto più se il legislatore decidesse di modificare l'assetto vigente²⁵. È su questi profili dunque che interessa concentrare l'attenzione.

Secondo l'impostazione in esame l'attività sanzionatoria è espressione di un potere discrezionale di natura tecnica e, sotto certi profili, anche politico-amministrativa.

Più in particolare, alcuni Autori mettono in evidenza che «in molti casi, il fatto presupposto della misura sanzionatoria (cioè la violazione di una norma speciale o di un parametro generale come la “sana e prudente gestione”) richiede valutazioni complesse di tipo tecnico, rispetto alle quali anche il giudice ordinario mantiene generalmente un atteggiamento di deferenza»²⁶. L'accertamento dei presupposti dell'illecito sarebbe dunque espressione di c.d. discrezionalità tecnica e dunque, in ultima analisi, di un potere amministrativo riservato.

Altri Autori, invece, sostengono che l'attività sanzionatoria è caratterizzata anche da margini di discrezionalità politico-amministrativa.

In particolare, si osserva che l'accertamento e la commisurazione della sanzione implicano di regola²⁷ la valutazione e la ponderazione di interessi pubblici e di interessi privati²⁸. Inoltre, molte delle fattispecie previste dal TUF

²⁴ In particolare, si osserva che la devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo assicurerebbe maggiore effettività della tutela, in quanto garantirebbe la valutazione da parte del medesimo giudice dell'attività di vigilanza e di quella sanzionatoria – che alla prima è strettamente collegata – e assicurerebbe omogeneità del trattamento processuale (doppio grado di giurisdizione di merito) sui provvedimenti sanzionatori emanati da Consob e da Banca d'Italia in coerenza con quanto previsto per le sanzioni delle altre autorità di regolazione dei settori economici. In questi termini v. M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni*, cit., p. 1166 ss.; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, cit., p. 684 ss.; R. DIPACE, *Sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia*, in *Enciclopedia Treccani on line*, 2015, www.treccani.it; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 307.

²⁵ Non si intende sottovalutare i vantaggi in termini di semplificazione ed effettività che potrebbero derivare dalla concentrazione della tutela giurisdizionale avverso tutti gli atti delle Autorità di vigilanza di fronte al medesimo giudice; interessa però mettere in evidenza che i contenuti della tutela conseguenti al mutamento della giurisdizione competente dovrebbero essere coerenti con i contenuti sostanziali delle posizioni soggettive coinvolte.

²⁶ In questi termini M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni*, cit., che però sembrano escludere che sussistano margini di discrezionalità politico-amministrativa; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, cit., p. 690; R. DIPACE, *Sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia*, cit.; E. GUARNIERI, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, in *Banca, Impresa e Società*, 3, 2019, p. 574.

²⁷ Cioè già in base ai criteri di cui all'art. 11, legge 24 novembre 1981 n. 689. Cfr. TAR Lazio, sez. I, Roma, 9 maggio 2011, n. 3934: «l'Autorità compie una ponderazione di interessi pubblici e privati, finalizzata alla scelta della sanzione quantitativamente più proporzionata, che costituisce esercizio di discrezionalità amministrativa».

²⁸ F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tra-*

e dal TUB presuppongono il compimento di un apprezzamento condotto sulla base di concetti giuridici indeterminati, di natura largamente valoriale – quali quelli di sana e prudente gestione, buon andamento del mercato, gravità ed offensività dell'infrazione²⁹ – che «assumono determinatezza solo a seguito di una valutazione e ponderazione dell'interesse pubblico sussidiato (la stabilità, il buon funzionamento del mercato) con gli altri interessi determinati nella norma»³⁰. Se ne ricava che l'attività affidata alle autorità non si risolve in «una mera interpretazione normativa, quanto piuttosto in discrezionalità amministrativa»³¹.

A tali considerazioni si aggiunge il rilievo per cui le più recenti modifiche legislative hanno messo in discussione anche il principio di doverosità (*i.e.* la vincolatezza nell'*an*) del potere sanzionatorio. Sarebbero state introdotte, infatti, alcune fattispecie che subordinano l'*an* della sanzione a valutazioni di carattere propriamente discrezionale³² e, in determinati casi, è previsto che le Autorità possano scegliere di adottare un provvedimento ordinatorio (*i.e.* un ordine di porre termine alle violazioni³³) in luogo della sanzione amministrativa.

In termini più generali, infine, si sostiene che – a prescindere dalla specifica configurazione ricavabile dalle norme attributive del potere – l'attività di irrogazione delle sanzioni da parte delle Autorità indipendenti è espressione di un

dizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1, 2013, p. 79 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 99-153.

²⁹ V. E. GUARNERI, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, cit., p. 575 il quale porta ad esempio l'art. 144-ter, comma 1, lett. a), TUB, ove è previsto che la condotta debba aver inciso «in modo rilevante» sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali, e l'art. 190-bis, comma 1, lett. a), TUF, ove si richiede che la condotta abbia inciso «in modo rilevante» sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali, ovvero abbia provocato un «grave pregiudizio» per la tutela degli investitori o per la trasparenza, l'integrità e il corretto funzionamento del mercato.

³⁰ In questi termini v. E. BINDI, A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Qual è il rationale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giust. amm.*, 2019, p. 10; A. MAGLIARI, *Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata*, in questa *Rivista*, 1, 2022, pp. 94-95.

³¹ V. E. BINDI-A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 10 F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., pp. 128-129. V. altresì W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, cit., p. 33 ss.

³² Margini di discrezionalità politico-amministrativa sono rinvenuti nelle norme che disciplinano la sanzione amministrativa accessoria della pubblicazione della sanzione (v. artt. 145, comma 3 e 3-bis, TUB e 195-bis, commi 2, 3 e 3-bis, TUF) che rimetterebbero alle Autorità il potere di effettuare valutazioni discrezionali circa le modalità di pubblicazione, nonché circa l'opportunità di «disporre la pubblicazione in forma anonima» ovvero di escludere la pubblicazione. In questi termini v. W. TROISE MANGONI, *La pubblicazione della sanzione irrogata dalla Consob: natura discrezionale della decisione e profili problematici relativi al procedimento sanzionatorio*, in *www.diritto-amministrativo.org*, 2014: «a fronte dell'esigenza di informare gli operatori del settore circa la commissione di un illecito e la conseguente reazione sanzionatoria, implicita alla previsione stessa della pubblicazione, il legislatore individua interessi potenzialmente contrapposti alla predetta esigenza, quali la stabilità dei mercati finanziari e l'eventuale sproporzione della sua portata afflittiva e pregiudizievole nella sfera giuridica del soggetto sanzionato».

³³ Il riferimento è agli artt. 144-bis TUB e 194-bis TUF. Al riguardo v. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 114 secondo il quale sarebbe evidente come anche in questo caso l'irrogazione della sanzione sia subordinata ad una valutazione in ordine alla cura concreta dell'interesse pubblico da parte dell'Autorità procedente.

potere autoritativo che costituisce un momento di perseguimento dell'interesse pubblico³⁴.

Ciò perché, si osserva – facendo emergere l'argomento di ordine sistematico – l'attività sanzionatoria non solo è funzionale ma è anche «intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che ne costituisce il momento di effettività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti»³⁵.

Vi sarebbe, dunque, un'omogeneità sostanziale e teleologica tale da far considerare la funzione di vigilanza inclusiva del momento sanzionatorio il quale avrebbe come finalità fondamentali «quelle stesse che sono proprie della vigilanza [...]»³⁶.

In altre parole, in virtù del *continuum* tra regolazione, vigilanza e funzione sanzionatoria anche quest'ultima assumerebbe carattere autoritativo e discrezionale: la sanzione altro non sarebbe che uno strumento con il quale «le autorità di settore mirano al raggiungimento degli interessi pubblici generali e particolari in vista dei quali sono state istituite»³⁷.

Alla luce di questo quadro, secondo una parte della dottrina risulta dimostrato che molte delle posizioni soggettive coinvolte hanno la consistenza di interesse legittimo e che le norme vigenti configurano un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario³⁸.

Secondo un'altra posizione, più prudente, l'assetto vigente è sufficiente a giustificare la previsione di una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e rende meno rilevante la questione della qualificazione delle

³⁴ V. W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, cit., p. 300-302 ID., *Le sanzioni irrogate da Consob e Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, cit., secondo il quale l'attività sanzionatoria altro non sarebbe che «il segmento finale di un articolato complesso di funzioni attribuite alle autorità indipendenti, attraverso le quali esse perseguono interessi pubblici». In termini analoghi v. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit.; p. 139; E. GUARNIERI, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, cit., p. 572.

³⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 13 maggio 2003, n. 2533, ove si legge che la potestà sanzionatoria è «intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti». Secondo il giudice amministrativo, data la «diretta inerenza» della potestà sanzionatoria all'attività di vigilanza la loro devoluzione al giudice amministrativo avrebbe risposto a criteri di coerenza sostanziale oltre che ad esigenze di semplificazione e concentrazione della tutela processuale. Negli stessi termini v. altresì TAR Lazio, Roma, 25 gennaio 2005, n. 561, in *Foro amm. Tar*, 2005, p. 114; TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235 in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 369 ss. In dottrina v. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS*, cit., pp. 9-10; A. POLICE-A. DAIDONE, *op. cit.*, p. 689.

³⁶ Così TAR Lazio, Roma, 25 gennaio 2005, n. 561. Negli stessi termini, in dottrina, v. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2014, p. 337 ss.; ID., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., secondo il quale «punire altro non sarebbe che un modo (anche) di tutelare (in via di prevenzione) questi interessi pubblici».

³⁷ Le citazioni sono tratte da W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, cit. Negli stessi termini v. altresì A. MAGLIARI, *Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata*, cit., pp. 88-99.

³⁸ S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 383-409; E. GUARNIERI, *op. cit.*, pp. 579-580.

singole posizioni soggettive coinvolte³⁹. Tuttavia, a fronte di un giudice ordinario che svolge un controllo limitato e deferente, la devoluzione della materia alla giurisdizione amministrativa avrebbe il vantaggio di consentire un più incisivo controllo sul potere sanzionatorio affidato alle Autorità, grazie al sindacato di eccesso di potere e ad un giudizio impugnatorio che consentirebbe di far valere la violazione di tutti i principi e le regole che informano, in generale, l'esercizio dell'attività amministrativa di carattere autoritativo⁴⁰.

4. Una diversa prospettiva: dalle norme sui diritti ai caratteri del potere

Ad un attento esame nessuna delle ricostruzioni convince fino in fondo.

La tesi che enfatizza la strumentalità dell'attività sanzionatoria rispetto all'attività di vigilanza finisce per attribuire alla prima i caratteri e le finalità proprie della seconda, facendo così prevalere la «logica amministrativa» sulla «logica sanzionatoria»⁴¹. Inoltre, l'argomento che insiste sul carattere autoritativo della sanzione, quale strumento per il perseguimento di «beni giuridici di interesse pubblico», prova troppo. Il fatto che la potestà punitiva sia conferita in funzione di tutela di un bene giuridico di rilevanza generale (la vita in caso di omicidio, la trasparenza e correttezza delle negoziazioni in caso di *market abuse*) non basta – di per sé – a dimostrare che il soggetto che esercita il potere debba bilanciare interessi.

D'altra parte, l'orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, seppur condivisibile nel merito, non mette adeguatamente in rilievo che la tesi prospettata si fonda su specifiche basi di ordine costituzionale. In questo modo si espone alla critica di replicare strumentalmente⁴² formule tradizionali che

³⁹ W. TROISE MANGONI, *ul. op. cit.*

⁴⁰ Cfr. E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca di Italia e Consob: un'anomalia italiana*, cit., p. 280 ss. (spec. pp. 293-296); W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca di Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, cit., p. 293 ss. Secondo gli A. i limiti del sindacato sono dovuti alla ricostruzione del rapporto sostanziale operata dal giudice ordinario: il riconoscimento del carattere vincolato dell'attività sanzionatoria porta la Cassazione a ritenere quale oggetto del giudizio non l'atto sanzionatorio, ma il rapporto obbligatorio sorto in seguito alla commissione dell'illecito, con conseguente impossibilità di dedurre i vizi di legittimità propri del provvedimento amministrativo e, in particolare, il vizio di eccesso di potere. In senso critico sul sindacato svolto dal giudice ordinario v. anche M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 1, 2021, p. 100 ss.

⁴¹ Le espressioni sono di M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 330 ss. che mette in guardia dalla «tentazione di ritenere la sanzione pecuniaria come servente rispetto alla diffida e attratta nell'orbita di quest'ultima, trascurando la sua originaria finalità propriamente punitiva» e osserva che «occorre prendere atto che esiste un problema di coesistenza tra la logica amministrativa antitrust e la logica sanzionatoria antitrust. Sarebbe, di conseguenza, erroneo sia appiattire tutta l'attività antitrust sulla logica sanzionatoria punitiva, sia eliminare la rilevanza della sanzione, valorizzando esclusivamente l'attività amministrativa e arrivando a qualificare il potere sanzionatorio dell'Autorità come potere discrezionale».

⁴² Vale a dire principalmente mosso da un intento di difesa, o di «riconquista», dei «territori ritenuti ingiustamente sottratti» al giudice ordinario, così v. A. POLICE-A. DIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, cit., p. 690.

non prendono in considerazione i più recenti mutamenti della normativa di settore.

Ma soprattutto entrambe le ricostruzioni risultano parziali perché pretendono di qualificare il rapporto limitandosi ad esaminare le disposizioni del TUF, del TUB e della normativa generale (legge n. 698/1981) che disciplinano il potere sanzionatorio di Consob e di Banca d'Italia, senza considerare la posizione del destinatario della sanzione, la cui tutela è stata fortemente rafforzata dalla più recente giurisprudenza europea e costituzionale.

È infatti condivisibile l'approccio che per definire la consistenza della posizione giuridica coinvolta va a verificare se l'amministrazione esercita o meno un potere dotato di margini riservati⁴³: concernenti ambiti di merito (in casi di discrezionalità politico-amministrativa⁴⁴) ovvero di una riserva di valutazione (in caso di potere di valutazione tecnica⁴⁵ o comunque non discrezionale⁴⁶).

⁴³ Come noto, secondo questa ricostruzione, riconducibile ad un autorevole orientamento dottrinale, di potere amministrativo in senso stretto si può parlare soltanto in caso di attività discrezionale; ciò perché, in tal caso, la P.A. definisce con la propria decisione un assetto di interessi non interamente discendente dalla norma e, dunque, produce effetti giuridici innovativi. Al contrario, quando l'attività della pubblica amministrazione è vincolata l'assetto di interessi è già stato definito dalla legge, sicché l'atto della amministrazione appare come momento ricognitivo di una volontà direttamente ricavabile dalle norme che regolano il caso concreto; se ne ricava che la posizione soggettiva del privato è tutelata pienamente dalla legge e quindi ha la consistenza del diritto soggettivo. L'autorevole orientamento risale a E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Cedam, Padova, 1983; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 50 ss.; ID., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, p. 58; ID., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005; ed è stato sviluppato da L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Cedam, Padova, 1996; ID., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 109 ss. Senza poter entrare nel merito dell'ampio dibattito, occorre però segnalare che è ancora molto diffusa in dottrina la tesi contraria secondo la quale anche a fronte di attività vincolata sarebbero configurabili posizioni di interesse legittimo. La tesi si basa su due argomenti principali. Il primo si richiama al criterio dello scopo della norma (su cui recentemente Cons. Stato, ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9), per cui in presenza di un'attività vincolata si avrebbero diritti soggettivi o interessi legittimi a seconda che la norma sia rivolta a tutelare in via primaria e diretta l'interesse privato oppure l'interesse pubblico. La seconda ricostruzione ricorre alla nozione di «costitutività degli effetti», per sostenere che l'atto vincolato è equiparabile al provvedimento discrezionale sotto il profilo del suo carattere necessario ai fini della produzione degli effetti, con la conseguenza che anche rispetto ad esso la posizione del privato sarebbe di interesse legittimo. In questi termini v., per tutti, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Arti grafiche Città di Castello, Perugia, 1979, p. 83; ID., *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 432.

⁴⁴ Su cui v., per tutti, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 477-495; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.; ID., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARÍSIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 107 ss.

⁴⁵ Su cui v. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 191 ss.

⁴⁶ V. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995, spec. p. 303 ss. che estende il principio all'attività amministrativa valutativa *tout court*, a prescindere dalla natura tecnica delle questioni coinvolte e dei criteri di giudizio da applicare. Con riferimento al potere sanzionatorio v. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., pp. 403-405: «il criterio fondato sulla discrezionalità amministrativa, per lo meno nelle sue elaborazioni più attente, in realtà finisce con l'attribuire rilievo ad un carattere che non è esclusivo della discrezionalità amministrativa, ma è identificabile anche nel caso delle altre ipotesi di valutazioni riservate all'amministrazione. Tale carattere, infatti, è costituito dalla devoluzione all'amministrazione di un potere di realizzare un assetto di interessi innovativo rispetto a quanto delineato dalla norma attributiva del potere. (...) Quando, nell'esercizio della funzione amministrativa, siano ammesse valutazioni riservate, all'amministrazione non spetta solo il compito di

Tuttavia, va considerato che avere riguardo alle norme attributive del potere non è risolutivo, perché in uno Stato costituzionale di diritto, basato sul principio personalista, occorre considerare anche le disposizioni che prevedono le posizioni soggettive su cui questo incide⁴⁷.

4.1. Diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale

In questa prospettiva, la giurisprudenza che ha elaborato la c.d. teoria dei “diritti fondamentali”⁴⁸ ha reso evidente che assumono primaria rilevanza le

riprodurre e di concretare effetti già tutti astrattamente predeterminati dalla norma, ma spetta anche il compito di stabilire le modalità e le condizioni perché tali aspetti si concretino. (...). In tali casi non sembra possa darsi diritto soggettivo. La posizione di diritto soggettivo può fondatamente riscontrarsi in presenza di una piena definizione della situazione del cittadino ad opera della norma».

⁴⁷ Come osservato da C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 142 «il diritto del privato non è l'oggetto su cui cade l'effetto dell'esercizio di un potere pubblico la cui ampiezza è definita a prescindere dalle norme che concernono quel medesimo diritto, ma è un'entità che limita e perciò esclude una parte di quella discrezionalità che pure avrebbe potuto sussistere, se misurata esclusivamente in base alla norma di conferimento del potere all'amministrazione». Sulla ricostruzione dell'ambito e dei caratteri del potere amministrativo a partire dalle norme di riconoscimento dei diritti v. anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano 2007; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Cedam, Padova, 2004. In prospettiva ancora più ampia, per la tesi che sia «l'individuo la base legittimante del potere pubblico» e quindi «il punto logico di partenza» per ricostruire la polarità autorità-libertà posta alla base del diritto amministrativo si veda L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl., Supplemento*, 3, 2016, p. 11 ss.

⁴⁸ Si tratta dell'indirizzo giurisprudenziale, inaugurato alla fine degli anni '70 del secolo scorso da alcune sentenze della Cassazione relative al diritto alla salute nella sua proiezione di diritto all'ambiente salubre (Cass. civ., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 764 con nota di A. POSTIGLIONE, *Localizzazione di centrali nucleari e tutela della salute e dell'ambiente*, *ivi*, p. 768 ss.; Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 356 con nota di F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo ad una svolta?*, *ivi*, p. 366 ss) che ha elaborato la c.d. teoria dei diritti fondamentali (c.d. anche “assoluti” o “incomprimibili”) secondo la quale i diritti di rilevanza costituzionale sono dotati di una protezione giuridica rafforzata nei confronti dell'incisione che possa derivare da parte del potere amministrativo, tale per cui devono essere tutelati nella forma del diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria, cui la Costituzione affida la tutela giurisdizionale dei diritti (art. 103 Cost.). L'idea di fondo è che l'incisione del nucleo essenziale del diritto fondamentale da parte dell'amministrazione non possa essere considerato uso di potere in senso proprio (dunque riservato nel merito) pertanto gli atti eventualmente adottati sono pienamente conoscibili dal giudice ordinario (senza i limiti di cui agli artt. 4 e 5 legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E). Nella sua formulazione originaria, la tesi si muoveva nel quadro concettuale allora dominante che faceva applicazione della c.d. teoria della degradazione delle situazioni giuridiche soggettive (da qui la denominazione di “teoria dei diritti indegradabili”) e del c.d. criterio della carenza di potere. Tuttavia, nella evoluzione più recente fa applicazione del criterio della natura vincolata o discrezionale dell'attività. Su tale orientamento, in dottrina, si veda, tra gli altri, A. CORASANITI, *I diritti fondamentali e la ripartizione della giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1981, II, p. 2148 ss.; A. SCHREIBER, *Il riparto di giurisdizione fra degradazione del diritto e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1986, p. 1607; A. DI MAJO, *Giurisdizione esclusiva e diritti soggettivi non inclusi (nota a Trib. Roma, ord. 17 dicembre 2002)*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 651 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, cit., p. 141 ss.; A. TRAVI, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1, 2009, p. 48 ss.; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, *ivi*, p. 34 ss.; L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti incomprimibili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 483 ss.; A. CARATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 27 ss.; S. ROBERTO, *Diritti fondamentali e tutela amministrativa: tra esigenze di effettività ed esigenze finanziarie*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, f. 1, p. 241 ss., f. 2, p. 50 ss.; e, da ultimo, N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di*

norme di riconoscimento dei diritti della persona contenute in Costituzione e nelle Carte europee⁴⁹.

L'orientamento, seguito dalla giurisprudenza soprattutto ordinaria⁵⁰, infatti, prima ancora che per implicazioni in punto di riparto della giurisdizione⁵¹ si caratterizza per un preciso approccio di ordine sostanziale (non smentito dal Giudice delle leggi⁵²): quando l'amministrazione incide su diritti fondamentali

un "falso" costituzionale, in *Federalismi.it*, 12, 2020, p. 177 ss.; e i contributi raccolti nel fascicolo 1, 2021 di *Questione Giustizia*, in particolare, E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, p. 202 ss.

⁴⁹ La ricostruzione prospettata in tema di diritto alla salute è stata progressivamente estesa ad altri diritti costituzionali. Si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092; Cass. civ., sez. un., 18 novembre 1997, n. 11432 (libertà di coscienza e religione); Cass. civ., sez. un., 27 luglio 2000, n. 9893 (diritto all'ambiente salubre in una fattispecie di realizzazione di un elettrodotto); Cass. sez. lav., 10 marzo 2000, n. 2782, in *Rass. dir. farm.*, 2000, p. 753 (somministrazione di farmaci salva-vita non compresi nel prontuario farmaceutico); Cass., sez. un., 30 maggio 2005, n. 11334 (rimborso di spese per cure mediche sostenute all'estero senza previa autorizzazione amministrativa); Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659 e 13660; 15 giugno 2006, n. 13961 (su diritto al risarcimento del danno); Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461 (sulla domanda di pazienti emodializzati ad usufruire di un parcheggio antistante il centro in cui effettuavano la terapia); Cass., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5402; Cass., sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2867 e 5 dicembre 2011, n. 25925 (sulla domanda di rimborso per cure urgenti effettuate presso una struttura privata in assenza di preventiva autorizzazione da parte del SSN); Cass. civ., sez. un., 9 febbraio 2009, n. 19393 (in materia di diritto alla protezione umanitaria); Cass. civ., sez. un., 15 febbraio 2011, n. 3670, e 30 marzo 2011, n. 7186 (in materia di diritto a non essere discriminato per motivi di razza); Trib. Roma, 12 dicembre 2020 (sul diritto ex art 3 Cedu dello straniero a non essere trasferito in uno Stato membro che non assicuri idonee condizioni di accoglienza); Cass. sez. un., 15 febbraio 2022, n. 4873 (sul diritto alla salute dei migranti accolti nei Centri di Accoglienza Straordinaria). Per una puntuale analisi dell'evoluzione giurisprudenziale v. G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2012, p. 931 ss. Per una rassegna delle più recenti pronunce v. A. GIUSTI, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, pp. 199-201.

⁵⁰ Anche il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, pur prendendo formalmente le distanze da tale teoria, finisce per farne applicazione quando ricorre alla tecnica dell'applicazione diretta delle norme costituzionali per la delimitazione del potere amministrativo. Emblematiche in questo senso sono state le sentenze sul caso Englaro: TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Foro amm. Tar*, 2009, 4, 976 ss.; Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2015, I, 74-95, su cui sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Giuffrè, Milano, 2017; ma si veda, altresì, Cons. Stato sez. III, 3 novembre 2017, n. 5085 che annulla un provvedimento di trasferimento di uno straniero in uno Stato membro che non assicura idonee condizioni di accoglienza, in applicazione del diritto a non essere esposto al pericolo di trattamenti disumani e degradanti ex art 3 Cedu. In dottrina v. A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 49 ss. e i contributi contenuti nella sezione *Giuristi e diritto* del fascicolo n. 2 del 2016 di *Diritto pubblico*.

⁵¹ Secondo la teoria in esame quando la P.A. incide su un diritto fondamentale la giurisdizione rimane radicata in capo al giudice ordinario, giudice naturale dei diritti, salvo non sia prevista un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La Corte costituzionale (sent. 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, p. 435 ss., con nota critica di G. VERDE, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.?*, *ivi*, p. 441), ha affermato, infatti, che nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può conoscere anche della lesione di diritti fondamentali. In senso critico rispetto alle implicazioni della teoria in esame sul riparto della giurisdizione v. F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.; *Id.*, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1 ss.; V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 565 ss. (spec. p. 591 ss.); G. MICARI, *I giudici di palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 526 ss.; da ultimo v. N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, *cit.*, p. 177 ss.

⁵² La Corte costituzionale (con la sentenza n. 140/2007) ha affermato che non vi è alcun limi-

si applica la norma costituzionale per definire il contenuto della pretesa individuale e – a partire da questa – si delimita l'ambito e la misura del potere riconoscibile all'amministrazione⁵³.

Ciò implica il ricorso alle tecniche dell'interpretazione conforme e dell'applicazione diretta della Costituzione; con due implicazioni rilevanti.

La prima è che l'applicazione della norma costituzionale, in quanto fonte di rango superiore, condiziona l'interpretazione delle fonti primarie che conferiscono e disciplinano il potere amministrativo e, in caso di conflitto, la qualificazione giuridica che da queste si faccia discendere è destinata a prevalere⁵⁴.

La seconda riguarda il concetto di «nucleo essenziale», alla cui individuazione ha contribuito anche la Corte costituzionale⁵⁵. Si è dunque chiarito che «nella misura in cui sia coinvolto il nucleo essenziale, direttamente tutelato dalla Costituzione, l'azione dell'amministrazione (come ancor prima quello del legislatore ordinario) difetta *ab origine* di discrezionalità e l'attività esercitata si prospetta come vincolata. Ciò poiché all'amministrazione (come al legislatore) non può essere riconosciuto il potere di comprimerlo ed anzi questa è tenuta a fare quanto necessario, di volta in volta, per garantirne la tutela». Cosicché la pretesa soggettiva riconducibile al nucleo essenziale si configura sempre come una posizione di diritto soggettivo pieno, in quanto direttamente e pienamente tutelata (già) a livello costituzionale⁵⁶.

te costituzionale che precluda l'attribuzione al giudice amministrativo di controversie che coinvolgono diritti fondamentali, ma non ha mai smentito il tipo di ricostruzione del diritto sostanziale che questa teoria sottende. Anzi nell'ammettere (con la sent. 27 gennaio 2010, n. 35) che la giurisdizione esclusiva può avere ad oggetto anche solo diritti soggettivi sembra indirettamente confermarlo. Sulla sentenza n. 35/2010 v. F. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 1, 2010, p. 439 ss.

⁵³ Com'è stato osservato, da C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. Giust.*, 1, 2009, p. 49, si tratta del «medesimo schema che la giurisprudenza ha applicato alla responsabilità precontrattuale (il potere di revocare la determinazione di indire una gara contrattuale non esclude la responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.) e che nessuno pare contestare (altrimenti si cancellerebbe, per l'amministrazione, l'art. 2043 c.c.)», la differenza è che nel caso dei c.d. «diritti fondamentali» la giurisprudenza parte dalle norme costituzionali imprecise, definendo in via interpretativa il contenuto costituzionalmente necessitato e tale da escludere – per quella parte – una riserva di potere.

⁵⁴ L'applicazione della norma costituzionale, quale fonte gerarchicamente «prevalente» sulla norma di conferimento del potere, può condurre a configurare in termini di diritto soggettivo pieno la situazione soggettiva dedotta in giudizio pur a fronte di poteri amministrativi in astratto discrezionali. Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubb.*, 2, 2012, p. 681 ss.

⁵⁵ Nell'ambito di un'ampia giurisprudenza costituzionale, particolare rilievo hanno avuto le pronunce sul diritto all'integrazione scolastica degli studenti disabili che – anche in tempi di crisi economica e di vincoli di bilancio – ha confermato che il nucleo essenziale del diritto non ammette compressioni per effetto del bilanciamento con altre istanze di matrice economica o organizzativa: Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80; Corte cost., 4 luglio 2008, n. 251; 22 giugno 2000, n. 226, n. 19 ottobre 2016, n. 275. Nello stesso senso v. Corte cost., 5 aprile 2013, n. 62; 15 gennaio 2010, n. 10, relative alle disposizioni disciplinanti la c.d. carta acquisti; Corte cost., 23 maggio 2008, n. 166, e 21 marzo 2007, n. 94, sugli interventi per la riduzione del disagio abitativo; Corte cost., 21 marzo 2017, n. 167 in tema di prestazioni sanitarie e tagli alla spesa sanitaria.

⁵⁶ Cfr. Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461, cit., ove si afferma che «in relazione al bene-salute, come degli altri diritti di rilevanza costituzionale che hanno una stretta ineranza ai valori primari della persona, è individuabile «un nucleo essenziale», che configura un diritto soggettivo «assoluto e primario», volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura». Sul punto in dottrina v. anche G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, cit., pp. 943-947.

Quanto considerato non implica che l'amministrazione non possa incidere, limitare ovvero che debba sempre soddisfare tali situazioni soggettive; significa piuttosto che le norme di conferimento del potere devono essere interpretate in stretta aderenza al quadro costituzionale ed europeo.

Non si tratta, dunque, di riconoscere «diritti “senza potere”»⁵⁷, ma di assicurare che pretese relative a beni primari della persona⁵⁸ siano – se del caso – limitate e bilanciate da un potere pienamente soggetto agli obblighi ricavabili dalle fonti di rango superiore.

Naturalmente, poiché le posizioni giuridiche non sono protette tutte nelle medesime forme e con la stessa intensità, l'esito dell'operazione interpretativa sarà diversa a seconda delle disposizioni che di volta in volta vengono in rilievo.

Tuttavia, per quanto qui direttamente interessa, l'evoluzione giurisprudenziale sulle sanzioni amministrative “punitive”⁵⁹ conferma che tale ricostruzione è pienamente applicabile nel settore in esame.

5. Diritti fondamentali dell'incolpato e attività sanzionatoria: la rilevanza della giurisprudenza CEDU e costituzionale sulle sanzioni “punitive”

Come noto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla sentenza *Engel and others v. the Netherlands*, riconosce la necessità di applicare le garanzie convenzionali della materia penale anche alle misure sanzionatorie amministrative che risultino equiparabili a delle vere e proprie pene per funzioni perseguite e grado di afflittività⁶⁰. La conseguenza è

⁵⁷ L'espressione è di N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., p. 181.

⁵⁸ L'individuazione non può che essere rimessa alla giurisprudenza delle Corti superiori. Tuttavia, se si considerano i casi in cui la teoria è applicata (cfr. *supra* note nn. 48, 49 e 50), emerge che si tratta di posizioni soggettive di natura non patrimoniale che hanno una stretta inerente ai valori primari della persona e a cui le disposizioni della Costituzione e/o delle Carte europee riservano una protezione particolarmente intensa.

⁵⁹ Sul tema, nell'ambito della dottrina amministrativa, v., tra gli altri, M. ALLENA, *Art. 6 Ced. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni, tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 165-215; S. L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., pp. 39-68; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 49-76; e, più di recente, D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative “punitive” tra diritto costituzionale ed europeo*, in questa *Rivista*, 1, 2022, p. 47 ss.

⁶⁰ Nella sentenza *Engel and others v. the Netherlands* dell'8 giugno 1976, casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, (in tema di sanzioni detentive disciplinari militari) la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri (c.d. criteri *Engel*) in base ai quali è possibile qualificare una sanzione come “penale”: la qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale; la reale natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto. La Corte ha inoltre chiarito che il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non cumulativi (perciò la severità-gravità può essere non necessaria ove la sanzione abbia in se stessa una natura deterrente e punitiva) e che la qualificazione formale data nell'ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia laddove determini un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni della Convenzione e, dunque, conduca a un complessivo incremento delle garanzie per gli individui. I principi *ivi* enunciati sono stati confer-

che, ove si ravvisi la natura sostanzialmente penale secondo i criteri Engel (come avvenuto per talune delle sanzioni in materia bancaria e creditizia⁶¹) devono essere applicate le garanzie previste dagli art. 6 e 7 della CEDU.

D'altra parte, più di recente e non senza alcune incertezze, la Corte costituzionale ha esteso al diritto amministrativo sanzionatorio alcune fondamentali garanzie della materia penale⁶²; e facendo propria l'impostazione della Corte di Strasburgo, ha affermato che «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», quale principio desumibile dall'art. 25 della Costituzione⁶³.

L'aspetto particolarmente significativo degli ultimi sviluppi è la tendenza all'integrazione dei parametri costituzionali con quelli delle Carte europee. Le garanzie costituzionali e convenzionali concorrono, dunque, alla definizione dei limiti dei poteri pubblici, in linea con l'idea per cui «la missione essenziale dei diritti fondamentali è quella di fissare altrettanti limiti invalicabili all'azione dei poteri dello Stato (legislativo, amministrativo, giudiziario), in nome della tu-

mati da molte sentenze successive: cfr. sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 50; 22 febbraio 1996, *Putz v. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, par. 32; 9 novembre 1999, caso 35260/97, *Varuzza v. Italy*; 27 settembre 2011, c. 43509/08, sent. *Menarini Diagnostics c. Italia*; sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

⁶¹ Per un quadro d'insieme sulla giurisprudenza relativa alle sanzioni irrogate da Consob e da Banca d'Italia v. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca di Italia. Procedimenti e doppio binario sanzionatorio al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁶² In molteplici occasioni la Corte costituzionale ha ritenuto che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione si debbano estendere alle sanzioni amministrative sostanzialmente "punitive" secondo i criteri *Engel*. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (sentenze 5 dicembre 2018, n. 223; 7 aprile 2017, n. 68; 16 dicembre 2016, n. 276; 18 aprile 2014, n. 104; 4 giugno 2010, n. 196), della sufficiente precisione del precetto sanzionatorio (sentenze 13 giugno 2018, n. 121 e 3 luglio 1967, n. 78), nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (sentenza 21 marzo 2019, n. 63). Inoltre, con la sentenza 10 maggio 2019, n. 112 la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58/1998 (sia nel testo originario che nella versione introdotta ex art. 4, comma 14, del d.lgs. n. 107/2018), nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto, per violazione del principio di proporzionalità della sanzione ricavabile dagli art. 3 in combinato disposto con l'art. 42 Cost. Infine, dopo aver sollevato (con ord. 10 maggio 2019, n. 117) un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (che si è pronunciata con sentenza della Grande Sezione, 2 febbraio 2022, C-481/19 *DB c. Consob*) con la sentenza 13 aprile 2021, n. 84 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo – per violazione degli artt. 24, 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, par. 3, lett. g), PIDCP, nonché agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 47 CDFUE – l'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, (nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), della legge n. 62 del 2005), nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

⁶³ Fondamentale in questa prospettiva è stata la pronuncia 4 giugno 2010, n. 196 (con nota di A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, p. 2323 ss.) con cui la Corte costituzionale ha ricondotto il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative sotto l'egida dell'art. 25 Costituzione. In particolare, ha affermato che il principio formatosi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, secondo il quale «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» è desumibile già dal testo dell'art. 25, comma 2, Costituzione. Il principio è stato confermato nelle sentenze 18 aprile 2014, n. 104, 16 dicembre 2016, n. 276, 7 aprile 2017, n. 68, 5 dicembre 2018, n. 223.

tela di un nucleo centrale di interessi della persona stessa, riconosciuti come non disponibili da parte della collettività»⁶⁴.

Ebbene, questa giurisprudenza contribuisce a rendere evidente che il potere punitivo – quale che ne sia il soggetto titolare – deve essere esercitato nel rispetto del ‘bagaglio’ di diritti fondamentali che la Costituzione e le Carte europee riconoscono all’individuo: il diritto a essere punito solo per fatti pre-determinati in modo sufficientemente certo⁶⁵ così da assicurare la prevedibilità della reazione sanzionatoria⁶⁶, il diritto di difendersi mediante un contraddittorio pieno e paritario⁶⁷, davanti ad un soggetto funzionalmente distinto da chi ha istruito l’accusa; il diritto di non essere ‘processato’⁶⁸ e punito due volte per il medesimo fatto⁶⁹; il diritto di non contribuire alla propria incriminazione⁷⁰ e di

⁶⁴ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 481 ss.

⁶⁵ Riconosciuto dagli art. 25 Cost. e 7 CEDU. V. Corte cost. sentenze n. 121/2018 e n. 78/1967. F. VIGANÒ, *Il Nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017; M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività, determinatezza e prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 4, 2017; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria amministrativa: gli obblighi discendenti dall’art. 7 CEDU*, in *Foro amm.*, 4, 2013, p. 1228 ss.

⁶⁶ Il principio di determinatezza delle norme sanzionatorie che secondo Corte cost. sentenza n. 327 del 2008 è volto a permettere «al destinatario della norma penale di apprezzare le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» è stato esteso anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali da Corte cost., sent. n. 121/2018. In dottrina v. A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, p. 627 ss.

⁶⁷ Riconosciuto per le sanzioni sostanzialmente penali dagli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE (v. sul punto Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ove si afferma che l’art. 6 Cedu è applicabile già nel procedimento amministrativo. Sul tema v., tra i molti, M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 11, p. 1053 ss.; ID., *L’art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e amministrazione*, 2, 2018, p. 25 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l’equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1196 ss.; A. CLINI, *Potestà sanzionatoria delle Authorities e “giusto” sindacato giurisdizionale*, in *Persona e amministrazione*, 2, 2018, p. 75 ss.; A. CARBONE, *L’art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all’interno degli Stati europei*, in *DPC online*, 3, 2019, pp. 2146-2149. Per le sanzioni amministrative in senso stretto (anche se prive di sostanza penale secondo i criteri *Engels*) tale diritto è riconosciuto dagli art. 24 Cost. in aderenza al quale deve essere interpretata la disciplina sanzionatoria generale (art. 18 legge n. 689/1981) e di settore (l’art. 24 legge n. 262/2005, e gli artt. 187-septies e 195 del TUF). Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di Consob nella “confusione” fra vigilanza e sanzione*, in *Riv. trim. dir. dell’economia*, 2, 2020, p. 185 ss. Sul punto si segnala anche l’importante pronuncia Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521 che, modificando parzialmente l’orientamento finora consolidato, afferma la necessità che già in sede procedimentale sia garantito «il nucleo irriducibile di garanzie del contraddittorio, consistente nella contestazione dell’addebito e nella valutazione delle controdeduzioni dell’interessato, la cui violazione impone di per sé l’annullamento del provvedimento sanzionatorio illegittimamente emesso».

⁶⁸ Come osserva L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, Intervento al Convegno sui 40 anni della legge istitutiva della Consob. *Dal controllo della trasparenza dell’informazione al presidio della governance*, Milano, 29 e 30 ottobre 2014, p. 3 (reperibile all’indirizzo <https://www.irpa.eu/il-potere-sanzionatorio-della-consob-dinanzi-alle-corti-europee-e-nazionali>), cit., p. 6: «È il diritto di non essere sottoposto due volte a giudizio, prima ancora del diritto di non essere punito due volte, che deriva direttamente dal principio del *ne bis in idem*».

⁶⁹ Le Corti europee sono allineate su un’interpretazione sostanziale del principio, tale per cui con riferimento ai medesimi fatti possono essere irrogate due diverse sanzioni ad esito di diversi procedimenti purché siano rispettate certe condizioni: le sanzioni perseguano diverse finalità ed abbiano ad oggetto profili diversi della medesima condotta, vi sia una stretta connessione tem-

essere incriminato solo per fatti compiuti 'personalmente'⁷¹ e considerati illeciti al momento della loro commissione⁷²; in ultimo il diritto ad una pena proporzionata⁷³.

A fronte della funzione sanzionatoria, dunque, non vengono in rilievo soltanto l'integrità della sfera patrimoniale, l'onorabilità professionale o la libertà di esercizio dell'attività economica del sanzionando, ma ancor prima alcune pretese a che il potere sia esercitato nel rispetto di determinati vincoli e garanzie.

In questo modo – come vedremo – questa giurisprudenza ha fatto emergere come i principi costituzionali che la miglior dottrina ritiene applicabili alle sanzioni amministrative in senso tecnico (*i.e.* non aventi finalità ripristinatorie o risarcitorie, ma propriamente punitive⁷⁴) rilevano in termini di diritti fondamentali della persona⁷⁵.

porale e un coordinamento probatorio tra i due procedimenti, la sanzione comminata nel primo procedimento sia tenuta in considerazione ai fini dell'applicazione della seconda in modo tale che sia rispettata la proporzionalità della pena complessivamente irrogata. Cfr. Cedu, Grande sezione, sent. A e b. c. *Norvegia*, 15 novembre 2016; CGUE, Grande sezione, 20 marzo 2018, in causa C-524/15-C537/16-C596/16. Sul tema, tra gli altri, E. DESANA, *Ne bis in idem: l'infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 1, 2019, p. 348 ss.; F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale nei procedimenti pendenti in tema di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9, 2017, p. 208 ss.; ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?* in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2014, p. 219 ss.; S. STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, 6, pp. 748-756.

⁷⁰ Che la giurisprudenza più recente (Corte cost., ord. n. 117/2019, Corte di Giustizia, (Grande Sezione), 2 febbraio 2021 C-481/19 *DB c. Consob*, Corte cost. sent. 84 del 2021) ha affermato debba essere tutelato non solo nell'ambito del procedimento sanzionatorio, ma anche nei procedimenti di vigilanza prodromici all'accertamento di illeciti puniti con sanzioni sostanzialmente penali. In dottrina, tra gli altri, v. G. CANESCHI, *'Nemo tenetur se detegere' anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cassazione penale*, 2, 2020, p. 579 ss.; D. CODUTI, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *Federalismi.it*, 22, 2021.

⁷¹ Il principio della responsabilità personale è previsto dagli artt. 2 e 3 della legge n. 689/1981 per le sanzioni in senso stretto e la giurisprudenza ne ha esteso l'applicazione anche a provvedimenti autoritativi ritenuti di elevato carattere afflittivo secondo i criteri Engels (in particolare la confisca urbanistica): cfr. Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri contro Italia*, Corte cost. sentenze n. 239/2009, n. 85/2008.

⁷² Cfr. in questo senso le citate sentenze n. 196/2010, n. 104/2014, n. 276/2016, n. 68/2017, n. 121 e n. 223/2018 della Corte costituzionale. Sulla retroattività delle modifiche sanzionatorie in *mitius* v. sentenza n. 63/2019, su cui v. E. BINDI-A. PISENSCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22, 2019.

⁷³ Cfr. Corte cost. 112/2019 su cui v. M. BALDARI, *Un nuovo statuto costituzionale e convenzionale delle sanzioni amministrative?*, in *www.giustamm.it*, 3, 2020.

⁷⁴ Sulla distinzione tra sanzioni amministrative in senso tecnico e sanzioni amministrative in senso ampio v. V. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., § 3; M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992. Più di recente v. R. LEONARDI, *I caratteri del potere sanzionatorio*, in M. ALLENA-S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 3, 2013, p. 19; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., pp. 32-34, 71-73; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., pp. 39-68. G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, cit., pp. 49-76.

⁷⁵ V. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, cit. p. 492 «in una prospettiva di tutela integrata» quel che rileva è se una «disposizione sia o meno compatibile con il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* nella sua dimensio-

Ciò consente di individuare ulteriori e decisivi argomenti per confutare la correttezza di alcune delle ricostruzioni esaminate.

Come si cercherà di dimostrare, infatti, l'applicazione delle norme sui diritti del sanzionando nel processo di qualificazione dell'attività sanzionatoria porta a riconoscerne il carattere non discrezionale e, più in generale, non riservato; conseguentemente rende necessitato un certo tipo di sindacato giurisdizionale.

6. Diritto alla predeterminazione e determinatezza della fattispecie di illecito e inesistenza di discrezionalità amministrativa nella determinazione della sanzione

Come osservato, una parte della dottrina (§ 3) sostiene che il carattere discrezionale e autoritativo del potere di determinazione della sanzione sarebbe dimostrato da un dato di ordine sistematico – la strumentalità della funzione sanzionatoria rispetto a quella di vigilanza – alla luce del quale vengono (ri)letti i criteri normativi previsti dal diritto sanzionatorio generale (legge n. 689/1981) e speciale (le singole disposizioni del TUB e del TUF).

Tuttavia, l'interpretazione del quadro normativo di riferimento alla luce della ricostruzione proposta porta conferme di segno contrario.

Autorevole dottrina ha dimostrato che l'assenza di margini di discrezionalità amministrativa, in entrambe le componenti strutturali dell'*an* e del *quantum* della pretesa sanzionatoria, è esigenza che deriva dai principi costituzionali di imparzialità e di legalità (artt. 23 e 97 Cost.⁷⁶) che oggi la Corte costituzionale riconduce all'art. 25 della Costituzione⁷⁷.

Ebbene, se si guarda alla garanzia posta dalle citate norme costituzionali dal punto di vista delle situazioni soggettive del destinatario dell'attività, emerge che la vincolatezza nell'*an* tutela il diritto a «trattamenti eguali a parità di (pre)condizioni ("chiunque trasgredisce deve essere punito")»⁷⁸, escludendo risposte sanzionatorie differenziate fondate su valutazioni di opportunità.

D'altra parte, la determinatezza e predeterminazione dell'illecito e la natura fattuale dei criteri di commisurazione della sanzione tutelano, invece, la pretesa ad essere puniti solo per fatti definiti in modo sufficientemente certo⁷⁹ e in via preventiva rispetto al momento della irrogazione della sanzione.

Per tale ragione è la legge a dover svolgere il giudizio di prevalenza degli

ne di diritto fondamentale della persona, riconosciuto assieme a livello costituzionale e sovranazionale».

⁷⁶ V. E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, cit., p. 139 che, richiamando l'art. 23 Cost., affermava che l'esistenza della riserva di legge (seppur relativa) impone che sia la legge a determinare i presupposti applicativi della sanzione, pertanto «non può, in proposito, restare spazio per valutazioni discrezionali».

⁷⁷ Cfr. Corte cost. n. 78/1967, n. 196/2010, n. 104/2014, nn. 121 e 223 del 2018.

⁷⁸ C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), cit., pp. 374-375.

⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2017, n. 5420: «Nel caso di sanzioni punitive (...) la contestazione dell'intimato si risolve nel dedurre il proprio diritto soggettivo a non subire l'imposizione di prestazioni patrimoniali fuori dei casi espressamente previsti dalla legge»; Cass. civ., sez. un., ord. 31 maggio 2016, n. 11388 «La situazione giuridica di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi e modi non stabiliti dalla legge, ha consistenza di diritto soggettivo». In termini v. TAR Lazio, II, Roma, 5 marzo 2018, n. 2058; TAR Lazio, II, Roma, 4 gennaio 2019, n. 127; Cass. civ., sez. un., 29 novembre 2007, n. 24816.

interessi, mentre l'attività di applicazione svolta dall'autorità amministrativa si esaurisce nell'accertamento del profilo oggettivo e soggettivo della violazione⁸⁰; e in questo senso è qualificabile come vincolata.

Va precisato, infatti, che con il termine "attività vincolata" non si intende "determinata in ogni suo aspetto dalla legge", perché al contrario deve avere margini valutativi, altrimenti sarebbe violato il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria⁸¹. La determinazione della sanzione è frutto di un'attività vincolata nel senso di *interamente soggetta ai vincoli provenienti dalle norme* che regolano la fattispecie e di cui l'amministrazione deve (soltanto) accertare la sussistenza in concreto⁸².

Non pare corretto dunque sostenere, con specifico riferimento al potere sanzionatorio⁸³, che la tipicità del potere sia compatibile con la discrezionalità⁸⁴.

Al contrario i diritti alla *imparzialità della risposta sanzionatoria* e alla *prede-terminazione e determinatezza* della fattispecie di illecito escludono che l'individuo possa essere punito in base a valutazioni di opportunità operate dal titolare del potere, proprio nel momento in cui determina la sanzione.

Pertanto, l'interesse pubblico protetto dalla norma che configura l'illecito non può costituire l'oggetto di una ponderazione con gli altri interessi pubblici coinvolti né con gli interessi dell'incolpato, ma esaurisce la sua rilevanza sul piano del giudizio di offensività della condotta⁸⁵, venendo in rilievo soltanto «come uno degli indici fattuali di commisurazione»⁸⁶.

⁸⁰ Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, cit., p. 250 ss.; ID., *Sanzioni amministrative*, cit., § 13.

⁸¹ Né la soggezione al principio di proporzionalità dell'attività sanzionatoria può essere considerato di per sé un indice della sua natura discrezionale (così S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 261-269), posto che tutta l'attività amministrativa, a prescindere dalla sua natura (pubblica o privata) e dal suo carattere (discrezionale, vincolato, tecnico) è soggetta al rispetto dei principi generali, di fonte nazionale ed europea.

⁸² In termini simili v. D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, cit., p. 79 che sostiene il carattere non discrezionale dell'attività sanzionatoria e la natura non provvedimentale della sanzione che riconduce alla tipologia della «decisione amministrativa», comprensiva degli «atti amministrativi, a carattere non dispositivo, bensì dichiarativo, aventi la funzione di accertare i presupposti e le conseguenze previsti dalla legge come reazione alla violazione di un precetto, accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto».

⁸³ Che non può essere equiparato agli altri poteri ablatori di cui è titolare l'amministrazione proprio in ragione della finalità propriamente punitivo-affittiva che lo caratterizza.

⁸⁴ S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 107; F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., spec. § 7.

⁸⁵ V. P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 55 ss: «in tale contesto, vi è da chiedersi se il rilievo giuridico dell'eventuale interesse pubblico coinvolto nell'esercizio del potere sanzionatorio non si esaurisca sul piano del giudizio di offensività della condotta, senza necessità di dover ipotizzare una discrezionalità amministrativa».

⁸⁶ V. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzione amministrativa*, cit., p. 370: «gli interessi devoluti alla cura dell'amministrazione (i cosiddetti interessi "sussidiati" dalla funzione sanzionatoria) possono incidere sulla commisurazione della sanzione. Essi quindi non possono dirsi estranei all'esercizio della funzione sanzionatoria, tant'è vero che la loro rappresentazione da parte dell'autorità amministrativa può costituire un elemento significativo per la determinazione del *quantum* della sanzione. Ma, in primo luogo, il rilievo riconosciuto a questi interessi va rigorosamente circoscritto alla valutazione della "gravità" della violazione; in secondo luogo, l'incidenza di questi interessi si risolve solo nella determinazione dell'entità della lesione o della messa in pericolo, con esclusione di qualsiasi apprezzamento 'libero', finalizzato alla migliore realizzazione degli stessi interessi».

In questo senso si può sostenere che sono i diritti fondamentali della persona incolpata (*i.e.* le norme costituzionali che li riconoscono) ad imporre che il potere punitivo, anche quando esercitato dall'amministrazione, sia espressione di un potere di valutazione diverso dalla discrezionalità: non implicante ponderazione di interessi e pienamente soggetto ai vincoli normativi; per questo assimilabile alla discrezionalità giudiziale⁸⁷.

7. Segue. La necessaria lettura delle norme attributive del potere

Se questa ricostruzione è corretta, come pare, sono le medesime garanzie costituzionali a rendere necessario che le fattispecie sanzionatorie siano configurate dal legislatore, e interpretate da chi è tenuto ad applicarle (amministrazione e giudice), in modo tale da escludere profili di discrezionalità politico-amministrativa.

Del resto, questa lettura è pienamente applicabile alle norme che prevedono i poteri di accertamento dei presupposti dell'illecito e di commisurazione della sanzione di Consob e di Banca d'Italia.

Le fattispecie disciplinate dal TUF e dal TUB contengono concetti giuridici indeterminati, la cui integrazione presuppone l'applicazione di criteri di ordine tecnico ("sana e prudente gestione", "abuso di informazioni privilegiate" etc.).

Si tratta dunque di valutazioni complesse che quand'anche opinabili sono sostanzialmente diverse dagli apprezzamenti politico-discrezionali, perché non attengono a interessi, ma a fatti da valutare con l'applicazione di specifiche regole tecnico-scientifiche⁸⁸.

Com'è stato chiarito dalla dottrina, e confermato dalla più recente giurisprudenza⁸⁹, esse implicano un duplice passaggio: in primo luogo la «con-

⁸⁷ Non pare condivisibile la tesi (di F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., spec. p. 128 ss) secondo la quale anche la discrezionalità giudiziale sarebbe equiparabile alla discrezionalità amministrativa in quanto attività di scelta finalizzata alla cura di un interesse pubblico diverso dal mero ristabilimento della giustizia obiettiva dell'ordinamento. Il dato decisivo, nel quadro costituzionale vigente, è che il giudice è un soggetto in posizione di indipendenza funzionale (*i.e.* sottoposto soltanto alla legge, ex art. 102 Cost.) non ha quindi autonoma legittimazione per compiere giudizi di valore "liberi" dalla legge né è ammesso un indirizzo politico che possa condurlo a privilegiare determinati interessi pubblici. Sul punto v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 741-743, 752-755 e ancora più puntualmente v. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 745 ss., spec. 749 ss., ove si ricollega la discrezionalità giudiziale proprio al principio costituzionale della soggezione del giudice (soltanto) alla legge.

⁸⁸ Su cui v. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 130 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1065. Di recente v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, spec. pp. 67-87 e 197-204, secondo il quale la natura tecnica delle funzioni di regolazione e di vigilanza dei mercati affidati alle Autorità indipendenti è un obbligo, imposto dalle fonti costituzionali ed europee, che trova la sua *ratio* proprio nel carattere indipendente delle stesse.

⁸⁹ La giurisprudenza del giudice amministrativo ammette un sindacato sempre più penetrante sulle valutazioni tecniche presupposte nell'attività sanzionatoria dell'AGCM. Cfr., da ultimo, Cons. Stato, 19 luglio 2019, n. 4990 che ha introdotto il criterio della c.d. «maggiore attendibilità» su cui M. COLANGELO, *Antitrust, regolazione ed incertezza scientifica: riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato nel caso Avastin-Lucentis*, in questa *Rivista*, 1, 2019, p.

cretizzazione della norma» ovvero «l'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati (...), mediante un'attività di (...), di specificazione della norma che tenga conto del caso concreto al quale deve applicarsi». In secondo luogo, la valutazione dei dati di fatto alla luce dei parametri tecnici ricavabili – in questo caso – dalle scienze economiche. In nessuna delle operazioni vengono però in rilievo apprezzamenti di interessi⁹⁰.

Allo stesso modo se si va a considerare i «criteri elastici» individuati dall'art. 11 legge n. 689/1981 e dalle disposizioni del TUF e del TUB – che secondo la dottrina dimostrerebbero la natura discrezionale del potere –, si rileva che essi individuano elementi di qualificazione delle condotte illecite, sotto il profilo oggettivo⁹¹ e soggettivo⁹², solo alcuni dei quali valutabili mediante l'applicazione di parametri tecnici⁹³; dunque criteri concernenti profili di fatto⁹⁴.

Conclusioni non dissimili, infine, valgono anche rispetto alle deroghe al principio di obbligatorietà della risposta sanzionatoria (i.e. di vincolatezza nell'an del relativo potere) introdotte dalle alcune recenti riforme, il cui esempio più evidente è l'istituto del c.d. *cease and desist order* che consente alle Autorità di impartire un provvedimento ordinatorio in luogo della sanzione, in caso di infrazioni connotate da «scarsa offensività o pericolosità»⁹⁵.

195 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2021, p. 335 ss. Si veda anche la casistica esaminata dal documento elaborato dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, cit. Sul sindacato sulle valutazioni tecniche, tra i molti, V. F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, cit., p. 112; A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giur. econ.*, 2, 2002, p. 425 ss.; ID., *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; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 715 ss.; S. TORRICELLI, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, in ELISENDA MALARET GARCIA, *Autonomía administrativa decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thompson Reuters, 2019, pp. 1-30.

⁹⁰ In questo senso F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 257 ss. (spec. § 4); F.G. SCOCA-F. DEgni, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, Donzelli, Roma, 2007, p. 21.

⁹¹ Cfr. l'art. 194-bis TUF, lett. a) gravità e durata della violazione; d) entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, nella misura in cui essa sia determinabile; e) pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione, nella misura in cui il loro ammontare sia determinabile. V. gli analoghi criteri previsti dall'art. 144-quater, lett. a) d), e), del TUB.

⁹² Cfr. l'art. 194-bis TUF lett. b) grado di responsabilità; c) capacità finanziaria del responsabile della violazione; f) livello di cooperazione del responsabile della violazione con la Banca d'Italia o la Consob; g) precedenti violazioni in materia bancaria o finanziaria commesse da parte del medesimo soggetto; h-bis) misure adottate dal responsabile della violazione, successivamente alla violazione stessa, al fine di evitare, in futuro, il suo ripetersi. V. gli analoghi criteri previsti dall'art. 144-quater, lett. a) f) g), del TUB.

⁹³ Cfr. l'art. 194-bis, comma 2, TUF lett. g-bis) la criticità dell'indice di riferimento per la stabilità finanziaria; h) potenziali conseguenze sistemiche della violazione; e l'art. 144-quater, lett. h), del TUB.

⁹⁴ In questi termini si veda F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, cit., p. 847 ss. l'adozione e la misura dei provvedimenti sanzionatori «non sono correlati con l'apprezzamento di interessi pubblici ma di ben altri fattori (gravità della violazione, grado della responsabilità, circostanze aggravanti o diminuenti, ed anche, se si vuole, equità)».

⁹⁵ Cfr. gli art. 144-bis TUB e 194-quater TUF e la modifica dell'art. 187-ter.1 da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 che al comma 9 stabilisce che «Quando le infrazioni sono connotate da scarsa offensività o pericolosità, in luogo delle sanzioni pecuniarie previste dal presente articolo,

Anche in questo caso, la scelta del se irrogare la sanzione non è subordinata ad un apprezzamento propriamente discrezionale, ma alla valutazione del grado di riprovevolezza del comportamento illecito. Ciò presuppone di valutare l'intensità della lesione inferta agli interessi pubblici tutelati e di stabilire quale sia la soluzione (tra l'ordine di desistere e l'irrogazione della sanzione) che meglio ne garantisca la salvaguardia, anche nella prospettiva di una maggiore adeguatezza e proporzionalità dell'intervento di vigilanza, ma non richiede un bilanciamento che tenga conto anche degli interessi del sanzionando.

8. L'assenza di profili riservati nelle valutazioni (tecniche e “punitive”) con cui si svolge l'attività sanzionatoria

Con quanto finora considerato si è cercato di dimostrare che i diritti fondamentali su cui incide la funzione sanzionatoria (in particolare i diritti alla *imparzialità della risposta sanzionatoria* e alla *predeterminazione e determinatezza* della fattispecie di illecito) impongono che l'attività che ne costituisce esercizio si espliciti mediante valutazioni tecniche complesse – per quanto riguarda l'accertamento dei presupposti – e in attività valutative di carattere “punitivo” – per quanto attiene alla determinazione e alla commisurazione della sanzione.

Si potrebbe però obiettare che, seppur non discrezionali, si tratti comunque di attività di competenza esclusiva dell'amministrazione, perciò espressione di un potere in senso proprio a fronte del quale sono riconoscibili interessi legittimi e il sindacato del giudice trova il limite della c.d. riserva di valutazione.

Tuttavia, come dimostrato in dottrina, non ogni potere di valutazione, ancorché avente ad oggetto fatti tecnicamente complessi, è riservato in quanto tale; occorre invece considerare se ciò sia ammissibile alla luce del quadro normativo nel suo complesso, comprensivo delle norme di riconoscimento delle posizioni soggettive su cui il potere incide⁹⁶.

Ecco dunque che anche sotto questo profilo, assume uno specifico rilievo l'indirizzo giurisprudenziale prima richiamato (§ 4.1.).

Infatti – come ricordato – la “portata sostanziale” della teoria dei diritti fondamentali conduce a definire l'ambito e la misura del potere riconoscibile all'amministrazione a partire dalla norma costituzionale sul diritto. La conseguenza è che se un determinato diritto è protetto in modo “assoluto” dalla Costituzione (e/o dalle Carte europee), si deve concludere che rispetto ad esso non è possibile configurare poteri amministrativi riservati. Ovvero, più precisamente, che per la parte concernente il contenuto essenziale, nei limiti definiti in via interpretativa, la “riserva di persona” (posta dalla norma di riconoscimento del diritto) esclude che possa esservi una riserva di potere: non sarà configurabile merito né riserve di amministrazione in caso di attività valutative.

Ebbene, come considerato (§ 5), nella materia in esame la recente giurisprudenza sulle sanzioni amministrative “punitive” conferma senz'altro il carat-

la Consob, (...) può applicare misure inibitorie e ordinatorie (ordine di eliminare le infrazioni contestate) o una dichiarazione pubblica avente ad oggetto la violazione commessa una volta che è cessata».

⁹⁶ V. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 226 ss. ID, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, cit., p. 142.

tere “assoluto” (nel significato appena precisato) dei diritti alla *imparzialità della risposta sanzionatoria* e alla *predeterminazione e determinatezza* della fattispecie di illecito, tanto che le relative norme costituzionali (e convenzionali) sono utilizzate come parametro per la conformazione della potestà sanzionatoria in via prioritaria rispetto alle qualificazioni ricavabili dalla disciplina ordinaria, di fonte nazionale ed europea⁹⁷.

Dunque, se questa ricostruzione è corretta – come pare – si può sostenere che la protezione riconosciuta alle posizioni soggettive in esame è tale da escludere che i poteri di valutazione (tecnica e punitiva), esercitati dalle Autorità nell'accertamento dei presupposti dell'illecito e nella irrogazione della sanzione, possano essere riservati.

9. Le conseguenze in termini di sindacato giurisdizionale. La *ratio* della giurisdizione “piena” e “sostitutiva” in materia di sanzioni

Tali conclusioni consentono di replicare anche gli argomenti usati dalla dottrina per sostenere che un potere sanzionatorio configurato come discrezionale e devoluto al controllo del giudice amministrativo garantirebbe maggiore effettività della tutela giurisdizionale⁹⁸.

Infatti, se – per le ragioni che si è cercato di dimostrare – le valutazioni di cui si compone l'attività sanzionatoria non sono riservate, il controllo giurisdizionale assume la massima intensità di volta in volta consentita dalle norme, di vario livello, che disciplinano la fattispecie; in ogni caso, un'intensità maggiore di quella raggiungibile attraverso il sindacato di eccesso di potere relativo ad un'attività discrezionale che incontra il limite del merito.

D'altra parte, la ricostruzione del giudizio di opposizione come giudizio sul rapporto seguita dal giudice ordinario – depurata degli eccessi sostanzialistici più recenti⁹⁹ – non si pone in contrasto con le necessarie esigenze di tutela delle posizioni soggettive coinvolte.

Pare corretta, infatti, l'impostazione di fondo secondo la quale il giudizio di opposizione ha ad oggetto l'accertamento dei fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria, ovvero – dal punto di vista dell'attore – del diritto a non essere sanzionato se non nei casi e nei modi stabiliti dalla legge.

La conseguenza è che il sindacato del giudice non si limita alla verifica della legittimità dell'atto-sanzione, ma si estende agli elementi costitutivi del rapporto, coinvolgendo i profili di fatto (concernenti l'esistenza dell'illecito, quale elemento costitutivo della pretesa creditoria della p.a.) e di diritto (relativi alla qualificazione giuridica di quei fatti)¹⁰⁰, seppur nel rispetto del principio dispositivo proprio del giudizio civile¹⁰¹.

⁹⁷ Cfr. le pronunce citate al § 5.

⁹⁸ V. gli Autori citati alla nota n. 40.

⁹⁹ Su cui v. *infra* nel testo.

¹⁰⁰ Sul punto v. G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg. 2002, p. 1005. Per la diversa tesi che individua l'oggetto del giudizio nel provvedimento amministrativo, quale espressione del potere sanzionatorio, v. W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 293-302.

¹⁰¹ Al riguardo v. P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, tomo I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 610.

Sul punto va peraltro considerato che la Corte di Cassazione¹⁰² ha di recente ridimensionato la portata della teoria – di origine CEDU¹⁰³ – della compensazione dei vizi procedurali in sede processuale, così superando l'orientamento che affermava la sostanziale irrilevanza della violazione delle garanzie del contraddittorio¹⁰⁴.

In questo senso si è sostenuto che «la consolidata configurazione del giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative come giudizio sul rapporto (...) non autorizza la totale obliterazione del controllo di legittimità del provvedimento sanzionatorio sotto il profilo del rispetto del *nucleo essenziale delle garanzie endo-procedimentali* (individuate nella contestazione del fatto illecito e nella espressa valutazione delle controdeduzioni dell'interessato) che deve essere assicurato già in sede procedimentale e la cui violazione determina l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio»¹⁰⁵.

Anche considerata questa importante evoluzione – che peraltro è suscetti-

¹⁰² Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521.

¹⁰³ Cfr. Corte eur., sez. II, 4 marzo 2014, n. 18640/10, causa *Grande Stevens c. Italia*, in part. § 139; sul punto cfr. anche Cass., sez. II, 15 giugno 2020, n. 11481, secondo cui «gli Stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica di tale Convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 della Convenzione».

¹⁰⁴ La lettura sostanzialistica delle garanzie procedurali, la cui rilevanza era definiva in relazione all'incidenza che avevano avuto sull'accertamento svolto dall'amministrazione (v. P. Cerbo, *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2021, pp. 203-216, spec. p. 211), aveva trovato un autorevole avallo nella c.d. teoria della continuità tra procedimento e processo di origine CEDU, tanto che la Cassazione era giunta ad affermare la sostanziale irrilevanza dei vizi procedurali, seppur con argomentazioni diverse a seconda che venissero in rilievo sanzioni amministrative sostanzialmente penali ovvero prive di tale carattere. Rispetto alle prime si affermava che dal diritto convenzionale è ricavabile che il procedimento amministrativo, anche se non rispetta esso stesso le garanzie di cui all'art. 6 della CEDU, è comunque *ab origine* legittimo se destinato a concludersi con un provvedimento impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e presso il quale è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti (v. Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2018, n. 3734; in senso conforme cfr. Cass. civ., II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2019, n. 8237, Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820; Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4; Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 2017, n. 770). Per le sanzioni prive di "sostanza penale", invece, si sosteneva che non si ponesse neppure la questione dell'applicabilità delle norme della CEDU né dei precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.), i quali riguardano espressamente solo il giudizio che si svolge davanti al giudice (Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9561; Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass. civ., sez. V, 30 ottobre 2018, n. 27564; Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210, e Cass. civ., sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683). Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di Consob nella "confusione" fra vigilanza e sanzione*, cit., p.185 ss.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2022, n. 4521 punto 31 delle *Ragioni della decisione* ove si afferma che «la corretta identificazione delle caratteristiche del contraddittorio che, ai sensi dell'art. 195, comma 2, e dell'art. 187 *septies*, comma 2 TUF, deve caratterizzare i procedimenti per l'applicazione delle sanzioni Consob e Banca d'Italia non può che emergere da un bilanciamento tra il riconoscimento della forte connessione che il nostro ordinamento instaura tra la funzione sanzionatoria e la funzione di vigilanza, da un lato, e il riconoscimento che la garanzia del contraddittorio procedimentale è comunque funzionale a tutelare, già nella sede amministrativa, anche un interesse proprio del cittadino, connesso allo status di incolpato, e che la protezione di tale interesse non può essere interamente rinviata alla fase della opposizione giurisdizionale al provvedimento sanzionatorio».

bile di ulteriori sviluppi¹⁰⁶ – non vi è dunque alcuna ragione di ordine normativo o sistematico che possa giustificare una deferenza nel controllo giurisdizionale sull'attività di accertamento, di valutazione e di qualificazione giuridica svolte dalle Autorità di vigilanza¹⁰⁷.

Al contrario – nella prospettiva proposta – le norme, nazionali¹⁰⁸ ed europee¹⁰⁹, che stabiliscono la giurisdizione piena in materia di sanzioni¹¹⁰ assumono uno specifico fondamento costituzionale ed esprimono una *ratio* preci-

¹⁰⁶ Una lettura costituzionalmente orientata delle fonti primarie prima richiamate (l. 689/1981 e artt. 24 legge n. 262 del 2005, 187 *septies* e 195 TUF) porta a sostenere che il nucleo essenziale delle garanzie endo-procedimentali non possa includere soltanto la contestazione del fatto illecito e la valutazione delle controdeduzioni dell'interessato, ma debba comprendere altre garanzie quali l'audizione orale, ove richiesta, la piena conoscenza degli atti istruttori e la distinzione, quanto meno funzionale, tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. Con riferimento a quest'ultimo profilo pare criticabile l'orientamento della Cassazione (v. ad esempio sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4 che richiama un orientamento consolidato) in base al quale «al procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative in materia bancaria e creditizia è applicabile la legge n. 241/1990, art. 3 e, conseguentemente, il decreto che applica la sanzione può essere motivato *per relationem*, mediante il rinvio all'atto recante la proposta di irrogazione della sanzione, purché quest'ultimo sia richiamato nel provvedimento con la precisa indicazione dei suoi estremi e sia reso disponibile agli interessati, secondo le modalità che disciplinano il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione (Cass. 11 gennaio 2006 n. 389; v. anche Cass. 20 febbraio 2004 n. 3396). Il Direttorio, pertanto, ove condivida le argomentazioni illustrate nella proposta dalla Commissione, non è tenuto a ripetere e ribadire le stesse argomentazioni (Cass. 3 dicembre 2013 n. 27038)». Tale interpretazione, infatti, non dà adeguato rilievo al testo dell'art. 24, comma 2, legge n. 262/2005 che pone l'obbligo di motivazione da parte dell'organo che applica la sanzione senza richiamare la possibilità di motivazione *per relationem*, con l'intenzione quindi di escluderne l'applicazione proprio in ragione del fatto che tale istituto è incompatibile con l'esigenza di distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

¹⁰⁷ Sotto questo profilo sono pienamente condivisibili le critiche mosse alle interpretazioni restrittive e alla "deferenza" talvolta mostrata dal giudice ordinario da M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, cit., p. 100; ID., *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2, 2020, supplemento, p. 44-45; E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca di Italia e Consob: un'anomalia italiana*, cit., pp. 293-296; W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca di Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, cit., p. 293 ss., e da ultimo A. MAGLIARI, *Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata*, cit., p. 88 ss.

¹⁰⁸ Cfr. l'art. 23 legge n. 689/81, oggi art. 6 d.lgs. n. 150/2011. V. gli artt. 187-sexies e 195 TUF, l'art. 145 TUB.

¹⁰⁹ Sul canone della «full jurisdiction» ricavabile dall'art. 6 CEDU, per come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo v. G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, p. 9 ss. In dottrina, tra gli altri, v. L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere*, *ivi*, p. 237 ss.; G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, *ivi*, pp. 297-320; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1 ss.

¹¹⁰ Impropriamente definita "sindacato esteso al merito" dall'art. 134 c.p.a. Sul punto v. F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 287 ss: «Quando si afferma, anche nella giurisprudenza comunitaria, che al Giudice compete il sindacato di merito, quanto meno con riguardo alle sanzioni, secondo me ci si intende riferire ad un concetto, che si potrebbe esprimere più correttamente in altri termini: nei confronti delle sanzioni il Giudice può sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità. Non si tratta peraltro di vero e proprio sindacato di merito, ossia di valutazione delle scelte discrezionali, ma di (nuova) determinazione in ordine alla fondatezza della parte della decisione dell'Autorità che riguarda le sanzioni. La locuzione "sindacato di merito" indica soltanto che il Giudice può, sostituendosi all'Autorità, stabilire lui l'ammontare (o meglio l'*an* e il *quantum*) della sanzione; applicando semplicemente le disposizioni di legge e senza alcuna valutazione di opportunità amministrativa».

sa: il sindacato del giudice è pieno ¹¹¹ e sostitutivo ¹¹² perché il potere punitivo incide su diritti fondamentali della persona rispetto ai quali non possono sussistere profili riservati.

10. Nota conclusiva: le implicazioni sul riparto della giurisdizione

In definitiva, sulla base di quanto considerato, pare possibile sostenere che il carattere non discrezionale e, più in generale, non riservato del potere sanzionatorio è imposto dal sistema costituzionale in ragione della natura delle posizioni soggettive su cui incide.

Sul piano della giurisdizione se ne ricava che l'attribuzione al giudice ordinario del contenzioso sanzionatorio di Consob e di Banca d'Italia è pienamente coerente con i principi costituzionali; fermo restando i limiti del sindacato effettivamente svolto, che anche la ricostruzione proposta potrebbe contribuire a superare.

D'altra parte, qualora il legislatore devolvesse la giurisdizione al giudice amministrativo, non si potrebbe non tener conto di tale assetto per la definizione dei suoi poteri di accertamento e di decisione, al fine di assicurare contenuti della tutela coerenti con i caratteri sostanziali delle posizioni soggettive coinvolte.

Com'è stato osservato, infatti, «se in una particolare materia esiste un diritto soggettivo (...) prima della introduzione della giurisdizione esclusiva (cioè in base alla disciplina sostanziale della materia), quel diritto non può cessare di essere tale solo perché la sua cognizione venga affidata al giudice amministrativo» ¹¹³.

¹¹¹ Ovvero esteso a tutti i profili di fatto e di diritto del rapporto controverso, da accertare disponendo di tutti i necessari mezzi istruttori.

¹¹² Nel senso che si avvale di poteri decisori che possono implicare, oltre all'annullamento della sanzione, qualora risultino non provati i fatti costitutivi dell'illecito, anche la modifica della sanzione qualora risultino violati i criteri per la sua determinazione, ferma restando l'aderenza alle doglianze presentate del sanzionato nel ricorso introduttivo del giudizio. Su quest'ultimo profilo, si veda P. CERBO, *Giudice ordinario e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2012, p. 741 ss., ID., *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, cit., pp. 213-214. secondo il quale devono «assumere rilievo condizionante del controllo operato dal giudice lo svolgimento della pregressa fase amministrativa e della tipologia di doglianze presentate dal sanzionando nel ricorso introduttivo del giudizio», pena il venir meno della «ratio conferita alla sanzione amministrativa (dalla legge n. 689/ 1981), vale a dire la responsabilizzazione dell'amministrazione per la finalità punitiva».

¹¹³ M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, cit., p. 330 ss.



COMMENTI

Regolazione *soft* dei mercati e qualità delle regole

Soft market regulation and better regulation tools

di **Maria Bianca Armiento** *

ABSTRACT

La produzione degli atti di regolazione dei mercati è accompagnata da garanzie procedurali molto forti (in termini di motivazione, partecipazione e accesso) ed è sottoposta agli strumenti di qualità delle regole, come AIR, VIR e consultazioni. Muovendo dall'analisi empirica di interventi di *soft regulation* delle autorità di regolazione dei mercati (ANAC, Banca d'Italia, CONSOB, IVASS, ARERA e AGCOM), il presente contributo mette in luce la natura regolatoria di alcuni di questi. Inoltre, esamina le prospettive e le criticità che derivano dall'ipotetica applicazione degli strumenti di *better regulation* alle *soft regulation*.

Rulemaking in market regulation is accompanied by very strong procedural guarantees (such as motivation, participation and access) and is subject to better regulation tools, such as ex ante and ex post impact assessment and consultations. Starting from the empirical analysis of soft regulations by market regulators (the Anti-Corruption Authority, Bank of Italy, the Italian Companies and Exchange Commission, the Institute for the Supervision of Insurance, the Energy Market and Environment Authority, and the Authority for Communications Guarantees), this paper highlights their regulatory nature on some occasions. Moreover, it examines the perspectives and the criticalities stemming from the hypothetical application of better regulation tools to soft regulation.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Soft regulation* e regolazioni dei mercati. – 3. La *soft regulation* nei mercati regolati: esperienze applicative. – 3.1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). – 3.2. La Banca d'Italia. – 3.3. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB). – 3.4. L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS). – 3.5. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM). – 3.6. L'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA). – 4. La *soft regulation* nei mercati regolati alla prova della *better regulation*: prospettive e limiti. – 5. Verso una crescente "flessibilizzazione" della regolazione dei mercati?

1. Introduzione

La produzione di atti amministrativi generali da parte delle autorità amministrative indipendenti, in grado di incidere sui mercati¹, è notoriamente sot-

* Assegnista di ricerca di diritto amministrativo e docente a contratto di diritto pubblico dell'economia, Università di Roma Lumsa.

toposta a garanzie procedurali molto rigide². I regolatori dei mercati, a differenza di quanto avviene per le amministrazioni statali ex *lege* 7 agosto 1990, n. 241, sono infatti assoggettati, a vario titolo, all'obbligo di motivare i propri atti generali e a garantire sia la partecipazione degli interessati al processo decisionale sia il diritto d'accesso³. In aggiunta, il *rulemaking* delle autorità di regolazione è assoggettato anche agli strumenti di qualità delle regole quali l'analisi di impatto della regolazione (AIR), la verifica d'impatto della regolazione (VIR) e le consultazioni. Come infatti è ormai noto, la legge 29 luglio 2003, n. 229 ha previsto che tutte le autorità amministrative indipendenti si dotassero di «forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza»⁴. Successivamente, la legge 28 dicembre 2005, n. 262 ha ribadito l'obbligo per i regolatori dei mercati finanziari di adottare per atti generali e regolamentari una disciplina procedurale⁵.

Ognuno di questi strumenti – che contribuiscono alla legittimazione della funzione regolatoria⁶ – ha una finalità ben precisa e rispettivamente: di offrire al decisore un supporto informativo relativamente all'opportunità e al contenuto di un potenziale intervento regolatorio⁷; di fornire indicazioni in merito

¹ La nozione di *economic regulation* è spesso associata alla *regulation by independent authorities*, ossia quell'intervento pubblicistico volto a correggere l'eventuale fallimento dei mercati (caratterizzati, ad esempio, da processi di liberalizzazione come quello delle comunicazioni elettroniche): per questa interpretazione, si rinvia, per tutti, a A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000. Di recente, oltre ai contributi citati nell'ambito del presente lavoro, si vedano anche F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Diritto dell'economia*, n. 3, 2018, p. 697 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2020, p. 764 ss.; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della costituzione*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2008, p. 121 ss.; B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto di regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2014, p. 5 ss. e A. ZITO, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 805 ss.; anche con riferimento all'uso degli strumenti per la qualità delle regole, si veda P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2018, p. 337 ss.

² In questo senso, nel distinguere la regolazione dalla «disciplina o ingerenza pubblica», S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2002, pp. 266-267 osserva come le autorità di regolazione siano sottoposte al «principio del giusto procedimento», in quanto la loro attività «non è svolta in forme libere, bensì secondo moduli predeterminati». Sul tema delle garanzie procedurali delle autorità di regolazione dei mercati, può richiamarsi peraltro una risalente, ma molto nota sentenza del Consiglio di Stato (C.d.S., VI, 20 aprile 2006 n. 2206). Gli operatori del settore del gas naturale avevano impugnato una deliberazione dell'allora denominata Autorità per l'energia elettrica e il gas che aveva stabilito i criteri di determinazione delle tariffe relative all'attività di distribuzione del gas naturale nel secondo periodo di regolazione del mercato (settembre 2004-ottobre 2008); la delibera era stata poi annullata in parte dal Tar Lombardia. In sede di appello, gli operatori avevano proposto appello incidentale, deducendo che gli operatori del settore non avrebbero potuto partecipare al procedimento regolatorio. Nel caso di specie, i giudici di Palazzo Spada hanno rilevato come, in realtà, il meccanismo del *notice and comment* esperito dall'Autorità avrebbe comunque garantito il contraddittorio.

³ A tal proposito, osserva come vi sia «un'asimmetria tra l'impianto della legge n. 241/1990 e le specifiche esigenze della funzione regolativa» E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2004, pp. 687-688.

⁴ Art. 12, legge 29 luglio 2003, n. 229.

⁵ Art. 23, legge 28 dicembre 2005, n. 262.

⁶ Così, N. RANGONE, *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell'AIR*, in *Conc. merc.*, n. 1, 2012, p. 679.

⁷ Nelle *Better regulation guidelines* adottate dalla Commissione europea (Bruxelles, 3 novembre 2021 SWD (2021) 305 final), l'analisi di impatto della regolazione (*impact assessment*) viene definita come «about gathering and analysing evidence to support policymaking».

all'efficacia e utilità di una regola già vigente⁸; e di raccogliere informazioni da parte degli interessati, anche al fine di mettere in luce eventuali criticità della misura che s'intende adottare⁹. Da allora, i regolatori, in tempi diversi, hanno adottato discipline molto eterogenee in tema di AIR, consultazioni e VIR, con risultati non sempre soddisfacenti.

Questa premessa è funzionale alle riflessioni che ci si accinge a svolgere: la pandemia di Covid-19 sembra aver messo in crisi l'ordinario circuito di produzione delle regole giuridiche¹⁰, anche alla luce di un certo allentamento relativo all'applicazione delle garanzie procedurali poc'anzi accennate¹¹, nonostante gli inviti dei regolatori internazionali a non abbandonare gli strumenti di *better regulation*, ma piuttosto di adattarli al mutato contesto¹². Un sintomo di quello che è stato definito un vero e proprio «democratic deficit»¹³ è rappresentato dalla circostanza che i decisori pubblici, al pari di quanto avvenuto per far fronte ad altre situazioni emergenziali¹⁴, hanno fatto (e continuano a fare) larghissimo uso di quella che viene comunemente definita *soft law*. L'espressione indica una serie di atti particolarmente diffusi nel diritto internazionale¹⁵

⁸ Cfr. l'analisi offerta da OECD, *Ex-post assessment of regulation: Practices and lessons from OECD countries*, OECD Publishing, Parigi, 2018.

⁹ Con riferimento alle autorità indipendenti, è stato osservato come una delle funzioni delle consultazioni sarebbe quella di colmare le asimmetrie informative che «dipendono dal divario di informazioni e di conoscenze esistente tra l'apparato pubblico che esercita il potere normativo e i soggetti regolati, i quali dispongono usualmente di un numero di dati e informazioni maggiore» (M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 168).

¹⁰ Si pensi soprattutto alle prime fasi di gestione del virus, caratterizzate dalla stratificazione di fonti normative molto eterogenee e diverse dalla «legge tradizionale», come, ad esempio, d.P.C.M. o ordinanze del Ministero della salute, ordinanze e decreti regionali (cfr. sul punto, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, p. 109 ss.), ingenerando spesso confusione tra i consociati: in tema, si veda per tutti G. VESPERINI, *Il diritto del coronavirus*, in *Giornale dir. amm.*, n. 3, 2020, p. 277.

¹¹ Per esigenze di completezza, pur non essendo oggetto della presente analisi, si deve sottolineare come le numerose *soft regulation* prodotte durante la pandemia di Covid-19 non siano sottoposte né ad AIR, né a VIR, né a consultazione. Questa lacuna si riscontra a livello europeo soprattutto con riferimento alle consultazioni (per una critica, si vedano M. ELIANTONIO-O. STEFAN, *The elusive legitimacy of EU soft law: an analysis into consultation and participation in the process of adopting COVID-19 soft law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 12, n. 1, 2021, p. 159 ss.).

¹² Su tutte, si pensi alle indicazioni adottate dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), che, pur riconoscendo la complessità di una valutazione *ex ante* di possibili effetti della regolazione, non dovrebbero trascurarsi forme di monitoraggio *ex post* e di consultazione dei soggetti interessati (OCSE, *Regulatory quality and COVID-19: The use of regulatory management tools in a time of crisis*, 30 settembre 2020).

¹³ M. ELIANTONIO-O. STEFAN, *op. cit.*, p. 175.

¹⁴ Si pensi alle comunicazioni adottate dalla Commissione europea tra il 2008 e il 2009 e volte al salvataggio, tramite aiuti pubblici, delle banche in crisi di liquidità dopo lo *shock* economico originatosi negli Stati Uniti con il dissesto di *Lehman Brothers* (come la Comunicazione della Commissione, *L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*, 25 ottobre 2008, C 270/8). Anche nella gestione della pandemia di Covid-19 si ravvisa la tendenza ad adottare atti riconducibili alla *soft law*: si pensi al *Temporary Framework* in materia di aiuti di Stato del marzo del 2020 oppure a quello in materia di accordi di cooperazione tra le imprese per facilitare trasporto, produzione e distribuzione di beni essenziali. Per una qualificazione in questi termini: J.L. BUENDIA-A. DOVALO, *State Aid Versus COVID-19. The Commission Adopts a Temporary Framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 1, 2020, spec. p. 4.

¹⁵ Sul punto, cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 51 ss.

e nel diritto sovranazionale¹⁶, che, pur essendo giuridicamente vincolanti, non sarebbero comunque del tutto privi di effetti per i destinatari¹⁷.

Neppure la regolazione dei mercati, in cui le garanzie procedurali sono tradizionalmente più forti rispetto ad altre attività amministrative, sembra essere esente da siffatta “flessibilizzazione” (a cominciare, già da diverso tempo, dal mercato dei contratti pubblici), soprattutto nell’anno della pandemia¹⁸. Questo è avvenuto non solo nei mercati finanziari (nella tradizionale ripartizione “ampia” di mercato bancario, mobiliare e assicurativo)¹⁹, in cui vi è già da molti anni un ricorso estensivo alla *soft law* (anche declinata in termini di “*soft regulation*”²⁰), ma anche nei regolatori dei mercati dei servizi di pubblica utilità.

¹⁶ È noto come, in aggiunta alle fonti primarie (i Trattati) e secondarie (regolamenti, direttive e decisioni) del diritto dell’Unione Europea, vi sia non solo una congerie di atti non vincolanti come pareri e raccomandazioni (previsti dall’art. 288, § 5, TFUE), ma anche degli atti atipici, come programmi di azione, risoluzioni, comunicazione, nonché atti di c.d. *prelaw*, quali, a titolo esemplificativo, i Libri Verdi e i Libri Bianchi. Un’analisi di vari strumenti di *soft law* adottati dalle istituzioni europee è offerta dal documento del Parlamento europeo *Better Regulation and the Improvement of EU Regulatory Environment. Institutional and Legal Implications of the Use of “Soft Law” Instruments*, 2007. Per una ricostruzione, si rinvia ad A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, p. 255 ss. (spec. § 3). Osserva M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2017, p. 158, come, nel contesto sovranazionale, «la soft law nondimeno comporta pur sempre perdite di sovranità, altrimenti non previste, al punto da consentire un controllo (non formale) delle politiche nazionali». Essa, dunque, può «porsi come effettiva alternativa alla hard law, la quale però non viene sempre meno, nel senso che si creano spesso complicati intrecci e contaminazioni di hard e soft law, i quali rendono più sfumate le differenze tra le medesime».

¹⁷ Questa definizione è ripresa da R. BAXTER, *International Law in Her Infinite Variety*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, 1980, p. 554: a tal proposito, l’A. vi giunge analizzando alcune previsioni contenute in trattati e accordi internazionali che non avrebbero il requisito della vincolatività per gli Stati.

¹⁸ Relativamente all’anno della pandemia, si è infatti assistito a un incremento della *soft regulation* in alcuni mercati regolati. Per un’analisi, sia consentito rinviare a M.B. ARMIENTO, *La soft regulation nelle autorità indipendenti e gli strumenti per la qualità delle regole*, in G. MAZZANTINI-L. TAFANI (a cura di), *L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2020*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 265 ss.

¹⁹ Cfr. M. DE BELLIS, voce *Mercati finanziari [disciplina pubblicistica]*, in *Enciclopedia Treccani. Diritto online*, 2018 e S. AMOROSINO, *Mercati finanziari (Vigilanza sui)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3617.

²⁰ In questo senso, si veda M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, n. 2, 2016, p. 54, la quale, nel sottolineare come «[i]l settore dei mercati finanziari è stato ed è tuttora [...] il regno della *soft regulation*» osserva come «è *soft regulation* la *soft law* propria di ambiti caratterizzati dalla presenza di autorità di regolazione, configurandosi tra le due nozioni un rapporto di genere a specie». Ai fini del presente contributo, si usa dunque l’espressione *soft regulation*, muovendo dal concetto originario di *economic regulation*. Ma parlare di *soft regulation* appare ugualmente corretto se si abbraccia una definizione “ampia” di regolazione, come quella elaborata dall’OCSE nel 1997 (*The OECD Report on Regulatory Reform*, 1997), che fa riferimento a «diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens», ricomprendendo non solo le leggi, ma anche una serie di atti emanati dai pubblici poteri a qualsiasi livello («formal and informal orders and subordinate rules») e ogni altra regola adottata da soggetti non pubblici a cui viene delegato l’esercizio del potere regolatorio; siffatta definizione si rinviene peraltro anche nella letteratura anglosassone, che include tutti quei tutti quei «mechanisms» che hanno origine sia dallo Stato sia dal mercato, e che sono grado di influenzare i comportamenti (R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2011). Nella dottrina italiana, si veda N. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5057). Pertanto, poiché la «legislazione è una delle forme che la regolazione può assumere» (M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO, *L’intervento pubblico*

Eppure, l'uso di questi strumenti non è privo di conseguenze. Lungi infatti dal rivolgere "consigli" ai soggetti regolati agli utenti, ciò che sembra emergere è che queste regolazioni *soft* contengano vere e proprie regole per i mercati.

Cosa ne consegue, dunque? Dopo aver ricostruito le caratteristiche della *soft regulation* (par. 2), si analizzano criticamente le esperienze delle autorità di regolazione del mercato dei contratti pubblici, dei mercati finanziari e dei mercati dei servizi di pubblica utilità (par. 3). L'esame permette di mettere in luce come alcuni di questi atti non possano considerarsi *soft regulation*, ma, contenendo regole, potrebbero essere assimilati ad atti di regolazione veri e propri. Si ipotizza pertanto che, seppur con le dovute distinzioni, possano essere sottoposti agli strumenti della qualità della regolazione (AIR, VIR e consultazioni) (par. 4). Si conclude formulando alcune riflessioni sulla necessità che anche le regole formate in modo *soft* possano essere "di qualità" (par. 5).

2. *Soft regulation* e regolazioni dei mercati

Prima di addentrarsi nelle esperienze applicative dei regolatori dei mercati, è necessario individuare alcuni "indici" tipici della *soft regulation* (anche in relazione al connesso concetto di *soft law*) che permettano di distinguere queste "regolazioni" dal "rulemaking tradizionale" delle autorità indipendenti. Come si identifica, dunque, la *soft regulation*?

In primo luogo, vi è una componente *formale*, connessa alla nomenclatura dell'atto. È noto come sotto l'espressione di *soft regulation* ricadano numerosi atti²¹ quali «linee guida, direttive, orientamenti, raccomandazioni, codici di condotta, modelli di metodi e processi, schemi di atti e contratti, raccolte di buone pratiche; ma anche FAQs, dichiarazioni d'intenti, lettere, annunci e dichiarazioni alla stampa, regole non scritte e meri comportamenti dotati di autorevolezza»²². Parimenti, vi sarebbe una componente "linguistica" per cui si deve tenere in considerazione «come sono formulate le singole punteggiature» con la conseguenza che si è in presenza di *soft regulation* quando vi sono formule che si traducono in inviti o consigli²³.

In secondo luogo, vi sono alcuni profili che attengono alla funzione e al contenuto della *soft regulation*. Mutuando una tripartizione che si è affermata nella dottrina eurounitaria²⁴, le *soft regulation* possono anzitutto costituire una

nell'economia, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 137), si potrebbe propendere anche per una qualificazione della *soft regulation* come a sua volta "parte" della *regulation* e come comprensiva, di conseguenza, anche della *soft law*.

²¹ È stato sottolineato come si tratterebbe «più di una nebulosa che di un insieme ben strutturato di concetti» (M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2017, p. 730).

²² Così, B.L. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in questa *Rivista*, n. 2, 2016, p. 32. Un'elencazione (non esaustiva) di atti di *soft regulation* è offerta da *Conseil d'État, Le droit souple*, Collana *Le rapports de le Conseil d'État*, Rapport 2013 (reperibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple>).

²³ Così, G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, p. 3, il quale osserva come siffatti strumenti *soft* contengano espressioni quali "è preferibile" o "quando è opportuno".

²⁴ Questa distinzione, elaborata nel contesto del diritto eurounitario e richiamata nel presen-

“preparazione” per successivi atti a carattere vincolante (*pre-law*). Vi sono poi atti di c.d. *post-law*, con cui si indicano atti interpretativi/integrativi del significato di atti giuridici vincolanti e, infine, quegli atti – più problematici – che rappresentano una sorta di alternativa agli atti giuridici vincolanti (*para-law*).

Inoltre, la *soft regulation*, per essere qualificata tale, non dovrebbe produrre effetti giuridici rilevanti²⁵, che invece sono una prerogativa degli atti generali delle autorità di regolazione²⁶, limitandosi semmai a determinare dei meri «effetti pratici»²⁷. Solitamente, gli atti di *hard regulation* contengono, per l'appunto, *regole* per i mercati: esse, nell'indicare le conseguenze giuridiche che seguono al verificarsi di condizioni predeterminate, incidono sulla loro attività e sulla loro organizzazione²⁸. Di conseguenza, le *soft regulation* non dovrebbero introdurre regole.

Ciò premesso, quali sono le conseguenze che ne si ricavano? Anzitutto, muovendo da quell'impostazione per cui la *soft law* non sarebbe da considerarsi fonte del diritto²⁹, neppure la *soft regulation* dovrebbe essere considerata una «fonte dell'amministrazione»³⁰ (ed essere assimilata, semmai, in talune occasioni, alle c.d. «fonti terziarie»³¹). Inoltre, ragionando in termini di

te contribuito, si rinviene in L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Bloomsbury Publishing, London, 2004, pp. 119-120.

²⁵ Osserva A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Atti di Convegni: Associazione Italiana Costituzionalisti: Convegno annuale – 2005: L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali – Catania, 14-15 ottobre 2005, 2006, come non si possa infatti escludere che la *soft law* (che ha come tratto generale un'«informale obbligatorietà») possa produrre effetti giuridici.

²⁶ Peraltro, è stato osservato come le regolazioni possano avere una struttura imperativa, a volte condizionale, a volte «mista» e a volte addirittura «conformativa», nella misura in cui indicano alle imprese «la via da seguire» per rimanere nel mercato: in questo senso, si veda S. AMOROSINO, L'«amministrativizzazione» del diritto delle imprese, in *Dir. amm.*, 3, 2011, p. 607 ss.

²⁷ G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, cit., pp. 1-2. È stato inoltre osservato, con riferimento al settore finanziario, come «[s]embrerebbe ragionevole ritenere che l'uso delle metodologie normative di “soft law” possa incoraggiare l'adozione di principi uniformi che riflettano l'interesse comune degli operatori» (V. LEMMA, «Soft law» e regolazione finanziaria, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 11, 2006, p. 609).

²⁸ In questa sede, si richiama la nozione “contenutistica” di regola (per cui le regole possono essere anche contenute in atti diversi dalla legge) elaborata da M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 12-13. Gli A. muovono dalla concezione di “regola” (*rule*) individuata dal giurista statunitense Ronald Dworkin. L'A. contrappone le *rules* (che, nella visione dell'autore, si applicherebbero «in an all-or-nothing fashion») ai *principles* (che, al contrario, «state a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision»): R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977.

²⁹ In questo senso, è stato argomentato che «[i]l soft law, per definizione, non c'entra con le “fonti di diritto”, ossia con l'hard law» (R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 31 ss.). Ad ogni modo, si tratta di una posizione non univoca. A tal proposito, alcuni autori ammettono l'esistenza di fonti del diritto “di fatto” (di cui sarebbe parte anche la *soft law*). Cfr. B. PASTORE, «Soft law», *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, p. 13 ss. e A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, p. 261.

³⁰ L'espressione è di M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 62, che distingue «strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni sia per regolare comportamenti dei privati sia, nei limiti in cui la legge riconosca ad esse un ambito di autonomia organizzativa, per disciplinare i propri apparati e il loro funzionamento» dalle «fonti sull'amministrazione».

³¹ Così, M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 737-738, il quale osserva che proprie le *authorities*, alla luce del loro ampio ricorso alla *soft law*, costituiscono una sorta di «laboratorio per la pro-

effettività delle regole³², l'amministrazione che adotta l'atto di regolazione ha solitamente il potere di attuarlo, vale a dire di verificare che i consociati lo rispettino (attraverso strumenti quali controlli, ispezioni, sanzioni, ecc.)³³. Nel caso della *soft regulation*, i regolatori non avrebbero alcun potere di sanzionare l'operatore economico che non si attenga ai consigli rivolti, limitandosi, in alcuni contesti, tutt'al più a sanzioni di tipo reputazionale (*naming, shaming, faming*)³⁴.

Da ultimo – ed è questo il profilo di maggiore problematicità – le *soft regulation*, dal momento che non contengono “regole”, dovrebbero essere prive, a differenza dagli atti di regolazione del mercato, di tutte quelle garanzie accennate nel precedente paragrafo, vale a dire la possibilità di prendere “visione” degli atti per regolati e consumatori ed esercitare così il diritto di difesa attraverso un contraddittorio orale³⁵ o ancora, di partecipare alla formazione degli stessi (mediante meccanismi di consultazione e/o *notice and comment*). Al contempo, le *soft regulation* non dovrebbero essere sottoposte all'analisi *ex ante* che ne valuti i possibili impatti e a un monitoraggio periodico.

3. La *soft regulation* nei mercati regolati: esperienze applicative

Una volta ricostruite le caratteristiche che la *soft regulation* “tradizionale” dovrebbe avere, si procede con l'esame di alcune esperienze dell'autorità di

blematica delle fonti terziarie». Nota inoltre come i settori regolati costituiscano «un campo di elezione della *soft law*» G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in questa *Rivista*, n. 2, 2016, p. 3.

³² Per questa impostazione, si rinvia a B. CELATI, *Soft law nella regolazione dei mercati finanziari e tutela giurisdizionale*, in questa *Rivista*, n. 2, 2020, p. 320, per cui l'«effettività giuridica [della *soft law*] – legata all'idoneità dell'atto a determinare l'azione dei soggetti a cui lo stesso è destinato – comporta la configurazione di un nuovo modello di produzione delle norme che merita di essere preso in considerazione».

³³ I rapporti tra effettività ed attuazione in via amministrativa delle regole sono messi in evidenza da M. DE BENEDETTO-N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2019. Nell'ambito di un ragionamento più ampio sulle autorità indipendenti, ha osservato come l'attribuzione di poteri regolamentari e di protezione di interessi collettivi a rilevanza fondamentale abbia comportato anche la previsione di poteri di controllo assai peculiari ed incisivi C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1988, p. 563 ss.

³⁴ È questo il meccanismo previsto dall'art. 16 § 4, del regolamento (UE) n. 1093/2010, che istituisce l'Autorità bancaria europea: la norma dispone che l'Autorità bancaria europea «informa il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione in merito agli orientamenti e alle raccomandazioni che sono stati emessi, indicando quale autorità competente non vi abbia ottemperato e illustrando il modo in cui l'Autorità intende garantire che l'autorità competente interessata si conformi in futuro ai suoi orientamenti e raccomandazioni». In tema, si veda M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit., p. 48 e p. 65. Gli orientamenti dell'ABE, seppur non vincolanti, sono stati definiti come «diretti a contribuire all'instaurazione di prassi di vigilanza uniformi, efficienti ed efficaci nel SEVIF»: così, la Corte di Giustizia, Grande Sezione, 15 luglio 2021, causa C-911/19 - *Bobek- Fédération bancaire française (FBF) c. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, § 128. Nella pronuncia si stabilisce che siffatti orientamenti non possono essere oggetto di ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE, ma solo sindacabili nell'ambito di un controllo di validità in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. Per un commento, si veda M. DE BELLIS, *Soft law, agenzie europee e controllo giurisdizionale: le contraddizioni del caso FBF*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2022, p. 327 ss.

³⁵ In tema, M. D'ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1 ss.

regolazione del mercato dei contratti pubblici (ANAC), delle autorità di regolazione dei mercati finanziari (Banca d'Italia, CONSOB e IVASS) e dei mercati dei servizi di pubblica utilità (AGCOM e ARERA). Per ogni autorità di regolazione, si analizzano recenti esperienze di *soft regulation*, mettendone in luce il contenuto regolatorio, a dispetto delle modalità di adozione e del loro *nomen*; si procede poi all'analisi delle previsioni in materia di strumenti di *better regulation* e, in particolare, degli atti assimilabili a *soft regulation*.

Dall'analisi viene esclusa l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), dal momento che le numerose FAQ pubblicate sul sito sembrano avere come unica funzione quella di chiarire/semplificare alcuni aspetti dell'attività del regolatore (si pensi, ad esempio, alla risposta che spiega a cosa serve il contributo per gli oneri di funzionamento o schematizza le modalità con cui procedere al pagamento)³⁶.

Si rende necessaria poi un'ulteriore delimitazione del campo d'indagine. Non ci si sofferma infatti sull'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), dal momento che si aderisce a quell'impostazione per cui l'AGCM «non è in senso proprio un'autorità di regolazione competente a definire in via amministrativa le regole di funzionamento di un mercato»³⁷, ma esercita poteri di *adjudication*³⁸.

Sebbene si sia ipotizzato che alcune forme di intervento antitrust possano essere assimilabili ad attività di regolazione (come ad esempio gli impegni imposti in sede di autorizzazione di concentrazioni o le autorizzazioni in deroga alle intese³⁹), si può osservare come queste due ipotesi manchino del requisito della generalità, essendo sì le misure in questione previste per più imprese, ma comunque in numero determinato⁴⁰.

Di conseguenza, nell'eventuale ipotesi in cui l'AGCM facesse ricorso alla

³⁶ Inoltre, le *Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità di regolazione dei trasporti – Adozione*, Allegato alla Delibera n. 49/2017 del 6 aprile 2017, potrebbero non essere considerate *soft regulation* del mercato ai fini del presente contributo. Innanzitutto, non sono rivolte agli operatori del settore dei trasporti, ma alla stessa Autorità; in secondo luogo, sono adottate con delibera di cui l'Allegato «forma parte integrante e sostanziale».

³⁷ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 9.

³⁸ Osserva S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 13, come la disciplina della concorrenza «mira alla correzione dei risultati non desiderati del mercato», mentre «[l]a regolazione parte da un punto diverso: che il mercato non vi sia, e che si debbano quindi [...] affermare i principi che mirano agli stessi scopi (contenere i prezzi; proteggere i consumatori) oppure che lo imitano (separazione contabile per evitare sussidi incrociati; disciplina dell'accesso all'*essential facility* per impedire il "monopolio naturale")».

³⁹ In tema, si veda l'analisi di L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2002, pp. 278-280; si rinvia anche a F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, 2010, Giuffrè, Milano, p. 185 ss. Ad ogni modo, con riferimento ai c.d. «regolamenti di esenzione», sottolinea N. RANGONE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in G. VESPERINI-G. NAPOLITANO, *Le autorità indipendenti: norme, procedimento e giudice*, Agnesotti, Viterbo, 1998, p. 94 come questi non rientrerebbero tra le attività normative dell'AGCM, dal momento che «l'esercizio di tale potestà non contribuisce[e] tanto a disciplinare positivamente un determinato ambito di attività, quanto a delineare le modalità di esercizio del potere discrezionale».

⁴⁰ A tal proposito, proprio con riferimento alle decisioni con impegni, osserva inoltre C. RABBITI BEDOGNI, *L'Autorità Garante nell'ultimo triennio: fra crisi economica e nuovi poteri*, in C. RABBITI BEDOGNI-P. BARUCCI, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 174-175 come queste misure abbiano natura transitoria e non introducano modifiche stabili del mercato di riferimento.

moral suasion per conformare il comportamento degli operatori, anziché emanare provvedimenti di autorizzazione in deroga o imporre impegni, questa non sarebbe da riconnettersi a un potere regolatorio. Per lo stesso motivo, rimane fuori dal campo di indagine l'esperienza di *moral suasion* nel settore delle pratiche commerciali scorrette da parte dell'Autorità⁴¹, alla luce della sua connessione a un potere chiaramente "sanzionatorio" e di conseguenza "puntuale"⁴².

3.1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)

L'esperienza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in tema di *soft regulation* appare molto significativa. Con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016, sono stati conferiti all'ANAC nuovi poteri regolatori⁴³, tra cui rientra anche il potere di emanare atti di *regolazione flessibile* per garantire «la promozione dell'efficienza, della qualità, dell'attività delle stazioni appaltanti»⁴⁴. Tra questi, gli strumenti più dibattuti sono le linee guida, classificate in un noto parere del Consiglio di Stato in linee guida adottate con decreto dell'allora denominato Ministero delle infrastrutture e dei trasporti⁴⁵, e le linee guida emanate dall'ANAC, vincolanti e non vincolanti⁴⁶.

In via preliminare, bisogna rilevare come la portata applicativa di molte linee guida (comprese quelle adottate con decreto ministeriale) appaia ridimensionata per effetto di una previsione del c.d. "Decreto Sblocca Cantieri" del

⁴¹ Ci si limita ad osservare che nel 2020 la suddetta attività, prevista dall'art. 4, comma 5 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore (Delibera AGCM 1° aprile 2015, n. 25411), con cui «l'operatore è direttamente invitato a rimuovere con tempestività i comportamenti che presentino profili di illegittimità e che, in caso contrario, potrebbero essere oggetto dell'apertura di un procedimento di accertamento» (M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Giappichelli, Torino, 2018, p.134), è sensibilmente aumentata rispetto all'anno 2019 (cfr. AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nell'anno 2020*, 31 marzo 2021).

⁴² Ciò sembrerebbe confermato dal fatto che, in un'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia UE, il giudice amministrativo abbia posto una questione relativa alla qualificazione, in termini di sanzioni amministrative con natura penale, delle sanzioni irrogate per pratiche commerciali scorrette: Cons. Stato, sez. VI, ord. 7 gennaio 2022, n. 68.

⁴³ Sull'attività regolatoria dell'ANAC, si rinvia a L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, n. 2, 2016, p. 72 ss, a E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 4, 2016, p. 499, nonché a S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in questa *Rivista*, n. 1, 2017, p. 9 ss.

⁴⁴ Cfr. art. 213, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. È stato osservato come i concetti di "regolazione flessibile" e di *soft regulation/soft law* non siano assimilabili. Quest'ultima, infatti, avrebbe una funzione suppletiva di autoregolazione in mercati dove sono assenti la regolazione pubblica nazionale o norme internazionali "chiare", mentre, al contrario, il concetto introdotto dal codice evocherebbe una «regolazione flessibile quanto alla produzione, ma vincolante quanto agli effetti»: L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit., pp. 72-73, la quale peraltro si sofferma anche sulla peculiarità del mercato dei contratti pubblici (pp. 77-79). In tale contesto, osserva S. VALAGUZZA, *op. cit.*, p. 23 come «mercato e regolazione (ove per regolazione si intenda la normativa in materia di procedure di gara) sono perfettamente sovrapponibili o, meglio, combaciano, nel senso che il mercato è *contemporaneamente oggetto e prodotto della regolazione*, rappresentando il luogo figurato, che la legge stessa crea, nel quale l'affidamento dei contratti pubblici passa attraverso il confronto competitivo tra i soggetti interessati» (enfasi aggiunta).

⁴⁵ A partire dal 2021, denominato Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile (MIMS).

⁴⁶ Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016 n. 855, p. 37 ss.

2019, che ha demandato a un futuro nuovo regolamento (allo stato attuale non ancora adottato) la disciplina di svariate materie fino a quel momento regolamentate proprio dalle linee guida⁴⁷ (si pensi, a titolo di esempio, alla disciplina sul responsabile unico del procedimento, contenuta nella linea guida vincolante n. 3⁴⁸, ma anche a quella relativa all'affidamento dei contratti sotto-soglia prevista dalle linee guida non vincolanti n. 4)⁴⁹.

Ad ogni modo, le linee guida restano vigenti fino all'adozione del nuovo regolamento e, inoltre, al di fuori delle ipotesi poc'anzi accennate, lo "Sblocca Cantieri" non avrebbe in generale inciso sul potere dell'ANAC di continuare ad adottare in futuro atti di regolazione flessibile⁵⁰.

Con queste premesse, l'esperienza dell'ANAC merita comunque alcune riflessioni, avendo rappresentato un primo paradigma per lo studio della *soft regulation* da una prospettiva giuspubblicistica. Per quanto riguarda le linee guida adottate con decreto ministeriale e quelle c.d. vincolanti, non sembrano esservi dubbi interpretativi sulla loro natura regolatoria (come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato che ha attribuito alle prime natura regolamentare e alle seconde nature di atto di regolazione)⁵¹.

Quanto invece alle linee guida non vincolanti⁵², la loro qualificazione in

⁴⁷ Art. 1, comma 19, d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. con modif. in legge 14 giugno 2019, n. 55, che ha introdotto nel Codice dei contratti pubblici il comma 27-*octies* all'art. 216. La norma stabilisce che il regolamento dovrà sostituire «le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2» (fino all'entrata in vigore del regolamento, queste restano in vigore). È altresì previsto che, con l'entrata in vigore del regolamento, cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al comma 27-*octies* e quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento. Si tratta peraltro di una scelta non scevra da censure: in questo senso, si veda M.P. CHITI, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2019, pp. 721-722, il quale osserva come l'adottando regolamento si troverà a "convivere" con linee guida e decreti ministeriali "sopravvissuti", creando non poca confusione. In tema, si vedano anche M. CORRADINO-G.F. LICATA, *Autorità Nazionale Anticorruzione*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 442.

⁴⁸ Linee guida n. 3 – *Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni* (delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016).

⁴⁹ Linee Guida n. 4 – *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici* (delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016). Per la qualificazione in termini di linee guida non vincolanti, si rinvia a Cons. Stato, comm. spec., parere 30 agosto 2016, n. 1903.

⁵⁰ Non essendo stato abrogato l'art. 213, comma 2 del Codice. A riprova di ciò, in attuazione di questa norma, sono state adottate le linee guida non vincolanti n. 17 – *Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali* (delibera n. 382 del 27 luglio 2022). A tal proposito, è tuttavia necessario sottolineare che, nello stesso periodo, è stata adottata la legge 21 giugno 2022, n. 78 che delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di contratti pubblici al fine di «razionalizzare, riordinare e semplificare» la relativa disciplina (art. 1, comma 1, l. n. 78/2022). Al momento in cui si scrive, i suddetti decreti non sono ancora stati adottati.

⁵¹ L'impostazione del Consiglio di Stato è stata criticata: per esempio, ad avviso di G. MORBIDELLI, *Linee Guida dell'ANAC: Comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2016, p. 287 ss. anche le linee guida vincolanti avrebbero natura regolamentare, dal momento che, a dispetto del loro *nomen*, avrebbero caratteri come la generalità e l'astrattezza tipiche dei regolamenti e che la legge attribuirebbe all'ANAC il potere di emanarle con delle previsioni puntuali e molto diverse «dalle funzioni esercitate in virtù del potere di regolazione per "obiettivi"». In tema, si veda anche M. PASSALACQUA, *Soft Law per la Regolazione del Mercato dei Contratti Pubblici*, in *Conc. merc.*, vol. 24, 2017, p. 173 ss.

⁵² Queste avrebbero il proprio fondamento nell'art. 213, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici.

termini di *soft regulation* non è chiara, essendo state talora definite come «ordinari atti amministrativi»⁵³ e talora come *soft law*, seppur dotate di portata regolatoria⁵⁴.

Tra le linee guida qualificate dal Consiglio di Stato come non vincolanti, ma con contenuto regolatorio, se ne possono menzionare almeno tre, per il dibattito che hanno suscitato.

Le linee guida n. 4 relative agli affidamenti sottosoglia poc'anzi menzionate sembrano avere contenuto regolatorio nella misura in cui, nel disporre una disciplina molto puntuale per queste tipologie di affidamenti, prevedono che la stazione appaltante debba motivare la scelta di derogare all'applicazione del principio di rotazione degli operatori economici affidatari⁵⁵. Egualmente, le linee guida n. 6 sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati a dimostrare l'esistenza delle circostanze di esclusione (vale a dire reati e gravi illeciti professionali) dalle procedure di gara⁵⁶ impongono, ad esempio, alla stazione appaltante di valutare, ai fini dell'esclusione, l'esistenza, in capo ai concorrenti, di provvedimenti esecutivi di condanna da parte dell'AGCM per pratiche commerciali scorrette⁵⁷. Un discorso non dissimile può farsi da ultimo per le linee guida n. 8 sulle procedure negoziate senza bando per forniture e servizi infungibili⁵⁸. Anche in questo caso, l'ANAC introduce alcune regole in capo alle stazioni appaltanti; si pensi, ad esempio, a quella previsione in base alla quale le stazioni debbano basare la propria scelta di derogare all'evidenza pubblica su valutazioni attuali e non connesse a precedenti verifiche o sviluppi futuri del mercato⁵⁹.

La natura regolatoria sembra peraltro confermata dal fatto che, in tutti i casi sopra menzionati, l'ANAC abbia esperito la consultazione e l'AIR, in linea con il Codice degli appalti che prevede che l'autorità sottoponga le linee guida agli strumenti di *better regulation*⁶⁰.

⁵³ Cons. Stato, n. 855/2016, cit., p. 39. Peraltro, al pari delle linee guida approvate con decreto ministeriale e di quelle vincolanti, i Giudici di Palazzo Spada sembrerebbero escludere per le linee guida non vincolanti la natura di *soft regulation* (p. 37).

⁵⁴ Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2284, *Parere sullo schema di Linee guida dell'ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*, § 5.1.

⁵⁵ Si veda § 3.2.2., Linee Guida n. 4, cit. Solleva perplessità sulla natura non vincolante delle linee guida n. 4 A. PELOSO, *La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, in questa *Rivista*, n. 1, 2017, p. 122 ss.

⁵⁶ Linee Guida n. 6 – *Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice* (delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate con delibera dell'11 ottobre n. 1008).

⁵⁷ Si tratta peraltro di una modifica intervenuta in sede di aggiornamento delle linee guida. Per una ricostruzione analitica della vicenda, si veda G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione: soft law with hard effect*, in *Amministrazione in cammino*, 21 agosto 2020, p. 5 ss.

⁵⁸ Linee Guida n. 8 – *Procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*, (delibera n. 0950 del 13 settembre 2017).

⁵⁹ Cfr. Linee Guida n. 8, cit., § 2.3.

⁶⁰ Il riferimento è all'art. 213, comma 2, secondo il quale «L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di

Da ultimo, se si guarda al più recente regolamento dell'ANAC in materia di AIR, VIR e consultazioni, emanato nel 2018⁶¹, si può osservare come questo non preveda esclusioni espresse per l'AIR (limitandosi a stabilire che si faccia ricorso a quest'ultima in presenza di particolare rilevanza per il mercato e in presenza di un elevato numero di destinatari)⁶². Sono invece previste diverse esclusioni per le consultazioni e, nello specifico, per atti assimilabili a *soft regulation* come «gli atti che forniscono indicazioni interpretative o istruzioni operative»⁶³, quando la consultazione non è compatibile con esigenze di opportunità e urgenza, o ancora, quando gli atti hanno un «limitato impatto sul mercato»⁶⁴.

3.2. La Banca d'Italia

L'esperienza in materia di *soft regulation* della Banca d'Italia appare molto variegata (essa ricomprende, ad esempio, atti denominati “orientamenti”, “indicazioni”, “raccomandazioni”)⁶⁵, in alcuni casi con contenuto regolatorio.

Ad esempio, appare potenzialmente in grado di incidere sul mercato una “prescrizione” contenuta in un Orientamento in materia di credito ai consumatori e, segnatamente, di rimborso anticipato dei finanziamenti⁶⁶. Con essa, la Banca d'Italia «si attende» che, nell'ambito dell'informativa precontrattuale, i criteri di riduzione dei costi⁶⁷ siano oggetto di apposita informativa, che i clienti vengano correttamente edotti delle condizioni contrattuali sul diritto di rimborso anticipato e sulla procedura, e che gli intermediari finanziari «[siano] chiamati a determinare la riduzione del costo totale del credito», se il cliente esercita il diritto al rimborso anticipato dei finanziamenti in essere. Elementi di fles-

mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice» (enfasi aggiunta).

⁶¹ ANAC, Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR), 13 giugno 2018.

⁶² Art. 8, comma 1, regolamento 13 giugno 2018.

⁶³ Art. 3, comma 3, lett. f), regolamento 13 giugno 2018.

⁶⁴ Art. 3, comma 3, lett. e), regolamento 13 giugno 2018.

⁶⁵ Oltre a questi atti, vi sarebbero le c.d. Istruzioni di vigilanza, previste dall'art. 4 del Testo unico bancario – TUB, secondo il quale «La Banca d'Italia emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza»: sul punto, cfr. S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, Paper dell'Osservatorio AIR, 2011. La natura giuridica delle istruzioni è dibattuta. Attribuisce alle istruzioni di vigilanza natura regolamentare M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, n. 1, 2003, p. 62. Sarebbero da considerarsi invece «più come consigli o indicazioni per una buona gestione che come fonti di obblighi giuridici» secondo B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 229. Su come la *soft law* abbia spesso influenzato la produzione normativa europea nel settore bancario, cfr. A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea. Le revisioni del 2019-2020*, Giuffrè, Milano, 2020, la quale richiama, ad esempio, quelle legislazioni europee che “recepiscono” gli standard elaborati dal Comitato di Basilea e C. BRESCIA MORRA, *La regolamentazione delle attività finanziarie in Europa. Il ruolo delle Autorità*, in *Analisi giur. econ.*, n. 2, 2002, spec. pp. 525-528.

⁶⁶ BANCA D'ITALIA, «Credito ai consumatori. Rimborso anticipato dei finanziamenti», 14 gennaio 2020.

⁶⁷ Riduzione dei costi a cui il cliente ha diritto, se adempie in tutto o in parte agli obblighi che gli derivano dal contratto (art. 16, § 1, direttiva 2008/48/CE).

sibilità tipici della *soft regulation* sono invece presenti nella misura in cui la Banca d'Italia, infine, «rimette al prudente apprezzamento degli intermediari» la determinazione del criterio di rimborso (pur «imponendo» un criterio di proporzionale rispetto alla durata), non prevedendo peraltro conseguenze per la mancata osservanza delle suddette «linee orientative».

Come già anticipato (par. 1), i regolatori dei mercati finanziari si sono dotati di una disciplina sull'AIR, sulla VIR e sulle consultazioni solo a partire dal 2005. La Banca d'Italia ha dapprima adottato delle *Linee Guida per l'analisi di impatto della regolamentazione* nel 2010 (ancora vigente)⁶⁸ e in seguito il regolamento del 2019⁶⁹. Ai fini di quest'ultimo non sono considerati atti di regolazione (e pertanto sono esclusi dall'applicazione degli strumenti di *better regulation*) quelli che possono essere ricondotti alla *soft regulation* come le «risposte a quesiti» e atti «aventi finalità esclusivamente interpretativa». Ad ogni modo, il regolatore sembra aver preso atto che alcune di queste *soft regulation* possano produrre degli effetti, dal momento che è ammessa la consultazione in presenza di «impatti significativi sull'attività e sull'organizzazione dei destinatari»⁷⁰. Nulla è invece specificato relativamente ai «criteri di inclusione», per cui è necessario far riferimento alle *Linee Guida* del 2010, che a loro volta si limitano a prevedere che siano sottoposti all'AIR «tutti i provvedimenti aventi natura regolamentare ovvero di contenuto generale, adottati dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria».

3.3. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB)

L'esperienza di *soft regulation* della CONSOB è invero molto variegata e comprende una serie di atti con diversa denominazione (raccomandazioni, comunicazioni, avvisi e richiami di attenzione)⁷¹. Questi atti, che vengono pubblicati sul bollettino della CONSOB, mostrano in alcune circostanze i caratteri tipici della *soft regulation*, vale a dire quello di chiarire il significato di alcune norme o precedenti atti amministrativi, senza introdurre ulteriori regole in capo ai destinatari⁷².

⁶⁸ BANCA D'ITALIA, *Linee Guida per l'analisi di impatto della regolamentazione*, Circolare n. 277 del 20 luglio 2010.

⁶⁹ BANCA D'ITALIA, Provvedimento del 9 luglio 2019 «Regolamento recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262».

⁷⁰ Art. 1, comma 2, lett. f).

⁷¹ Questi atti, definiti «commendatori», in quanto «atti di moral suasion che si fondano sulla posizione che la CONSOB riveste nell'ambito dell'ordinamento di settore», sono considerati una delle modalità con cui l'autorità agisce in qualità di regolatore, insieme agli atti normativi e agli atti amministrativi generali: così, F. CAPRIGLIONE-G. MONTEDORO, *Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1035. È stato peraltro osservato come la pandemia di Covid-19 abbia comportato un sensibile aumento di queste tipologie di atti: sul punto, muovendo dalle esperienze della CONSOB e dell'IVASS, si veda V. COLANTUONI, *Le autorità ai tempi del Coronavirus: il caso della CONSOB e dell'IVASS*, in *Rassegna trimestrale dell'Osservatorio AIR*, n. 2, 2021, p. 33 ss.

⁷² A titolo esemplificativo, si pensi alla Comunicazione del 31 gennaio 2020 che, a seguito dell'entrata in vigore della legge di bilancio 2020, offre un'interpretazione degli artt. 147-ter e 148 del TUF in tema di equilibrio di genere negli organi delle società quotate oppure alla Comunicazione del 5 maggio 2020 sull'interpretazione delle norme del TUF in tema di voto maggiorato.

Nondimeno, vi sono numerosi esempi in cui gli atti della CONSOB, a dispetto della forma apparentemente flessibile, contengono regole per gli intermediari oppure per gli investitori e che, in alcune circostanze, sono sottoposti a garanzie minime procedurali (come le consultazioni oppure l'AIR).

Peraltro, è interessante notare come la Commissione debba sottoporre a consultazione quelle raccomandazioni che abbiano «contenuto generale»⁷³. In alcuni casi, queste «regole» sono sottoposte non solo a consultazione, ma anche, contestualmente, ad analisi di impatto della regolazione (AIR).

Un esempio (isolato) in tal senso appare la Raccomandazione sulle «modalità di adempimento dell'obbligo di rendicontazione ex post dei costi e oneri connessi alla prestazione di servizi di investimento e accessori»⁷⁴. La raccomandazione individua due modalità alternative con cui gli intermediari possono rendere l'informativa aggregata⁷⁵ e indica possibili tempi massimi di invio. È interessante notare come nell'analisi costi-benefici condotta all'interno dell'AIR siano emersi diversi benefici della regola in questione (quali la possibilità per gli intermediari di una rilettura critica delle scelte effettuate, il contenimento di rischi giuridici e reputazionali, nonché il miglioramento della relazione intermediario/cliente) e un possibile onere connesso ai costi di *compliance* per gli intermediari che devono adeguare la documentazione.

Parimenti, di interesse per il contenuto regolatorio appaiono due richiami di attenzione in materia di bilanci del 2020 redatti secondo criteri internazionali e nazionali, a seguito della pandemia di Covid-19⁷⁶. Muovendo dalla disciplina emergenziale, che permette alcune deroghe, viene imposta una serie nutrita di «prescrizioni comportamentali» in capo ai soggetti vigilati. Procedendo in via esemplificativa, si può menzionare l'obbligo per gli emittenti, occasionato dall'emergenza pandemica, di fornire alla CONSOB nella relazione sulla gestione delle informazioni aggiornate sulla situazione della società e sull'andamento della gestione, in particolare descrivendo l'evoluzione del modello di *business* adottato in risposta alla pandemia, i rischi e le incertezze a cui la società è esposta e le misure adottate e pianificate per mitigare gli effetti della pandemia.

Al pari della Banca d'Italia, anche la CONSOB ha un proprio regolamento in materia di *better regulation*⁷⁷ (ribattezzato «il regolamento dei regolamenti»⁷⁸). Il regolamento non contiene riferimenti agli atti che devono essere necessariamente sottoposti ad AIR, VIR o consultazioni, mentre tra le esclusioni le uniche *soft regulation* ad essere contemplate sono le FAQ⁷⁹.

⁷³ Art. 5, comma 9, Delibera n. 19654/2016.

⁷⁴ Raccomandazione n. 1 del 7 maggio 2020: quest'ultima è stata sottoposta a consultazione (in data 21 febbraio 2020) e ad analisi di impatto della regolazione.

⁷⁵ Essa può infatti essere resa attraverso un documento *stand-alone* trasmesso con altri documenti oppure all'interno di un documento più ampio, mentre i costi e gli oneri dovrebbero essere resi secondo un modello già indicato dall'ESMA.

⁷⁶ Richiamo di attenzione n. 1/21 del 16 febbraio 2021 e n. 4 del 15 marzo 2021.

⁷⁷ CONSOB, Delibera n. 19654 «Adozione del Regolamento concernente i procedimenti per l'adozione di atti di regolazione generale ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e successive modificazioni», 5 luglio 2016. A seguito di consultazione avviata nel giugno 2021 e chiusa nel settembre dello stesso anno, il regolamento è stato modificato (delibera del 10 febbraio 2022 n. 22203).

⁷⁸ Per un primo commento, cfr. C. RAIOLA, *La revisione del Regolamento CONSOB per l'adozione degli atti generali: quali analisi per valutare la disciplina e le attività di better regulation?*, in *Rassegna trimestrale dell'Osservatorio AIR*, n. 4, 2021, p. 41 ss.

⁷⁹ Art. 1, lett. a), Delibera n. 19654/2016.

3.4. L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS)

L'esperienza dell'IVASS in materia di *soft regulation* non appare trascurabile, dal momento che, almeno dal 2004⁸⁰, l'Istituto pubblica le c.d. "lettere al mercato", che sono definite dalla stessa amministrazione come «documenti esplicativi, a carattere non vincolante, volti a condividere con i vigilati le aspettative dell'Istituto su specifiche materie». Esse si distinguono in lettere "informative" (se si limitano a contenere meri avvisi o, per l'appunto, semplici informazioni per i soggetti vigilati) e "dispositive" (che sono molto più numerose e, come si evince dal loro nome, contengono "indicazioni" per gli operatori)⁸¹.

A ben guardare, ad ogni modo, molte delle lettere al mercato appaiono come «un atto precettivo, non di mero consiglio»⁸² e, nello specifico, contenenti vere e proprie regole per gli operatori del mercato assicurativo, che producono quell'impatto rilevante sui mercati che giustificherebbero il ricorso quantomeno alla consultazione.

Tuttavia, ad oggi, solo in un unico caso l'Istituto ha sottoposto a consultazione uno schema di lettera al mercato concernente «l'applicazione degli orientamenti preparatori EIOPA sui presidi in materia di governo e controllo del prodotto (POG) da parte delle imprese di assicurazione e dei distributori di prodotti assicurativi»⁸³. La lettera al mercato, in questa circostanza, si è resa necessaria per la «preparazione del mercato», nelle more del recepimento da parte del legislatore italiano della Direttiva sulla distribuzione assicurativa (c.d. "Direttiva IDD")⁸⁴ e "prescrive" agli operatori una serie di attività per facilitare la *compliance* (ad esempio, tra le molte, verificare l'adeguatezza della struttura organizzativa a supportare le unità aziendali coinvolte nei nuovi processi e a consentire adeguati scambi informativi con la rete distributiva, privilegiando il canale informatico; definire le procedure per individuare il *target market*, vale a dire i clienti a cui i prodotti saranno destinati e quelli per cui non sono compatibili, oppure ancora, definire le procedure per effettuare il monitoraggio dei prodotti). Fatta dunque eccezione per questa lettera, in altri casi l'Istituto ha rinunciato a indire la consultazione anche a fronte di lettere al mercato contenenti prescrizioni potenzialmente in grado di incidere sui soggetti vigilati⁸⁵.

⁸⁰ Come testimoniato anche dal sito web dell'autorità (<https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/lettere/index.html>).

⁸¹ Queste ultime, peraltro, sono pubblicate ai fini del pagamento del contributo di vigilanza all'IVASS: cfr., da ultimo, la lettera al mercato del 6 ottobre 2021 – Contributo di vigilanza anno 2021.

⁸² S. STACCA, *A proposito di alcuni atti "flessibili" dell'IVASS: possibili implicazioni per imprese e consumatori*, in *Assicurazioni*, n. 2-3, 2017, p. 247.

⁸³ IVASS, Lettera al mercato del 4 settembre 2017.

⁸⁴ Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa (rifusione).

⁸⁵ Ne costituisce un esempio rilevante e recente la lettera dispositiva del 15 dicembre 2020, che avrebbe la funzione di chiarire alcuni aspetti relativi alla direttiva *Solvency II* (2009/138/CE) e, in particolare, le modalità con cui gli operatori economici inviano segnalazioni di vigilanza prudenziale all'IVASS per l'elaborazione di dati statistici. A tal proposito, potrebbero definirsi "regole" quelle che indicano, in modo molto puntuale, modelli e criteri ai fini della compilazione del report annuale di vigilanza da inviare (c.d. ITS-reporting) e quella che "chiarisce" le modalità di utilizzo del codice *Legal Entity Identifier* (LEI) al fine di individuare i soggetti censiti nelle segnalazioni «in coerenza con le linee guida dell'EIOPA e con le recenti raccomandazioni delle Autorità internazionali». La natura regolatoria sarebbe poi confermata

Ciò premesso, la disciplina sulla qualità della regolazione dell'IVASS appare molto simile a quella della Banca d'Italia⁸⁶: se da un lato sono esclusi dal campo di applicazione gli atti che hanno finalità interpretativa o applicativa⁸⁷, dall'altro, si ribadisce che questi ultimi possano comunque essere assoggettati a consultazione, se determinano «impatti rilevanti sull'attività e sull'organizzazione dei soggetti vigilati». Sono altresì esclusi gli atti adottati di concerto con altre autorità di vigilanza⁸⁸. L'IVASS, inoltre, può «omettere» l'AIR, se la regolazione è adottata in attuazione di una normativa nazionale o eurounitaria che non lascia margini di discrezionalità oppure se non comporti «apprezzabili costi addizionali per i destinatari della norma»⁸⁹.

3.5. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)

L'AGCOM, se paragonata ad altri regolatori, sconta un'esperienza più limitata in materia di *soft regulation*: a tal proposito, si possono menzionare delle *Frequently Asked Questions* (FAQ)⁹⁰, dotate di contenuto regolatorio, a cui l'autorità ha risposto nel 2019, e che mostrano alcuni profili di interesse⁹¹.

Formalmente, le FAQ oggetto di analisi avrebbero la funzione di chiarire alcune incertezze interpretative connesse alla delibera n. 348/18/CONS⁹² che

dalla chiosa della lettera, per cui «le imprese si adeguano alle [...] indicazioni» e l'IVASS ne «verificherà la corretta applicazione», senza tuttavia specificare le possibili conseguenze dell'inosservanza.

⁸⁶ In questa sede si fa riferimento al Regolamento n. 3 del 5 novembre 2013 «Regolamento sull'attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005 n. 262, in materia di procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali dell'IVASS», dal momento che il nuovo Regolamento n. 54 del 29 novembre 2022 dell'IVASS «Regolamento recante la disciplina dei procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali dell'IVASS di cui all'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005 n. 262» è entrato in vigore mentre il presente lavoro era in bozze. Ci si limita a sottolineare che nel nuovo testo, con una formulazione diversa da quella del precedente, «non sono atti di regolazione» né gli atti con finalità interpretativa o applicativa (art. 2, comma 1, lett. a), n. 6), né le risposte a quesiti (art. 2, comma 1, lett. a), n. 5), non contemplate dal Regolamento n. 3/2013.

⁸⁷ Art. 2, comma 2, lett. c), regolamento n. 3/2013.

⁸⁸ Art. 2, comma 2, lett. e), regolamento n. 3/2013.

⁸⁹ Art. 2, comma 3, regolamento n. 3/2013. Il nuovo Regolamento n. 54/2022 prevede ulteriori ipotesi di deroga (rilevante appare l'ipotesi di cui all'art. 10, comma 2, lett. a) in cui l'atto di regolazione «si limita ad attuare o recepire conformemente il contenuto di atti, anche non vincolanti, di altre Autorità europee già sottoposti a procedure di consultazione o AIR»), imponendo all'IVASS di darne motivazione.

⁹⁰ La figura delle FAQ (seppure non quelle dell'AGCOM, ma relative ad un avviso pubblico indetto dalla Regione Calabria per la selezione di alcuni progetti) è stata al centro di una pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. I, 16 giugno 2021, n. 1275). Pur non riconoscendone la natura di fonte del diritto «né primaria, né secondaria», dal momento che «non sono pubblicate a conclusione di un procedimento predefinito dalla legge», i giudici di Palazzo Spada hanno messo in luce come queste possano produrre alcuni effetti in capo ai destinatari e orientarne il comportamento (nel caso di specie, avevano determinato una sorta di affidamento dei partecipanti all'avviso nell'amministrazione).

⁹¹ Nel sistema vi sono due FAQ: la Comunicazione del 16 novembre 2018 «Risposte alle richieste di chiarimenti in merito alla delibera n. 348/18/CONS» e la Comunicazione del 2 luglio 2019 «Risposte alle ulteriori richieste di chiarimenti in merito alla delibera n. 348/18/CONS pervenute dagli operatori successivamente alla comunicazione del 16 novembre 2018».

⁹² Delibera n. 348/18/CONS, 18 luglio 2018 «Misure attuative per la corretta applicazione dell'articolo 3, commi 1, 2, 3, del Regolamento (UE) n. 2015/2120 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'internet aperta, con specifico riferimento alla libertà di scelta delle apparecchiature terminali».

“stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'internet aperta, con specifico riferimento alla libertà di scelta delle apparecchiature terminali”⁹³.

Concretamente, le FAQ in questione sembrano introdurre regole “aggiuntive” rispetto alle prescrizioni delle delibere, ampliandone di fatto il contenuto, attraverso la risposta a due quesiti molto specifici, che riguardano principalmente i rapporti dei fornitori con l'utenza. Il primo quesito riguarda la possibilità di ammettere restrizioni alla libertà di scelta dell'apparecchiatura terminale (che è prevista in modo molto generale dalla Delibera⁹⁴), qualora il servizio venga fornito attraverso una tecnologia che prevede l'utilizzo di una rete composta in parte in fibra ottica e in parte in rame (*Fixed Wireless Access* – FWA). Contenuto regolatorio sembra avere la risposta data dall'Autorità che ammette che, in questa circostanza, la libertà di scelta del terminale da parte dell'utente possa subire restrizioni, se gli operatori fanno uso della tecnologia FWA, a condizione tuttavia che i costi di fornitura delle apparecchiature per cui è ristretta l'attività di scelta e i costi di prestazioni collegati alla fornitura siano trasparenti e proporzionati e che sia data «adeguata informativa» all'utente⁹⁵.

Contenuto regolatorio sembra avere anche la risposta al secondo quesito, con cui si chiede all'Autorità se in caso di servizio fornito con una connessione a banda ultra larga in fibra ottica (*Fiber to the Home*, FTTH) l'operatore possa imporre una specifica *Optical Network Termination* (ONT, vale a dire l'apparato che permette di collegare il modem alla rete veloce). Anche in questo caso, l'AGCOM ammette restrizioni sulla scelta della ONT, a patto che quest'ultima non sia integrata con il router⁹⁶. Sembra confermare la natura regolatoria delle risposte poc'anzi menzionate la chiosa del documento con cui l'AGCOM sottolinea che «vigilerà [...] sulle prescrizioni sopra riportate».

Ciò premesso, bisogna osservare che l'AGCOM si è dotata di una “vera” disciplina sull'AIR e sulla VIR solo a partire dal 2021, con l'adozione delle *Linee guida per l'AIR*⁹⁷; la disciplina sulle consultazioni attualmente vigente è stata adottata nel 2019⁹⁸. Peraltro, si può osservare come le uniche esclusioni esplicithe all'applicazione dell'AIR e della VIR riguardino i procedimenti «volti

⁹³ La Delibera sopra menzionata è attuativa del regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 «Misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione», 26 novembre 2015, L 310/1.

⁹⁴ Art. 3, comma 5, lett. a), Delibera 348/18/CONS.

⁹⁵ La Delibera si limita invece a prevedere che le restrizioni siano comunicate agli utenti «in modo chiaro e facilmente comprensibile».

⁹⁶ Al contrario, se nell'offerta è prevista l'integrazione della ONT con il router, l'Autorità specifica che l'operatore non potrà imporre alcuna ONT in particolare, con la conseguenza che l'utente sarà sempre libero di chiedere la fornitura/installazione di una ONT esterna. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, viene “imposto” all'operatore di rispettare dei tempi di installazione non superiori a 5 giorni.

⁹⁷ Il riferimento è alle *Linee guida per l'AIR* adottate dall'AGCOM in data 24 giugno 2021 con Delibera n. 211/21/CONS e in conformità della precedente Delibera n. 125/16/CONS del 7 aprile 2016, recante “Disposizioni in materia di analisi di impatto della regolamentazione (AIR)”. Per un commento, sia consentito rinviare a M.B. ARMIENTO, *Le nuove linee guida AIR dell'AGCOM: una nuova opportunità per la better regulation?*, in *Rassegna dell'osservatorio AIR*, n. 4, 2021, p. 15 ss.

⁹⁸ AGCOM, Delibera n. 107/19/CONS, 5 aprile 2019, «Adozione del Regolamento concernente le procedure di consultazione nei procedimenti di competenza dell'Autorità».

all'adozione di atti amministrativi di natura squisitamente provvedimentale e a contenuto individuale nell'ambito dell'esercizio di funzioni sanzionatorie, contenziose e ispettive»⁹⁹, senza fare alcun riferimento ad atti che invece potrebbero avere carattere di *soft regulation* (carattere di necessità e urgenza, natura di atti interpretativi di precedenti delibere, ecc.). Da ultimo, le *Linee Guida* si limitano ad indicare un approccio *case-by-case* per la selezione degli atti da sottoporre ad AIR/VIR.

3.6. L'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA)

L'ARERA, periodicamente, pubblica alcuni Comunicati rivolti agli operatori dei mercati da essa regolati (elettricità, gas naturale, rifiuti). I Comunicati possono avere diverse funzioni: chiarire/interpretare il contenuto di delibere adottate dall'autorità, rispondere a delle segnalazioni da parte degli operatori o a quesiti formulati da questi ultimi (FAQ) oppure, più semplicemente, dare alcune informazioni ai soggetti regolati. I Comunicati possono essere assimilati alla *soft regulation* e in alcuni casi contengono vere e proprie regole per gli operatori economici.

A tal proposito, appaiono di interesse i "Chiarimenti" esplicativi del c.d. "Meccanismo energivori"¹⁰⁰. Il Chiarimento in questione, che avrebbe la funzione di esplicitare alcuni aspetti di una delibera che disciplina l'ammissione a delle agevolazioni per le imprese che consumano elevate quantità di energia, aggiunge infatti ulteriori condizioni a quelle previste dalla regolazione "madre" relative alla presentazione dell'istanza di ammissione. Ad esempio, per quanto riguarda l'aggiornamento dell'istanza da presentare dal secondo anno in poi, si dispone che sia presentato per ciascuna delle sessioni di aggiornamento del meccanismo. Inoltre, le variazioni autocertificate nelle istanze devono essere «contenute e tali da giustificare la suddetta sproporzione», mentre nell'ultima sessione di aggiornamento l'istanza deve essere accompagnata da una relazione del revisore legale (che deve anche certificare quelle variazioni dichiarate nelle istanze precedenti non accompagnate da relazione del revisore). Si tratterebbe, in definitiva, di una "regolazione *soft*" riconducibile ad un atto che impone costi agli operatori.

Ciò premesso, si può osservare come l'ARERA sia la prima autorità indipendente in assoluto a dotarsi di una disciplina in materia di qualità della regolazione, fungendo sostanzialmente da "modello" per gli altri regolatori dei mercati. Ad oggi, il documento più rilevante è costituito dalla *Guida per l'Analisi d'impatto della regolazione nell'Autorità per l'energia elettrica e il gas* del 2008, che individua le modalità di svolgimento dell'AIR e delle consultazioni e i criteri, ispirati a principi di selettività/proporzionalità, per applicare gli strumenti di *better regulation* al *rulemaking*: nello specifico, gli atti dovrebbero essere selezionati «sulla base della prevedibile rilevanza del loro impatto, tenendo conto degli effetti attesi sugli operatori, sui clienti finali nonché, più in generale, sull'intera collettività». Tra le regolazioni sottoposte ad

⁹⁹ Linee Guida, cit. (p. 4).

¹⁰⁰ ARERA, Chiarimento alla deliberazione 629/2017/R/eel – Meccanismo energivori, 18 maggio 2021. Con l'espressione "meccanismo energivori", si fa riferimento alla possibilità per i venditori di energia elettrica per le imprese a forte consumo di energia elettrica di partecipare al meccanismo di riconoscimento dei crediti non riscossi, presentando un'apposita istanza ai sensi dell'art. 5, della deliberazione 629/2017/R/eel.

AIR (ma non solo)¹⁰¹ vi sarebbero quelle concernenti sia la determinazione di tariffe sia la determinazione di regole sulla qualità del servizio per un nuovo periodo regolatorio, la modifica delle condizioni del servizio universale, la modifica significativa dell'assetto regolatorio dei mercati, l'imposizione di costi rilevanti per gli operatori e/o clienti finali, la previsione di rilevanti impatti ambientali e/o per la salute, la previsione di impatti sulle condizioni di sicurezza. La Guida, peraltro, dispone anche alcune esclusioni: queste riguardano, oltre agli atti non dotati di innovatività, quelli privi di valore regolatorio e quelli che presentano i caratteri di necessità e urgenza¹⁰².

4. La *soft regulation* nei mercati regolati alla prova della *better regulation*: prospettive e limiti

L'analisi di settore poc'anzi condotta ha fatto emergere diversi snodi delicati.

Il primo riguarda la circostanza che alcune *soft regulation* delle autorità di regolazione dei mercati, a prescindere dalla loro apparenza flessibile e non vincolante ("testimoniata" dal fatto che vengono denominati, a seconda delle circostanze, comunicati, raccomandazioni, orientamenti, ecc.)¹⁰³, contengono vere e proprie regole che incidono in modo significativo sui destinatari¹⁰⁴ e che s'impongono «per la [loro] capacità di guidare il comportamento»¹⁰⁵.

Che si tratti di "regole", sembrerebbe dimostrato da due circostanze. Anzitutto, dal fatto che, nella maggior parte delle ipotesi, questi atti, seppur con una funzione di *post-law*, vengano adoperati al fine di imporre agli operatori criteri "aggiuntivi" rispetto a quelli previsti da leggi o da atti amministrativi per svolgere una determinata attività (come nel caso dei Chiarimenti dell'ARERA, delle FAQ dell'AGCOM oppure delle comunicazioni CONSOB), portando gli operatori economici comunque ad adottare comportamenti "conformi". Successivamente, dal ruolo individuato in capo ai regolatori: in molteplici occasioni, le *soft regulation* attribuiscono un potere di accertamento di situazioni di *non compliance* da parte degli operatori (AGCOM), o ancora, di adozione di

¹⁰¹ Resta infatti ferma la possibilità per l'ARERA di ampliare il novero delle regolazioni, sebbene ciò debba avvenire in modo graduale.

¹⁰² Ne consegue che, ragionando in termini astratti, le *soft regulation* dell'ARERA occasionate da situazioni di necessità e urgenza dovrebbero essere escluse dall'applicazione degli strumenti di *better regulation*. Si pensi, ad esempio, ai chiarimenti relativi alle segnalazioni giunte all'indomani dell'esplosione della pandemia di Covid-19 (Comunicato 11 marzo 2020), con cui l'Autorità invita tutti gli operatori dei settori regolati a «dare priorità assoluta alla garanzia della continuità e disponibilità dei servizi in condizioni di sicurezza» e raccomanda «che vengano adottate e condivise tra gli operatori prassi tese a garantire la massima sicurezza e protezione dal rischio di contagio di tutto il personale».

¹⁰³ Peraltro, si può qui richiamare ancora una volta il parere del Consiglio di Stato, n. 855/2016, cit., in cui si nega che le linee guida vincolanti dell'ANAC possano assimilarsi alla *soft regulation*: questo testimoniarebbe come il contenuto prevalga sulla nomenclatura di un atto.

¹⁰⁴ Muovendo dalla controversa esperienza delle linee guida dell'ANAC, è stato infatti osservato come queste tipologie di atti abbiano in realtà una vera e propria natura normativa, e pertanto «devolv[ono] a una amministrazione (anche se indipendente) il potere di dettare le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo» (S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale*, in P.A. Persona e amministrazione, n. 1, 2018, p. 69). Rileva come la *soft regulation* finisca con l'estendere di fatto il potere normativo delle amministrazioni indipendenti S. MORETTINI, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁵ B.L. BOSCHETTI, *op. cit.*, p. 34.

provvedimenti sanzionatori (CONSOB e Banca d'Italia)¹⁰⁶. Volendo dunque sintetizzare, l'unico elemento di flessibilità non attiene al contenuto delle regole, quanto semmai alle modalità di produzione delle stesse.

Ad ogni modo, ciò non è privo di incertezze. Da un lato, vi è l'incertezza legata al contenuto regolatorio: si pensi all'Orientamento della Banca d'Italia in materia di rimborso dei finanziamenti anticipati. In tale contesto, se i criteri di riduzione del costo totale del credito devono essere oggetto di apposita informativa, come dovrà essere redatta quest'ultima? Ancora, se la riduzione deve avvenire secondo un criterio che deve essere stabilito dal soggetto vigilato, ma che deve essere comunque proporzionale alla durata del finanziamento, quale potrebbe essere l'esatta misura? Dall'altro lato, siffatta indeterminazione si sposta anche su un altro livello. In questo caso, pur comprendendo gli operatori di essere "vincolati", restano alcuni dubbi relativamente alle conseguenze del mancato adempimento o di un adempimento erroneo.

La seconda criticità attiene invece al fatto che, in concreto, pur non essendo sempre accompagnati dalle garanzie procedurali tipiche, le *soft regulation* così congegnate possano essere "assimilate" ad atti di regolazione veri e propri. Siffatta sovrapposizione, oltre ad essere evocata dal Consiglio di Stato per gli atti di regolazione flessibile dell'ANAC¹⁰⁷, non è del tutto sconosciuta, soprattutto nella giurisprudenza più risalente, che, senza ricorrere al concetto di *soft law/soft regulation*, ha ad esempio esercitato il proprio sindacato su atti "diversi" dalla regolazione tradizionale¹⁰⁸.

La terza problematica, connessa a quelle poc'anzi enunciate, è il possibile effetto di queste regole: quali sono gli impatti di tipo economico, sociale oppure ambientale che avranno sugli operatori e sul mercato? Come si comporta, ad esempio, il costo imposto all'intermediario finanziario oppure al venditore di energia elettrica che dovrà attenersi a criteri più rigorosi per svolgere una propria attività con i benefici previsti per utenti e consumatori (come meno rischi per questi ultimi)? Si tratta di domande a cui non sarebbe possibile rispondere in modo astratto e che necessiterebbero, al pari di quanto avviene con la regolazione tradizionale, di una misurazione/valutazione da parte delle autorità oppure di un preventivo confronto con gli *stakeholders*.

Ciò premesso, si può davvero parlare di *soft regulation*? L'analisi di settore disvela una natura «cripto-hard»¹⁰⁹ degli atti esaminati, che in qualche misura farebbe venire meno anche le distinzioni tra le varie funzioni della *soft law* che sono state individuate in dottrina. In questo senso, le lettere al

¹⁰⁶ Si tratta di attività riconducibili all'attuazione in via amministrativa delle regole: in questo senso, si veda anche OECD, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, OECD Publishing, Parigi, 2018, p. 11.

¹⁰⁷ I quali, però, come si è visto, sono accompagnati dalle garanzie procedurali della regolazione ed espressamente assimilati ad atti amministrativi.

¹⁰⁸ È il caso della Comunicazione della CONSOB 2 ottobre 1999, n. 990715, relativa all'interpretazione dell'art. 192 TUF (Cons. Stato, ordinanza n. 1924/2002). Sulla vicenda, B. CELATI, *op. cit.*, pp. 335-336. Per contro, il TAR Lazio (sentenza 8 aprile 2013 n. 3530) ha attribuito ad una lettera al mercato pubblicata nel 2012 un valore meramente comunicativo e non anche provvedimento e, di conseguenza, ha statuito che non potesse essere oggetto di autonoma impugnazione.

¹⁰⁹ L'espressione, particolarmente efficace, è di M. RAMAJOLI *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit., *passim*.

mercato, i Chiarimenti dell'ARERA o gli orientamenti della Banca d'Italia appaiono esempi emblematici: pur avendo lo scopo di chiarire il significato di precedenti atti di regolazione (*post-law*) finiscono con il sovrapporsi o sostituirsi ad essi (*para-law*).

Inoltre, siffatta impostazione contenutistica potrebbe avere ulteriori implicazioni di carattere non meramente teorico. Le riflessioni finora formulate aprirebbero infatti la strada ad un'ipotesi. In ragione del loro contenuto regolatorio, le *soft regulation* dovrebbero non solo essere assoggettate alle medesime garanzie procedurali e processuali delle regolazioni "cogenti"¹¹⁰, ma anche agli strumenti di *better regulation*¹¹¹, superando così quei limiti normativi in precedenza esaminati, in apparenza difficilmente aggirabili, per i quali atti che possono essere assimilati alla *soft regulation* (FAQ, orientamenti, indirizzi ecc.) non sarebbero sottoponibili agli strumenti di *better regulation*.

Si tratterebbe peraltro di una pratica non inedita, contemplata, come già anticipato, anche dal Codice dei Contratti pubblici per le linee guida dell'ANAC ed esperita anche per le linee guida non vincolanti¹¹², e già sperimentata a livello europeo, nel campo dei mercati finanziari. Nei Regolamenti europei che istituiscono le autorità di vigilanza dei mercati finanziari (Autorità Bancaria Europea, Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati e Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) è previsto che queste sottopongano a consultazione ed analisi di impatto i propri orientamenti e raccomandazioni: si tratta di atti giuridici che possono essere pacificamente ricondotti al concetto di *soft law/soft regulation*¹¹³. Pertanto, per questioni di coerenza sistemica, le autorità nazionali competenti che devono adeguarsi a siffatti orientamenti/raccomandazioni potrebbero sottoporre atti similari a consultazioni, AIR e VIR.

Tenendo bene a mente queste considerazioni, si può dunque provare a verificare in concreto come gli strumenti di *better regulation* possano essere adeguati alle *soft regulation*, partendo dalle *consultazioni*¹¹⁴, che appaiono lo

¹¹⁰ Sul punto, cfr. *ibidem*.

¹¹¹ In questo senso, ad esempio, le raccomandazioni formulate dall'OCSE al Regno Unito. Tenuto conto dell'ampio ricorso che l'ordinamento faceva della *soft law/soft regulation*, l'Organizzazione ha raccomandato di farne un elenco e di sottoporli agli strumenti della qualità delle regole (adattandoli alle peculiarità della *soft law*): cfr. *OECD Reviews of Regulatory Reform: Regulatory Reform in the United Kingdom*, 2002 e *OECD Better Regulation in Europe: United Kingdom*, 2010, pp. 86-87.

¹¹² Si veda il § 3.1. Sul punto, inoltre, si veda S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 48, la quale osserva come non vi sia differenza tra le procedure di adozione delle linee guida vincolanti e quelle non vincolanti («La parità di procedura [...] si giustifica, razionalmente, solo ove si ammetta la possibilità di integrare la disciplina vigente anche tramite linee guida non indicate come vincolanti dal Codice. Altrimenti queste ultime avrebbero dovuto essere escluse almeno dall'analisi di impatto preliminare della regolazione»).

¹¹³ A tal proposito, a titolo esemplificativo, si richiama ancora l'art. 16, § 4, del regolamento (UE) n. 1093/2010, cit. Cfr. in dottrina M. ORTINO, *Il soft law nella disciplina dei mercati finanziari*, in *Banca Impresa Società*, n. 1, 2020, p. 93 ss.

¹¹⁴ In questo senso, le consultazioni sono la sede in cui è possibile raccogliere informazioni e dati di diversa natura: sul punto, cfr. OCSE, *OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. Regulatory Impact Assessment*, 2020, che è a favore del processo decisionale *evidence-based*. Nella dottrina straniera, peraltro, non mancano studi in cui si è osservato come sia cruciale che le decisioni pubbliche tengano conto delle informazioni offerte dai consociati: si veda, in tema, C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 78, n. 4, 2011, p. 1349 ss. e J.J. RACHLINSKI, *Evidence-Based Law*, in *Cornell Law Review*, vol. 96, 2011, p. 901 ss.

strumento forse meno problematico, dal momento che sono già ammesse per gli atti flessibili che producano effetti rilevanti sui mercati finanziari e per la regolazione flessibile dell'ANAC. Lo "schema comune" elaborato nei mercati finanziari e anche quello previsto nel mercato dei contratti pubblici per le linee guida, basato sulla preventiva pubblicazione del documento a carattere *soft* e successiva diffusione degli esiti della consultazione (*notice and comment*), potrebbe infatti riproporsi anche per i regolatori dei mercati dei servizi pubblici. Menzionando, dunque, le "regole" previste dal Chiarimento ARERA per l'ammissione al Meccanismo energivori, si sarebbe forse potuto procedere a una preventiva consultazione degli operatori del settore, in modo tale da raccogliere alcune criticità (ad esempio, relative alla difficoltà di procedere all'aggiornamento costante dell'istanza). Ad ogni modo, bisognerebbe sempre tenere in considerazione i rischi legati alle consultazioni¹¹⁵, supportando la partecipazione di tutti i soggetti interessati.

Veniamo poi all'*AIR*, che appare ancor meno diffusa della consultazione per questi atti, e mostra evidenti profili di criticità. Se già le discipline in materia di *AIR* prevedono, oltre a delle esclusioni e delle eccezioni, che non tutte le regolazioni siano da sottoporre ad analisi *ex ante*, bisognerebbe comprendere allora quali regolazioni *soft* debbano essere sottoposte ad *AIR*, in base al loro contenuto regolatorio. Se si assimilano le *soft regulation* alle regolazioni tradizionali, si dovrebbe allora far riferimento ai medesimi criteri previsti per queste ultime. Volendo esemplificare, si pensi al "Chiarimento" dell'ARERA, che subordina l'ammissione al "meccanismo energivori" a varie condizioni, quali l'aggiornamento dell'istanza di ammissione da parte dei regolati ogni qualvolta il meccanismo viene aggiornato. Si tratta di un adempimento che potrebbe imporre un costo molto rilevante agli operatori e che, secondo la disciplina di cui si è dotata l'ARERA, imporrebbe di sottoporre questa regola all'*AIR*. Questa potrebbe apparire l'ipotesi più semplice da mettere in atto per tutti i regolatori.

In realtà, si tratta di un'operazione non sempre agevole. Come visto, ogni autorità si è dotata di regole proprie¹¹⁶ in materia di *better regulation* e, in particolare, l'*AIR* può essere considerata uno strumento di appesantimento del processo decisionale¹¹⁷ e, pertanto, di complicazione¹¹⁸. In questo sen-

¹¹⁵ Si pensi al noto fenomeno della cattura del regolatore (la questione, nel passaggio dallo Stato dirigista allo Stato regolatore, è affrontata da S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., p. 268 ss.) per cui il soggetto regolato "sfrutterebbe" il processo a proprio vantaggio e per ottenere regolazioni più favorevoli. In dottrina, con riguardo alle consultazioni, F. CAFAGGI-G. SILLARI, *Behavioural Insights in Consultation Design: A Dialogical Architecture*, in *European Journal of Risk Regulation*, 9, 2018, p. 605.

¹¹⁶ La frammentazione normativa che caratterizza le autorità indipendenti costituisce una problematica invero risalente: sulla necessità di una disciplina unitaria relativamente ad alcuni caratteri di queste amministrazioni, si veda C. FRANCHINI, *Proposta di norme sulle autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, n. 5, 1996, p. 487 ss.

¹¹⁷ Ad esempio, la dottrina statunitense ha evidenziato i rischi legati alla c.d. *rulemaking ossification* (vale a dire la circostanza per cui l'incremento di garanzie partecipatorie rischia di "ingessare" il procedimento). Sul punto, si veda almeno R.J. PIERCE, *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, in *Administrative Law Review*, vol. 47, 1995, p. 59 ss. In tema si rinvia anche a G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 122-123. Alcune perplessità relative all'analisi costi-benefici sono inoltre sollevate da F. FRACCHIA, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini*, in *Diritto dell'economia*, n. 1, 2016, pp. 32-33.

¹¹⁸ Cfr. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Poche, oscure e complicate*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 115.

so, può quindi leggersi la scelta del decisore pubblico, incoraggiata dalle istituzioni europee¹¹⁹ e peraltro ampiamente condivisa in dottrina¹²⁰, di introdurre un principio di proporzionalità/selettività nel ricorso all'AIR per valutare *ex ante* gli effetti delle regolazioni "tradizionali", attuato proprio tramite la predisposizione di criteri per individuare le regolazioni più rilevanti da assoggettare all'analisi¹²¹.

I suddetti "criteri di inclusione", tuttavia, sono determinati in modo puntuale solo dall'ARERA, mentre gli altri regolatori si limitano a fare riferimento alla "significatività" della regolazione oppure al mero concetto di proporzionalità. A tal proposito, si consideri il "Regolamento dei regolamenti" della CONSOB, che «applica» proprio quest'ultimo principio¹²². Di conseguenza, quella *soft regulation* che prevede che la relazione sulla gestione allegata al bilancio sia integrata, ad esempio, dalla descrizione delle misure adottate durante la pandemia per mitigarne gli effetti negativi, dovrebbe essere sottoposta o meno ad analisi di impatto preventiva? La risposta appare tutt'altro che semplice, dal momento che implica una valutazione altamente discrezionale da parte del regolatore: la CONSOB, in questo caso, dovrebbe ipotizzare che questo tipo di regola sia rilevante per i destinatari e potrebbe decidere di valutarne l'impatto.

Sciolto il nodo sulla necessità di predisporre o meno l'AIR, bisognerebbe poi chiedersi quale grado di approfondimento/completezza questa dovrebbe avere. Anche in questo caso, ragionando in termini "sostanzialistici", si può concludere che, se si è in presenza di una "regola", come quelle evidenziate nell'analisi di settore, bisognerebbe procedere ad un'AIR completa.

Si prendano per un attimo in considerazione le numerose "regole" introdotte dalla tanto discussa lettera al mercato dell'IVASS del settembre 2017, nell'attesa del recepimento della Direttiva IDD. Questa costituisce un esempio significativo, dal momento che l'Istituto, secondo quanto previsto dal regolamento AIR, l'ha correttamente sottoposta a consultazione, tenendo conto del suo possibile impatto sul mercato (par. 3.4). Viene da chiedersi se, ad ogni modo, l'IVASS avrebbe potuto sottoporla anche ad analisi *ex ante* (e indire la consultazione nell'ambito del processo di AIR), dal momento che la lettera non pare rientrare tra le ipotesi di regolazione attuativa di normativa europea, scevra da discrezionalità (essendo peraltro precedente al recepimento della Direttiva IDD), né è priva di costi aggiuntivi per gli operatori (se, ad esempio, come previsto dalla lettera, l'impresa assicurativa deve individuare le tipologie di clienti a cui verranno destinati i prodotti, dovrà condurre probabilmente indagini di mercato con conseguente dispendio di risorse; parimenti, simile dispendio si verificherà nel cercare di adeguare la propria struttura organizzativa ai nuovi processi). In tale contesto, l'Istituto avrebbe

¹¹⁹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Better Regulation guidelines*, Bruxelles, 3 novembre 2021 SWD(2021) 305 final, in cui è espressamente previsto che l'analisi di impatto sia informata ai criteri di sussidiarietà e proporzionalità e che, ad ogni modo, costituisca un supporto per i processi decisionali pubblici, ma non li sostituisca (p. 30).

¹²⁰ M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011, *passim*.

¹²¹ Si veda in questo senso l'art. 23, comma 2 della legge n. 262/2005, il quale precisa che i regolatori dei mercati finanziari, nell'adozione di regolazioni generali, «tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari».

¹²² Art. 3, delibera n. 19654/2016.

ben potuto procedere all'AIR completa, esaminando eventuali fallimenti di mercato/della regolazione (in questo caso, la mancanza di un quadro "chiaro" di riferimento, specificando perché non si sia fatto ricorso magari a un atto amministrativo generale), individuando le ipotesi regolatorie a disposizione, inclusa l'opzione zero (dunque, decidere di non intervenire, aspettando il naturale recepimento della Direttiva IDD) e procedendo poi con l'analisi costi-benefici (valutando, ad esempio, se i costi imposti agli operatori per adeguarsi siano maggiori rispetto al beneficio di arrivare "preparati" al recepimento della Direttiva)¹²³.

Ad ogni modo, il regolatore potrebbe procedere altresì ad un'AIR di tipo semplificato (vale a dire, dotata di tutte le fasi di un'AIR "normale", che vanno dall'analisi del problema di partenza fino alla valutazione/comparazione delle opzioni e motivazione dell'intervento, ma con un minore grado di dettaglio e approfondimento¹²⁴). A tal proposito, si può ricordare che lo stesso regolamento dell'IVASS, pur senza fare espresso riferimento ad un'AIR semplificata, ammette deroghe alle modalità e alle tempistiche con cui la procedura appena menzionata viene svolta, qualora questa non sia compatibile con ragioni di necessità, urgenza e riservatezza connesse all'esigenza di tutela di contraenti e assicurati, dell'ordinato svolgimento dell'attività assicurativa, della trasparenza ed integrità del mercato, anche in ragione di mutamenti eccezionali delle condizioni di quest'ultimo; alla tempestiva attuazione di norme europee e nazionali e alla non compromissione del conseguimento delle finalità dell'atto¹²⁵.

Queste ipotesi avrebbero potuto ricorrere nel caso poc'anzi esaminato, in modo da giustificare il ricorso a una procedura AIR, quantomeno "contratta"? In realtà, non esiste una risposta univoca. In primo luogo, bisogna precisare che la scelta tra le due tipologie di AIR appare sempre rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione. In secondo luogo, vi è il rischio di allargare eccessivamente le maglie dei presupposti di necessità e urgenza, che possono giustificare il ricorso a un'AIR *light*¹²⁶. Se, magari, la lettera al mercato in questione avrebbe forse potuto essere sottoposta ad AIR semplificata a causa della necessità e urgenza di tutelare gli assicurati e l'ordinato svolgimento dell'attività assicurativa (al fine di evitare che gli operatori di mercato si trovassero "impreparati", con pesanti ricadute sugli assicurati), in altri casi, il medesimo presupposto potrebbe essere di difficile attuazione.

Non bisogna infatti trascurare alcuni limiti che sono emersi dall'analisi di settore, che ha messo in luce come la maggior parte delle *soft regulation* ab-

¹²³ Si veda la descrizione del procedimento di AIR previsto all'art. 5, del regolamento IVASS n. 3/2013.

¹²⁴ L'AIR semplificata «è costituita da tutte le fasi previste, ma [che] possono essere sviluppate con minor approfondimento rispetto all'AIR Completa» (Circolare Banca d'Italia n. 277/2010).

¹²⁵ Cfr. Art. 2, comma 4, regolamento. n. 3/2013.

¹²⁶ Nelle amministrazioni centrali, l'AIR semplificata viene utilizzata per valutare *ex ante* l'impatto dei decreti legge, con la previsione di un contenuto "minimo" che l'analisi deve avere. Nello specifico, la norma prevede che vengano individuati i problemi da affrontare; la definizione degli obiettivi dell'intervento normativo; l'individuazione dei potenziali destinatari dell'intervento; la valutazione dell'intervento, «con descrizione e, ove possibile, quantificazione dei principali impatti (benefici e costi attesi) per categoria di destinatari e per la collettività nel suo complesso; e individuazione delle condizioni specifiche per l'attuazione dell'intervento e delle relative modalità di effettuazione del monitoraggio e della successiva valutazione» (art. 10, comma 1, lett. a)-lett. e), d.P.C.M. n. 169/2017).

bia formalmente la funzione di specificare il contenuto di precedenti atti di *rulemaking*, chiarendone possibili dubbi interpretativi (come le FAQ dell'AGCOM, che sembrano aver introdotto dei criteri aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla delibera a cui sono connesse). Si tratta di atti che necessitano spesso di un'adozione/pubblicazione *rapida e tempestiva*, proprio per limitare le incertezze. Un'interpretazione eccessivamente ampia dei requisiti di necessità e urgenza ai fini dell'AIR semplificata potrebbe finire con il ricomprendere questi casi. Il rischio è tuttavia che, dinanzi a contenuti regolatori veri e propri, che meriterebbero l'approfondimento dell'AIR completa, l'autorità possa invece servirsi di quella semplificata in modo "formalistico", senza approfondire a dovere le possibili implicazioni di una regola.

Inoltre, ulteriori requisiti che sorreggono l'AIR semplificata potrebbero prestarsi a eccessive estensioni. In altri contesti, in cui è espressamente disciplinata e descritta dal regolatore (si pensi alla Banca d'Italia o all'AGCOM), questo tipo di AIR è giustificata, ad esempio, dall'elevato grado di incertezza delle reazioni degli operatori all'introduzione della regolazione oppure dalla scarsità di dati e informazioni a disposizione¹²⁷. Si pensi proprio al criterio dell'incertezza, che appare come una clausola non del tutto chiara, dal momento che per ogni regolazione (sia essa *hard* o *soft*) che viene adottata, di per sé, è incerta la reazione degli operatori, con la conseguenza che ogni regolazione dovrebbe essere sottoposta ad AIR semplificata. Tenendo dunque conto di questi limiti, sempre secondo il principio di proporzionalità e un approccio "caso per caso", la strada dell'AIR semplificata potrebbe comunque essere un'ipotesi praticabile per queste tipologie di atti.

Vi sarebbe poi un'ulteriore strada percorribile, laddove l'AIR, anche *light*, come visto, potrebbe non essere sempre un'opzione risolutiva. Richiamando dunque ancora una volta le risultanze dell'analisi settoriale, si può infatti osservare come, in moltissime delle ipotesi esaminate, il contenuto regolatorio delle *soft regulation* riguardi *obblighi informativi* di duplice natura: quelli nei confronti dei clienti e quelli nei confronti del regolatore.

Gli obblighi informativi, che fanno parte dei costi di *compliance* alle regole, generano oneri amministrativi¹²⁸. Da diverso tempo, è normativamente prevista per le amministrazioni statali¹²⁹ e per le autorità indipendenti¹³⁰ la misurazione degli oneri derivati dagli obblighi informativi imposti ai regolati, al fine di

¹²⁷ Più nello specifico, la Banca d'Italia prevede che si possa esperire un'AIR semplificata quando «il livello di complessità della normativa e la relativa semplicità delle analisi da compiere sono tali da suggerire che chi ha curato la predisposizione della normativa sia nella migliore condizione per valutarne anche l'impatto». Sul punto, si veda S. SALVI, *L'AIR nella Banca d'Italia*, Paper dell'Osservatorio AIR, S 1/2011, p. 6 ss. Quanto all'AIR semplificata nelle Linee Guida dell'AGCOM, questa può essere opportuna anche in presenza dell'evoluzione di tecnologie e servizi oggetto di regolazione.

¹²⁸ Nel *Better Regulation Toolbox*, n. 58, 2021, p. 517, gli oneri amministrativi sono definiti come «stem[ming] from the part of the process which is done solely because of a legal obligation». In dottrina, si veda per tutti C.R. SUNSTEIN, *On neglecting regulatory benefits*, in *Administrative Law Review*, vol. 72, n. 3, 2020, p. 445 ss.

¹²⁹ Art. 8, comma 2, lett. f), d.P.C.M. n. 169/2017.

¹³⁰ «Nel perseguimento dell'obiettivo di riduzione degli oneri amministrativi definito in sede di Unione europea, con le risorse disponibili a legislazione vigente, le autorità amministrative indipendenti di vigilanza e garanzia effettuano, nell'ambito dei propri ordinamenti, la misurazione degli oneri amministrativi a carico delle imprese con l'obiettivo di ridurre tali oneri entro il 31 dicembre 2012, proponendo le misure legislative e regolamentari ritenute idonee a realizzare tale riduzione» (art. 6, comma 3, d.l. 13 maggio 2011 n. 70, conv. con modific. in legge 12 luglio 2011 n. 106).

razionalizzarli se eccessivamente gravosi. Nello specifico, i regolatori dei mercati si sono dotati di una propria disciplina per la misurazione dei suddetti oneri¹³¹, vale a dire lo *standard cost model* (SCM) adattato alle specificità del mercato di riferimento. Si tratta di una metodologia sperimentata per la prima volta nei Paesi Bassi nel 2003 e diffusasi poi nell'Unione Europea. Essa consta in prima battuta di una fase di mappatura degli oneri informativi, di una successiva fase di quantificazione dei relativi costi¹³² e, infine, della riduzione (ove possibile) di questi ultimi. Peraltro, lo *standard cost model* presuppone il coinvolgimento degli *stakeholders*.

Si consideri ancora l'Orientamento della Banca d'Italia, più volte menzionato, con cui viene richiesto alle imprese di indicare i criteri di riduzione dei costi in un'apposita informativa. Nell'ambito dello *standard cost model*, al pari di quanto avviene per gli oneri contenuti in *hard regulation*, siffatto onere potrebbe essere mappato; verrebbe poi quantificato il costo per gli intermediari anche mediante il contraddittorio con questi ultimi¹³³. Eventuali criticità che risultano da questo tipo di analisi (relative, ad esempio, alla tipologia di modulistica che viene utilizzata oppure all'eliminazione di alcune formule stilistiche poiché poco chiare) potrebbero così portare alla semplificazione degli oneri.

Chi scrive è comunque consapevole dei limiti e della parzialità di questo strumento¹³⁴, come peraltro ampiamente sottolineato in dottrina¹³⁵. Ad ogni modo, procedere a una quantificazione dei costi imposti dalle *soft regulation* potrebbe in qualche modo permettere al regolatore di mitigarne alcuni effetti, tramite la soppressione di oneri ingiustificati. Cosa succederebbe infatti se questi "oneri *soft*", ad esempio, comportassero un sacrificio ingiusto per gli operatori, rendendone l'attività economica più gravosa o imponendo a questi

¹³¹ Per quanto riguarda i regolatori oggetto della presente analisi, il riferimento è per l'AGCOM alla Delibera n. 121/15/CONS *Avvio del procedimento per la misurazione e riduzione degli oneri amministrativi derivanti da obblighi informativi nelle materie affidate alla competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, 11 marzo 2015; per l'ARERA, la delibera 443/2012/A *Semplificazione di obblighi di natura informativa per i soggetti produttori di energia elettrica di piccole dimensioni, tipicamente coincidenti con famiglie e piccole-medie imprese e riduzione dei connessi oneri amministrativi*, 25 ottobre 2012; per la CONSOB, si rinvia invece alla delibera n. 18214 del 9 maggio 2012, con cui sono state adottate misure di semplificazione degli obblighi informativi imposti dalla regolazione finanziaria; per la Banca d'Italia la Circolare n. 277/2010, cit., pp.19-20.

¹³² La formula generale di riferimento per la quantificazione degli oneri è contenuta nel *Better Regulation toolbox*, n. 58, cit.: $Administrative\ Cost = P * Q$; $Price = Tariff * Time$; $Q = Number\ of\ business * Frequency$. Il costo amministrativo è dato dalla moltiplicazione del *price* per la *quantity*. Nello specifico, *price* indica il costo dell'attività ed è ottenuto dalla moltiplicazione del costo di coloro che si occupano di svolgere l'adempimento (*tariff*) per il tempo necessario per eseguire l'attività richiesta (*time*). La quantità fa riferimento alle volte in cui l'attività è svolta ed è data dal risultato della moltiplicazione tra il numero delle imprese destinatarie degli oneri (*number of business*) per la frequenza annua dell'adempimento (*frequency*).

¹³³ Ciò avverrebbe moltiplicando il costo orario dei soggetti che predispongono l'informativa e il tempo necessario ad adempiere (*price*): entrambe le informazioni possono essere ricavate attraverso il coinvolgimento dei soggetti interessati, mediante ad esempio interviste. A sua volta, questo risultato sarebbe da moltiplicare per la frequenza annua di questo adempimento e anche per il numero di tutti gli intermediari che sono tenuti a rendere l'informativa in questione.

¹³⁴ Sul punto, cfr. l'analisi offerta da E. GOLDBERG, *'Better Regulation': European Union Style*, M-RCBG Associate Working Paper Series, n. 98, 2018, p. 48, la quale, richiamando l'Eurobarometro del 2017, osserva come solo pochissimi tra gli intervistati pensassero che con la misurazione degli oneri amministrativi i costi fossero diminuiti.

¹³⁵ M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., pp. 63-68.

ultimi costi ingiustificati? Richiamando ancora una volta le informative che gli operatori dei mercati finanziari devono rendere alla clientela, ben potrebbe verificarsi che le *soft regulation* “richiedano” ai soggetti vigilati di renderle talmente dettagliate, da creare un sovraccarico informativo (*information overload*) nei confronti dei clienti, impedendo a questi ultimi di fare scelte ragionate¹³⁶. Non essendo probabilmente possibile valutare l’impatto di questi obblighi informativi, questi potrebbero essere quantomeno quantificati e ridotti all’occorrenza.

Da ultimo, si aprono questioni problematiche relative all’applicazione della VIR e del *monitoraggio delle regole*. Si tratta di strumenti spesso negletti anche per le regolazioni “tradizionali”¹³⁷ e a cui si può ricorrere peraltro anche in assenza di AIR. Ad ogni modo, le medesime considerazioni svolte in tema potrebbero valere per l’AIR tenendo conto della peculiarità delle *soft regulation*. Un’ipotesi potrebbe essere quella che, in ogni caso, le autorità di regolazione procedessero a una sistematizzazione e raccolta di questi atti¹³⁸, per poterne valutare in occasione della VIR diversi aspetti.

Sempre tornando all’esempio della lettera al mercato del settembre 2017 dell’IVASS, verrebbe da chiedersi quale sia stato l’effetto che le “prescrizioni” ivi contenute abbiano avuto sul mercato. Nello specifico, le regole imposte da queste *soft regulation* alle imprese di assicurazione sono state più onerose o meno rispetto a quelle imposte dalla normativa di recepimento? Alcune di queste regole sono ancora “in vigore” e “convivono” con quelle emanate in seguito? L’Istituto, dunque, tramite la VIR potrebbe rivedere il contenuto della lettera, adeguandola al mutato contesto¹³⁹. Si può inoltre richiamare un altro esempio, già analizzato con riferimento all’AIR, vale a dire quei criteri introdotti dai “Chiarimenti” dell’ARERA che gli operatori devono rispettare per l’ammissione a meccanismi di riconoscimento di crediti non riscossi. Si tratta di *soft regulation* recenti, i cui effetti (in termini di costi di *compliance*) potrebbero essere valutabili tra qualche anno. In questo caso, l’ARERA potrebbe dunque procedere alla VIR, verificando se questi criteri possano essere in qualche misura rivisti.

Da ultimo, seppur tenendo conto delle criticità sottolineate con riferimento all’uso che se ne può fare nell’AIR, non dovrebbe trascurarsi il possibile ruolo delle consultazioni all’interno della VIR. Volendo dunque estendere la riflessione alla *soft regulation*, si potrebbe auspicare un ruolo più incisivo proprio della VIR e della consultazione nella VIR. Attraverso la pubblicazione della *soft regulation* e l’esperimento di un meccanismo di *notice and comment*, gli operatori del mercato potrebbero infatti offrire il loro contributo e fornire, ad

¹³⁶ Sugli errori cognitivi che affliggono i consumatori nelle decisioni relative agli investimenti, resta fondamentale lo studio, commissionato dalla Commissione UE, di N. CHATER-R. INDERST-S. HUCK, *Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective*, novembre 2010.

¹³⁷ A tal proposito, parla di «scarsa diffusione (se non totale carenza)» dello strumento il parere del Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 7 giugno 2016, n. 1458. Alcune perplessità sulla capacità della VIR di raggiungere l’obiettivo per cui è stata introdotta (vale a dire «eliminare o correggere quelli che non hanno prodotto i risultati attesi») sono state espresse da B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, paper dell’Osservatorio AIR, settembre 2010, p. 5, dal momento che l’abrogazione di una legge può essere considerata come un “fallimento” da un punto di vista politico.

¹³⁸ Cfr. *OECD Better Regulation in Europe*, cit.

¹³⁹ Come previsto dall’art. 9, comma 1, regolamento IVASS n. 3/2013.

esempio, elementi riguardo a quelli che sono stati gli effetti della misura sulla loro attività (se l'abbia resa più gravosa o meno).

5. Verso una crescente “flessibilizzazione” della regolazione dei mercati?

A margine del presente contributo, si vogliono svolgere alcune considerazioni conclusive. Innanzitutto, bisogna sottolineare come l'emergenza pandemica abbia acuito la tendenza alla crescente “flessibilizzazione” della regolazione dei mercati. Le motivazioni sono piuttosto semplici da ricavare: la *soft regulation* è uno strumento estremamente malleabile e permette di intervenire in modo molto tempestivo in contesti caratterizzati da grande incertezza, come è quello dei mercati durante la pandemia¹⁴⁰.

Di questa tendenza, ad ogni modo, non vanno però sottovalutate le possibili ricadute sui soggetti regolati. In quasi tutti i casi analizzati, alcune *soft regulation* hanno finito per imporre degli oneri a carico degli operatori economici, sotto forma, ad esempio, di criteri aggiuntivi per svolgere delle determinate attività oppure di ulteriori informazioni da rendere a clienti, utenti e consumatori.

Si potrebbe obiettare come la problematica appena richiamata (e le molte simili che potrebbero verificarsi anche in altri mercati) potrebbe essere causata da una regolazione “tradizionale” e non solo da *soft regulation* più o meno fittizie. Vi sono tuttavia sostanziali differenze. La regolazione dei mercati è di per sé caratterizzata da garanzie procedurali molto forti: queste avrebbero infatti una funzione “compensativa” dell'assenza di responsabilità e di soggezione dei regolatori dei mercati al Governo. Funzione di garanzia hanno però anche l'AIR, la VIR e le consultazioni, dal momento che sono concepite nell'ottica di garantire la qualità delle regole, non solo sotto un profilo formale (attinente alla loro chiarezza e comprensibilità), ma anche sostanziale, vale a dire legato alle possibili conseguenze che le regole possono avere su mercati e consumatori¹⁴¹.

La *soft regulation*, da un punto di vista formale, non necessiterebbe di essere assoggettata né alle garanzie del procedimento amministrativo, né tantomeno agli strumenti di *better regulation*. Viene dunque da chiedersi se ricorrere in modo spesso costante a *soft regulation* (nella forma) che incidono realmente sul comportamento degli operatori del mercato e, di riflesso, su quello dei cittadini, probabilmente al fine di evitare di esperire meccanismi comunque caratterizzati da un alto grado di tecnicismo e di complessità (si pensi alle analisi di matrice economica sottese all'AIR), non si traduca poi nella mancata valutazione degli effetti legati a queste “regolazioni”.

Quali potrebbero essere dunque i rimedi? In modo del tutto condivisibile,

¹⁴⁰ In tale contesto, possono senz'altro richiamarsi alcune osservazioni formulate in tema, con riguardo specifico all'emergenza pandemica, per cui «soft law is soft law at its best: it is cheap, fast, flexible» (M. ELIANTONIO-E. KORKEA-AHO-S. VAUGHAN, *EJRR Special Issue Editorial: COVID-19 and Soft Law: Is Soft Law Pandemic-Proof?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 12:1, 2021, p. 6).

¹⁴¹ La distinzione tra qualità formale delle regole (vale a dire regole che siano chiare, intellegibili e accessibili) e qualità sostanziale (per cui le regole devono essere necessarie, residuali e proporzionate) è stata elaborata da Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 21 maggio 2007, n. 2024.

si è argomentato che questi effetti debbano essere oggetto del sindacato del giudice amministrativo¹⁴². Tenendo conto dei possibili effetti negativi che le regole così prodotte potrebbero cagionare, il sindacato del giudice potrebbe concentrarsi su due livelli: il primo potrebbe riguardare le modalità con cui gli atti di *soft regulation* sono stati adottati sotto il profilo della violazione di legge o dell'eccesso di potere (si pensi al caso delle consultazioni non esperite che sarebbero previste dalla legge e che si traducono nell'assenza di contraddittorio e nell'insufficiente istruttoria); il secondo invece il "contenuto" delle regolazioni in questione sotto il profilo della proporzionalità e della ragionevolezza.

Ad ogni modo, la pure auspicabile tutela giurisdizionale interverrebbe in una fase già patologica del rapporto tra privati e amministrazioni. Come si potrebbe impedire o quantomeno limitare che venga ad esistenza un provvedimento amministrativo con i tratti dell'illegittimità? Probabilmente, sempre seguendo un approccio ispirato alla proporzionalità/selettività, gli effetti di queste *soft regulation* dovrebbero cominciare ad essere valutati in modo preventivo e monitorati nel tempo da parte dei regolatori. Non si deve peraltro dimenticare che tra le funzioni delle tecniche di formazione della regolazione, così come quelle della partecipazione a quest'ultima, con conseguente produzione di regole di qualità, vi è proprio quella di riduzione del contenzioso¹⁴³.

Da ultimo, richiamando ancora la progressiva flessibilizzazione della regolazione dei mercati che è emersa con la pandemia, si può svolgere un'ultima riflessione sulle *soft regulation* come strumenti di *responsive regulation*, vale a dire volti a favorire la *compliance* degli operatori dei mercati non solo attraverso la deterrenza, ma anche attraverso il dialogo, lo scambio di informazioni tra regolatori e regolati e la persuasione¹⁴⁴. Viene tuttavia da chiedersi, ad esempio, se gli operatori dei mercati finanziari saranno maggiormente incentivati ad adottare informative più dettagliate per i clienti se non sentono di essere "costretti" dall'autorità di vigilanza attraverso un tradizionale atto di regolazione. Ancora, bisogna domandarsi se gli operatori del settore energetico, soprattutto in una fase oggi così delicata per questi mercati¹⁴⁵, saranno più propensi a non rivedere al rialzo le proprie tariffe per qualche periodo se "invitati" a farlo tramite una *soft regulation*, di cui però l'ARERA si riserva di verificare il rispetto.

Non è semplice dare una risposta a tutti questi quesiti, così come, ad oggi, non è dato sapere se la tendenza da parte dei regolatori dei mercati ad adottare *soft regulation* si consoliderà nel tempo e finirà per sovrapporsi alla regolazione tradizionale. Ad ogni modo, se il regolatore decide di optare per «la via dell'adesione piuttosto che della coerenza»¹⁴⁶, bisogna tenere bene a mente

¹⁴² Sul punto, M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit., p. 70 osserva: «se la *soft regulation* produce effetti *cripto hard*, anche il sindacato deve essere quello classico *hard* cioè un sindacato diretto nei confronti della misura in questione».

¹⁴³ Cfr. L. LO SCHIAVO, *L'Air nelle autorità indipendenti*, in A. NATALINI-G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa burocratica*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 140.

¹⁴⁴ Il riferimento è alla teoria di I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

¹⁴⁵ Su queste sfide, si rinvia alla recente Comunicazione *REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili*, 8 marzo 2022, COM(2022) 108 final.

¹⁴⁶ B. CELATI, *op. cit.*, p. 343.

che queste “regole adottate in modo soft” potrebbero produrre effetti sui mercati e sugli utenti: è dunque necessario che anche queste siano «buone regole» che contribuiscano a determinare «un livello qualitativo elevato del rapporto Autorità-cittadini e Autorità-imprese»¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Cons. Stato, n. 2024/2007, cit.



COMMENTI

Le modifiche alla Costituzione in tema di tutela all'ambiente e alla salute e i limiti alla libertà di iniziativa economica

Changes to the Constitution regarding Environment and Health Enforcement and Limits to Freedom of Economic Enterprise

di **Lorenzo Delli Priscoli** *

ABSTRACT

Questo saggio si propone di verificare se le recenti modifiche alla Costituzione riguardanti la tutela dell'ambiente e della salute hanno posto nuovi limiti alla libertà di iniziativa economica nell'ordinamento italiano, anche nella prospettiva di un dovere di correttezza nei confronti delle future generazioni. Il saggio evidenzia altresì come la protezione dei diritti fondamentali si relazioni con le regole del mercato nonché il ruolo del processo di liberalizzazione, cercando un ragionevole bilanciamento fra i valori coinvolti, apparentemente inconciliabili.

This essay aims at verifying if recent changes to the Italian Constitution regarding Environment and Health Enforcement have really set new limits to Freedom of Economic Enterprise in the Italian legal system, even considering an intergenerational fairness perspective. The essay also inquires how the fundamental rights enforcement impacts on market rules and the role of the liberalization process, searching for a reasonable balance between all the apparently irreconcilable values involved.

SOMMARIO: 1. La portata innovativa della legge costituzionale n. 1/2022. – 2. La protezione dell'ambiente e i nuovi limiti alla libertà di iniziativa economica. – 3. La prospettiva pubblicistica del mercato quale luogo ove si svolge e si sviluppa la personalità dell'uomo. – 4. Limiti alla libertà di iniziativa economica e Unione europea. – 5. Limiti alla libertà di iniziativa economica e liberalizzazioni. – 6. La ricerca di un ragionevole temperamento tra ambiente e salute da un lato e libertà d'impresa dall'altro.

1. La portata innovativa della legge costituzionale n. 1/2022

La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, ha apportato delle significative modifiche alla Costituzione inserendo per un verso all'art. 9, *ex novo*, un terzo comma contenente la previsione della tutela dell'ambiente, per un altro verso al comma 2 dell'art. 41 la salute e l'ambiente quali ulteriori limiti alla libertà di iniziativa economica – ulteriori perché si aggiungono ai preesistenti

* Consigliere della Corte di Cassazione, assistente di studio presso la Corte costituzionale.

limiti costituiti dall'utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana – e per un altro verso ancora al comma 3 dello stesso art. 41 la finalità ambientale accanto a quella sociale quali obiettivi della programmazione economica.

Pertanto, l'attuale testo dell'art. 9 della Costituzione è il seguente:

1. La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.
2. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.
3. *Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme e di tutela degli animali.*

L'attuale testo dell'art. 41 della Costituzione è invece il seguente:

1. L'iniziativa economica privata è libera.
2. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all'ambiente*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.
3. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali *e ambientali*.

Anche se apparentemente, o comunque in una certa prospettiva, la riforma potrebbe essere definita epocale o comunque di grande rilevanza in quanto tocca per un verso un principio fondamentale (l'art. 9, ed è la prima volta che accade) e per un altro verso la norma chiave della "Costituzione economica"¹ (simbolo oltretutto della perfetta fusione e dell'equilibrio delle tre anime presente nella nostra Assemblea costituente, con il rischio dunque di incrinare questo equilibrio) la tutela dell'ambiente e i limiti del rispetto della salute e dell'ambiente alla libertà di iniziativa economica erano stati in realtà già ampiamente considerati e valorizzati dalla Corte costituzionale negli ultimi anni, tanto che ben può dirsi che l'ambiente già fosse, prima di questa riforma, un diritto fondamentale della collettività² e che la libertà di iniziativa economica già dovesse necessariamente confrontarsi con il rispetto dell'ambiente e della salute.

In particolare, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, in base all'art. 117, comma 2, lettera s), Cost., spetta in via esclusiva allo Stato il compito di dettare una disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente, considerato come «*entità organica e connesso a un interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto*»³.

La Consulta ha altresì in numerose occasioni affermato che la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" rappresenta una materia naturalmente tra-

¹ Cfr., per tutti, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, VI ed., Laterza, Bari, 2021.

² Cfr. L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà d'iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 4. Sia consentito altresì il rinvio a L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 180.

³ In questo senso, *ex plurimis*, Corte cost. n. 24/2022, la quale evidenzia altresì la stretta interrelazione tra tutela dell'ambiente e tutela del paesaggio: «*il sistema della pianificazione paesaggistica, che deve essere salvaguardato nella sua impronta unitaria e nella sua forza vincolante, rappresenta attuazione dell'art. 9 Cost. ed è funzionale a una tutela organica e di ampio respiro, che non tollera interventi frammentari e incoerenti, quali inevitabilmente rischiano di essere quelli ad opera delle Regioni*». Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, inoltre, «*l'ambiente è valore di rango preminente e condizione per il godimento di vari diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione*» (sentenza 24 gennaio 2019, Cordella e altri contro Italia, par. 157 ss.; sentenza 9 dicembre 1994, Lopez Ostra contro Spagna, par.51 ss.).

versale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali e che le norme statali⁴ segnano, anche in attuazione degli obblighi comunitari, un livello di tutela uniforme, che s'impone sull'intero territorio nazionale e non consente deroghe su base regionale, tanto che i vincoli posti dalla legislazione dello Stato valgono anche nei confronti delle Regioni ad autonomia speciale e tutte le Regioni sono legittimate ad intervenire solo a condizione che ciò assicuri livelli di tutela dell'ambiente più elevati rispetto a quelli previsti dalla legislazione statale⁵.

Questo assetto giurisprudenziale non dovrebbe dunque essere significativamente inciso dalla novità legislativa rappresentata dalla legge costituzionale n. 1/2022, perché è come se la Costituzione avesse semplicemente preso atto della giurisprudenza costituzionale "vivente" e ad essa si fosse adeguata⁶.

Una lettura della riforma in questo senso si mostrerebbe tuttavia estremamente riduttiva.

Innanzitutto infatti, anche se è vero che la Costituzione "vive" attraverso le pronunce della Corte costituzionale, deve comunque sottolinearsi la forte portata non solo simbolica della riforma ma anche e soprattutto la sua funzione di motore propulsore di valori non solo per la giurisprudenza ordinaria e amministrativa ma anche in genere per gli italiani, tenuto conto che se la giurisprudenza costituzionale è in qualche modo patrimonio soprattutto degli addetti ai lavori, la Carta costituzionale, per la sua brevità e incisività e per essere oggetto di studio ormai da anni in Italia fin dalle scuole medie, è invece patrimonio di tutti gli italiani. Solo oggi, dunque, la maggior parte degli italiani acquista consapevolezza che l'ambiente è un valore primario della nostra Costituzione, e dal momento che la Corte costituzionale costituisce anche un formidabile veicolo di interpretazione della coscienza sociale, si sono evidentemente create le premesse per un circolo virtuoso volto a creare un rafforzamento del valore ambiente attraverso un continuo "dialogo" fra la cittadinanza e la Consulta.

Non può peraltro non evidenziarsi che un primo commentatore ha criticato la riforma costituzionale per la scarsità del dibattito che la ha preceduta e per la disinvoltura eccessiva con la quale è stato inserito il principio della tutela dell'ambiente nella Costituzione, con il rischio che la persona umana perda la sua centralità all'interno della Carta fondamentale⁷.

⁴ Il riferimento è in particolare al codice dell'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e al codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

⁵ Cfr., *ex multis*, Corte cost. n. 21/2022; cfr. anche Corte cost. n. 276/2020, secondo cui «*in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" la legge statale detta gli standard minimi uniformi di tutela che le Regioni possono accompagnare con un surplus di tutela, ma non derogare in peius*».

⁶ M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, p. 2, secondo i quali la modifica dell'art. 9 Cost. è una previsione in linea con gli approdi da tempo raggiunti dalla Corte costituzionale, che già conferivano alla tutela dell'ambiente valore costituzionale e, di conseguenza, investivano il legislatore del compito di adottare disposizioni in grado di assicurarla e l'amministrazione del dovere di svolgere l'attività necessaria a dare esecuzione alle scelte politiche in tali disposizioni contenute e si era così favorita la successiva interpretazione evolutiva degli articoli della Costituzione relativi al paesaggio (art. 9), alla salute (art. 32), alla proprietà (art. 42) e all'assetto del territorio (art. 44), quali fondamento del valore ambiente.

⁷ Cfr. G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 2022, <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/92-main/costituzione-e-carte-dei-diritti-fondamentali/2223-i-nuovi-artt-9-e-41-cost-centralita-dell-uomo-e-limiti-di-revisione-costituzionale>, il quale conclude che fermo il dovere di tutti noi di proteggere l'ambiente, la

Deve tuttavia ritenersi che il riconoscimento dell'ambiente quale interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto, lungi dal rappresentare un "pericolo" per la centralità dell'essere umano nella Costituzione, ne costituisce anzi una ulteriore valorizzazione, in una prospettiva però di più ampio respiro, anche da un punto di vista temporale, in ragione dell'affermazione della rilevanza degli interessi delle generazioni future e della acquisita piena consapevolezza della dipendenza della sopravvivenza dell'essere umano dalla possibilità di vivere in un ambiente non deteriorato e compromesso e in cui anche gli animali siano destinatari di una significativa ed effettiva tutela (e in quest'ottica va letta la riserva di legge a favore di quest'ultimi prevista dalla legge costituzionale).

Sembra pertanto che l'attuale distinzione tra paesaggio e ambiente in virtù del riconoscimento a quest'ultimo di un comma distinto e successivo rispetto a quello già originariamente riservato al paesaggio rappresenti un indubbio rafforzamento del valore dell'ambiente inteso in senso ampio e che i due termini, lungi dall'entrare in contrapposizione, non costituiscano altro che un endiadi volta ad attribuire particolare importanza e rilievo a tale valore⁸: in questo senso sembra orientata, anche se non esplicitamente, la Consulta⁹.

Non può inoltre nascondersi che l'attuale assetto dell'art. 9 della Costituzione è evidentemente dovuto alla condivisibile volontà politica di rispettare – esigenza tanto più avvertita in quanto trattasi di un intervento all'interno dei principi fondamentali della Costituzione – quanto più possibile l'originario disegno costituzionale dell'Assemblea Costituente, "limitandosi" così il Legislatore del 2022 ad una "semplice aggiunta" di un ultimo comma ad un articolo che per il resto non è stato toccato.

Anche la prospettiva della tutela ambientale in una dimensione intertemporale, con riguardo agli interessi delle generazioni future non riveste, da un certo punto di vista, i caratteri di particolare novità nella giurisprudenza costituzionale¹⁰.

Deve infatti evidenziarsi che il richiamo alle ragioni delle generazioni future, pur essendo nuovo nella Costituzione in questa formulazione così esplicita, non lo è nella sostanza delle cose in quanto era stato già ampiamente predicato dalla Consulta: in tema di bilancio infatti l'art. 81 della Costituzione, è tutto nel suo complesso evidentemente volto a contemperare gli interessi economici delle generazioni attuali con gli interessi dei futuri cittadini italiani e particolarmente significativo è il riferimento contenuto nell'ultimo comma di tale norma, là dove si afferma il valore della sostenibilità del debito. La nuova for-

tutela della natura deve tuttavia sempre pensarsi nel rispetto primo degli esseri umani; e l'ambiente non può trasformarsi in uno strumento da utilizzare per limitare o negare oltre misura i diritti, né può costituire una ragione (se non, in taluni casi, un pretesto) per punire e/o cancellare le libertà della persona; e deve così rimanere integro il principio secondo il quale la tutela dell'ambiente si dà perché è interesse dell'uomo vivere in un ambiente salubre, non altro.

⁸ M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, cit., p. 8, secondo i quali non si crede che nell'intenzione del legislatore vi sia stata l'esigenza di introdurre un distinguo tra paesaggio e ambiente.

⁹ Cfr., ad esempio Corte cost. n. 24/2022, secondo cui il sistema della pianificazione paesaggistica, che deve essere salvaguardato nella sua impronta unitaria e nella sua forza vincolante, rappresenta attuazione dell'art. 9 Cost. ed è funzionale a una tutela organica e di ampio respiro, che non tollera interventi frammentari e incoerenti e la peculiarità del bene giuridico ambiente, nella cui complessità ricade anche il paesaggio, *riverbera i suoi effetti anche nei confronti delle Regioni*.

¹⁰ Sentenze nn. 46 e 228 del 2021; n. 237/2020.

mulazione dell'art. 81 della Costituzione è stata introdotta con legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, ed è stata effettuata unitamente a delle significative integrazioni dell'art. 97 Cost., ove pure tale valore è stato ribadito. Questo aspetto relativo al collegamento tra sostenibilità del debito e tutela delle generazioni future è stato più volte colto ed evidenziato dalla Consulta la quale ha affermato che la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso continui rinvii, finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione con il principio di equità intergenerazionale, principio che comporta la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo ¹¹.

Dunque, la riforma costituzionale del 2022 affianca la protezione delle generazioni future da un punto di vista ambientale alla protezione delle stesse da un punto di vista economico introdotta dalla riforma costituzionale del 2012, ed in questo la legge costituzionale n. 1/2022 costituisce una notevole novità, di sicuro impatto nelle prossime decisioni della Consulta. La tutela delle generazioni future, sia per quanto riguarda la sostenibilità del debito pubblico sia per quanto riguarda l'ambiente, infatti non è e non sarà semplice, specie ove si consideri che i due interessi entrano inevitabilmente in conflitto tra loro, esattamente come entrano in conflitto i valori dell'ambiente e dell'economia per le generazioni attuali. Certo è che, alla luce della riforma, non può ormai negarsi che quello dell'interesse delle generazioni future sia ormai entrato a pieno titolo come parametro di valutazione della legittimità della legge che si manifesta come specificazione e corollario del principio di proporzionalità ¹².

La sentenza della Corte costituzionale n. 24/2022 si pone come autorevole e (più o meno) consapevole interprete di tale necessario contemperamento degli interessi delle generazioni future là dove, nell'occuparsi della legge della regione Sardegna n. 8/2004 in tema di paesaggio, pianificazione territoriale regionale e sviluppo sostenibile, ritiene costituzionalmente compatibile la previsione secondo cui le volumetrie degli insediamenti turistici ammissibili nella fascia costiera non debbano essere superiori al 50 per cento di quelli consentiti in precedenza, evidenzia che il dimezzamento del limite previsto nelle zone turistiche di fascia costiera rispetto alle norme previgenti appare il frutto di una «valutazione comparativa di contrapposti interessi, quello generale alla salvaguardia del paesaggio, anche a tutela delle generazioni future, e quello individuale e imprenditoriale allo sviluppo degli insediamenti turistici» ¹³. In effetti, è evidente che la possibilità di costruire in Sardegna nella fascia costiera di interesse turistico (nel caso della Sardegna si tratta praticamente di tutta la sua lunghissima costa) rappresenta una enorme opportunità, anche e soprattutto per le generazioni future, di incrementare i posti di lavoro – nell'edilizia, nel turismo, nei servizi, nel commercio – e capitali da tutto il mondo sono attratti dalle incomparabili bellezze della costa sarda costituendo un volano formidabile per l'economia e una e vera e propria toccasana per il bilancio non solo sardo ma italiano. Tuttavia quelle stesse generazioni future verrebbero irrimediabilmente danneggiate (e purtroppo lo sono già state) da un non adeguatamente

¹¹ Sentenze n. 235/2021; n. 115/2020; n. 49/2018; n. 274/ 2017.

¹² In questo senso cfr. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente*, in *Forum di Quad. cost.*, 3, 2021.

¹³ Così anche Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio-10 settembre 2009, n. 5459.

controllato sviluppo urbanistico sulle coste sarde che, oltretutto, alla lunga ma non troppo, finisce per danneggiare anche lo stesso turismo e quindi in ultima analisi anche lo sviluppo economico.

In definitiva il cambio di marcia impresso dalla modifica costituzionale del 2022, letta alla luce di quella del 2012 riguardante la sostenibilità del debito pubblico, sembra dunque quello costituito da un pressante invito al Legislatore, al Governo e alle Pubbliche Amministrazioni, cui spetta il delicato e complesso compito di individuare il punto di equilibrio fra i numerosi valori in campo spesso in un apparentemente inconciliabile conflitto fra loro, ad adottare nelle loro decisioni e nell'uso della discrezionalità politica e amministrativa che rispettivamente loro compete, una visione meno asfittica, un orizzonte più lontano e lungimirante.

Per merito della riforma del 2022 acquista infine nuova linfa la regola, troppo spesso ignorata e negletta, prevista dall'art. 41, comma 3, della Costituzione, in ragione della quale la legge determina i programmi opportuni perché l'attività economica possa essere indirizzata a fini sociali e ambientali: la nuova linfa non è offerta solo dalla necessità che la programmazione debba avere riguarda non solo a fini sociali ma anche a quelli ambientali (circostanza che ben poteva essere considerata un evidente corollario della necessità di proteggere l'ambiente anche nell'interesse delle generazioni future) ma anche e soprattutto dal fatto che la necessità di proteggere le future generazioni impone al Legislatore, al Governo e alle Pubbliche Amministrazioni non di effettuare scelte dettate da esigenze effimere e contingenti ma di programmare le proprie azioni contemperando le esigenze economiche e del mercato con quelle di salvaguardia dell'ambiente in una prospettiva di ben più ampio respiro¹⁴. La Costituzione italiana dunque, nell'individuare l'esigenza di tutela economica e ambientale delle generazioni future, pur nella consapevolezza di non essere un monolite pietrificato¹⁵ ma un complesso e complessivo corpus di valori in continua evoluzione, si pone dunque più che mai l'ambizioso scopo di durare il più a lungo possibile nel tempo, siglando un patto di correttezza intergenerazionale che carica di gravi responsabilità la classe politica, nella ormai raggiunta piena consapevolezza che le loro di scelte di oggi influenzeranno in maniera decisiva la vita delle generazioni future.

¹⁴ Cfr. M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, cit., p. 48, secondo i quali da un lato, l'art. 41 Cost. comma 3, chiama in causa non solo il Legislatore, ma anche le pubbliche amministrazioni, stante l'affermata natura relativa della riserva di legge in materia. Dall'altro, esso esige una reale e seria logica di tipo programmatico, che costituisce una sfida, visto che è diametralmente opposta a quella contingente e frammentata adottata di regola in campo economico.

¹⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *Doveri ambientali, sviluppo sostenibile e diritto commerciale*, in *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, numero monografico del 2021 de *Il diritto dell'economia* a cura di P. PANTALONE, Stem Mucchi Editore, Modena, 2021, p. 93; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà d'iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 7; M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, cit., p. 29, secondo i quali «se sottesa alla Costituzione vi è una tensione alla "eternità", ciò implica non la pietrificazione della portata normativa delle singole disposizioni costituzionali, bensì solo la conservazione del loro contenuto di valore».

2. La protezione dell'ambiente e i nuovi limiti alla libertà di iniziativa economica

La parola ambiente è entrata nel vocabolario giuridico da relativamente poco tempo¹⁶: in effetti mancava, al momento dell'Assemblea Costituente, una radicata "sensibilità ambientale", specie nella prospettiva dell'interesse delle generazioni future¹⁷. Tuttavia la riforma costituzionale del 2022 non ha introdotto per la prima volta l'ambiente nella Carta fondamentale perché tale termine, se non era presente nel testo originario della Costituzione del 1948, è stato però inserito con la riforma del titolo V del 2001¹⁸, a partire dalla quale l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., stabilisce che la "*tutela dell'ambiente*" rappresenta una materia di competenza esclusiva statale¹⁹. L'art. 117 Cost. costituisce

¹⁶ Da un punto di vista normativo il primo intervento significativo è la legge n. 349/1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente, ove era prevista la legittimazione, in capo ad organismi associativi riconosciuti, con apposito decreto ministeriale, la legittimazione ad intervenire nei giudizi per danno ambientale nonché a ricorrere per l'annullamento di atti illegittimi che incidano su interessi di natura ambientale; da un punto di vista della giurisprudenza costituzionale mediante le sentenze n. 210 e 641 del 1987 (in particolare la prima pronuncia afferma che «*va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali – aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti – l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. Ne deriva la repressione del danno ambientale cioè del pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente e trattasi di valori che la Costituzione prevede e garantisce agli artt. 9 e 32*»; da un punto di vista della giurisprudenza della Cassazione 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 582, con nota adesiva di S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, sentenza secondo cui «*la domanda con la quale il privato chieda la sospensione di un'opera intrapresa dalla pubblica amministrazione, assumendo che questa, per effetto di esalazioni e rumori, pregiudica la salubrità dell'ambiente in cui abita o lavora, recando così nocimento al proprio benessere biologico e psichico, si ricollega ad una posizione soggettiva inquadrabile nell'ambito del diritto alla salute, che la Costituzione riconosce e tutela in via primaria, assoluta, non condizionata ad eventuali interessi di ordine collettivo o generale, e, quindi, anche nei confronti dell'amministrazione medesima. Sull'indicata domanda, pertanto, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario, restando irrilevante, a tale fine, ogni questione di merito sulla concreta sussistenza della denunciata situazione di pericolo, e sull'esperibilità, a difesa di quel diritto, di un'Azione di carattere inibitorio nei confronti della pubblica amministrazione*».

¹⁷ Per sensibilità ambientale si intende «*uno sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri; negli anni quaranta invece non vi era la percezione che le risorse del pianeta fossero limitate e che l'inquinamento potesse comprometterlo in un periodo di tempo relativamente breve*».

¹⁸ Avvenuta con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

¹⁹ Peraltro, secondo le sentenze n. 210/2016 e 207/2002 della Corte costituzionale, «*l'ambiente non può identificarsi con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto*»: un significato analogo e un non troppo dissimile processo di una sua sempre maggiore valorizzazione può dirsi esserci stata per la concorrenza nel senso della tutela *antitrust*: negli anni quaranta del secolo scorso infatti esisteva nel codice civile la tutela contro la concorrenza sleale ma la prima legge *antitrust* in Italia è apparsa solo nel 1990 (con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990) e il suo riconoscimento costituzionale all'interno dell'art. 41 Cost. è avvenuto solo a partire dall'inizio del ventunesimo secolo; inoltre anche la parola concorrenza è stata introdotta per la prima volta ad opera della riforma del titolo V della Costituzione avvenuta con la legge costituzionale n. 3/2001 e infine anche la concorrenza, co-

però solo una norma di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni e non assegna quindi anche rango di valore costituzionale alle materie in esso elencate, anche se è innegabile che il suo inserimento quale materia riservata allo Stato ne determina implicitamente il riconoscimento della sua importanza. In ogni caso non si è mai seriamente dubitato negli ultimi anni che l'ambiente non costituisse un valore di rango costituzionale, che veniva ricondotto per un verso all'art. 9, comma 2, Cost. secondo cui *“la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”* e per un altro verso all'*utilità sociale* di cui all'art. 41, comma 2, Cost.²⁰. Si è già evidenziato tuttavia che l'esplicito riconoscimento dell'ambiente nella Costituzione, e in particolare fra i principi fondamentali, ne sottolinea e ne accentua indubbiamente la sua rilevanza e allo stesso tempo l'integrazione del catalogo dei limiti alla libertà di iniziativa economica privata costituisce una sottolineatura esplicita dell'importanza delle questioni ambientali anche in campo economico e pertanto la novella dell'art. 41 della Costituzione deve necessariamente essere letta congiuntamente alla riforma dell'art. 9²¹.

La Costituzione non definisce né l'ambiente né l'utilità sociale²² e anche la Corte costituzionale evita di farlo, limitandosi di volta in volta a stabilire cosa vi rientri e cosa no, affermando che un certo interesse costituzionalmente riconosciuto ha una valenza ambientale e di utilità sociale e come tale deve essere adeguatamente tutelato. E i confini dei concetti di tutela dell'ambiente e dell'utilità sociale sembrano ai nostri giorni diventati così ampi che si corre concretamente il rischio di tendere ad identificare il concetto di utilità sociale con quello generico di interesse pubblico, della collettività, degli altri, siano essi singoli, una collettività più o meno grande o un gruppo di persone portatrici di un interesse omogeneo: sono gli interessi di tutti coloro che, direttamente o indirettamente, vengono colpiti dall'iniziativa economica altrui: ad es. i lavoratori, i consumatori, i cittadini che abitano vicino ad un'industria e ne respirano i fumi velenosi. Potrebbe ben affermarsi che però, così facendo, tali espressioni perdono probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché con il riferimento alla tutela dell'ambiente e all'utilità sociale nella Costituzione si è proprio voluto attribuire dignità costituzionale al concetto – sicuramente per certi versi generico e vago ma non per questo non importante – degli interessi della collettività, sia per tutelare l'am-

me l'ambiente, è considerata dalla Consulta una materia “trasversale”, idonea quindi a incidere sulle competenze regionali.

²⁰ Cfr., ex plurimis, Corte cost. n. 151 del 2018, secondo cui «quanto all'individuazione dell'utilità sociale, è pacifico che nel relativo ambito vada ricompresa la tutela dell'ambiente».

²¹ Cfr. in questo senso M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, cit., p. 25; F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 779 ss., p. 794, il quale si esprime in termini di «riorientamento in senso ecologico dell'economia».

²² Cfr., ex multis, Corte cost. n. 218/2021, secondo cui «la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata, che ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. Questa Corte ha, infatti, «costantemente negato che sia “configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale”, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale “non appaia arbitraria” e, “per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue”».

biente in astratto, ossia a prescindere da un conflitto con altri valori (modifica dell'art. 9 Cost.), sia quando entri in contrasto con la libertà all'iniziativa economica perché, volenti o nolenti, delle persone entrino in rapporto con colui che esercita un'attività imprenditoriale, mettendosi così a rischio non solo l'ambiente ma anche la salute delle suddette persone. Ad ogni modo, come affermato nella sentenza n. 151/2018, la Corte costituzionale ritiene «*pacifico*» che il concetto dell'utilità sociale, quale limite alla libertà di iniziativa economica privata, ricomprenda la tutela dell'ambiente.

Fatto sta che nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale prende innumerevoli volte in considerazione l'ambiente: ad esempio a proposito di condono edilizio, nel bilanciare le esigenze di finanza pubblica con la tutela dell'ambiente²³; nell'individuare i limiti all'iniziativa economica in nome della tutela dell'ambiente²⁴; nel porre dei limiti al commercio itinerante a tutela dei centri storici delle città d'arte²⁵; nel sancire l'illegittimità di una norma regionale che ponga dei limiti all'iniziativa economica privata non strettamente legati alla tutela dell'ambiente²⁶.

In effetti, quello che oggi più viene in rilievo è l'esigenza che i diversi valori in gioco, potenzialmente in contrasto tra loro, trovino una loro composizione equilibrata, un armonico temperamento, allo scopo di porre in essere un bilanciamento ragionevole e solidale fra i vari interessi in gioco, in coerenza con quell'economia sociale di mercato individuata dall'art. 3, comma 3, del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (secondo cui l'Unione europea si basa "su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva")²⁷,

²³ Corte cost. n. 9/2008, n. 196/2004, secondo cui il bilanciamento che nel caso di specie verrebbe in considerazione è quello tra i valori tutelati in base all'art. 9 Cost. e le esigenze di finanza pubblica; in realtà, la Corte costituzionale, nella sua copiosa giurisprudenza in tema di condono edilizio, ha più volte riconosciuto – in particolare nella sentenza n. 85 del 1998 – come in un settore del genere vengano in rilievo una pluralità di interessi pubblici, che devono necessariamente trovare un punto di equilibrio, poiché il fine di questa legislazione è quello di realizzare un temperamento dei valori in gioco: quelli del paesaggio, della cultura, della salute, della conformità dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale, della funzione sociale della proprietà da una parte, e quelli, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro, dall'altra.

²⁴ Cfr. Corte cost. nn. 190/2001 e 196/1998, secondo cui al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente intesi alla tutela dell'ambiente. Ebbene, secondo la Consulta, la disposizione censurata, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice remittente, lungi dal sopprimere la libertà di iniziativa economica in relazione all'attività di acquacoltura, si limita a regolarne l'esercizio, ponendo condizioni che, finalizzate come sono alla tutela dell'ambiente, non appaiono irragionevoli.

²⁵ Corte cost. n. 247/2010.

²⁶ Corte cost. n. 267/2016.

²⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «Decreto Alitalia»*, in *Giur. cost.*, 2010, 3296, p. 3299, il quale ritiene che nell'ordinamento europeo la concorrenza sia riconosciuta come valore *strumentale* rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (come la tutela dell'ambiente) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.); questi valori sono tendenzialmente destinati a prevalere – in caso di insuperabile contrasto – sulla tutela della competizione fra imprese, in quanto tale. Parallelamente emerge anche che, abbandonate le chimere del raggiungimento di una concorrenza perfetta – che neppure sarebbe auspicabile perché significherebbe che non ci sarebbe lotta fra le imprese per migliorare e differenziare i propri prodotti – il modello di concorrenza disegnato dal legislatore europeo è quello della *concorrenza come processo dinamico virtuoso*, orientato dalle libere scelte del consumatore, in cui le imprese competono soprattutto per l'acquisizione di risorse scarse di tipo immateriale e conseguentemente per offrire ai con-

con il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse che possono essere destinate alla tutela di valori quali l'ambiente e la salute, che ben possono dirsi essere ricompresi nella formula "utilità sociale".

L'esplicita individuazione del divieto di recare danno all'ambiente quale limite alla libertà d'impresa deve oggi necessariamente essere interpretata alla luce delle riforme costituzionali del 2012 e del 2022 e dell'interesse delle future generazioni ivi delineato: la necessità di preservare i beni delle future generazioni non imporrà soltanto di adottare politiche ambientali dalla portata necessariamente generale che guardino al futuro²⁸, ma l'interesse di chi ancora non c'è potrà riverberarsi in più immediate limitazioni alle libertà di iniziativa economica privata di quanti stanno già esercitando l'attività di impresa²⁹.

3. La prospettiva pubblicistica del mercato quale luogo ove si svolge e si sviluppa la personalità dell'uomo

L'iniziativa economica è una libertà propria di tutti i soggetti che agiscono sul mercato, quindi non solo di coloro che offrono bene o servizi ma anche di coloro che li comprano: anche l'acquisto costituisce dunque una esplicazione di tale libertà ed il contratto, con il quale classicamente si realizza tale acquisto, rappresenta una tipica espressione di tale libertà. Nel ventesimo secolo è quindi considerato mercato il luogo, reale o virtuale, in cui si realizzano gli scambi di beni e servizi e che vede quali protagonisti non solo gli imprenditori e i professionisti in genere secondo la nozione allargata di impresa comunitaria (così come concepita dall'Unione europea e riconosciuta dalle nostre leggi e dalla giurisprudenza di legittimità³⁰) ma anche i consumatori, non più solo soggetti passivi ma ormai attori di primo piano sul mercato³¹.

sumatori un bene o un servizio caratterizzato dal miglior rapporto qualità/prezzo possibile, a tutto vantaggio naturalmente dei consumatori stessi.

²⁸ Sottolineano la tendenza sempre più marcata a fare riferimento al futuro L. VIOLINI-G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, numero monografico del 2021 de *Il diritto dell'economia* a cura di P. PANTALONE, cit., p. 53.

²⁹ G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, numero monografico del 2021 de *Il diritto dell'economia* a cura di P. PANTALONE, p. 177.

³⁰ In effetti, la nozione euro-unitaria di impresa include qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, laddove costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (Corte di giustizia 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner & Elser; Corte di giustizia 16 novembre 1995, causa C-244/94, Federation Française des sociétés d'assurances; Corte di giustizia 1° luglio 2008, causa C-49/07, Motoe; Corte di giustizia 26 marzo 2009, causa C-113/07, Selex Sistemi Integrati; Cass. 31 gennaio 2022 n. 2839; Cass. 10 giugno 2021, n. 16481, sentenza quest'ultima che evidenzia che anche un lavoratore autonomo va considerato come impresa da un punto di vista euro-unitario).

³¹ Cfr. M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 171, secondo cui l'espansione della grande impresa ed il fenomeno della stipulazione dei contratti di massa comportano, specialmente a partire dalla metà del secolo ventesimo, lo spostamento del centro gravitazionale del sistema economico dalla *produzione* al *consumo*: se, infatti, nel periodo che segue la seconda rivoluzione industriale economisti e giuristi si concentrano sulla figura dell'im-

Anche la parola “mercato” non trova spazio nella nostra Costituzione; eppure la nascita del mercato viene tradizionalmente indicata come un passaggio fondamentale della storia dell’uomo, il punto di passaggio dal medio evo all’età moderna e la nascita della borghesia; è il momento in cui gli abitanti del feudo si allontanano timidamente dai propri feudatari per incontrarsi e scambiare i propri beni prodotti in eccedenza: vengono fondate nuove città ed inizia a circolare il denaro³². Per comprendere tale omissione deve farsi riferimento al quadro storico in cui è nata la Costituzione. L’Italia era appena uscita dagli orrori della seconda guerra mondiale durante la quale erano stati sistematicamente ignorati e calpestati i più elementari diritti fondamentali dell’individuo: è logico dunque che gli sforzi dei Costituenti si siano concentrati nel riaffermare tali diritti inalienabili del singolo, “trascurando”, per così dire, tematiche pur rilevanti quali il mercato e la concorrenza, che sono diventate invece centrali neppure una decina di anni dopo con la nascita della Comunità economica europea nel 1957 e che tuttora, pur con l’approdo all’Unione europea che ha allargato alla tutela dei diritti fondamentali la sua sfera di competenze, mantengono una posizione di assoluta rilevanza.

Non può poi non evidenziarsi una storica distanza culturale, che solo recentemente stiamo cercando di colmare, dei nostri studi giuridici rispetto alle tematiche economiche, ossia a quella che potremmo definire – in contrapposizione alla forse abusata e sopravvalutata analisi economica del diritto – una “analisi giuridica dell’economia”, tematiche “snobbate” e per certi versi considerate, fino a non molto tempo addietro, di “serie B” rispetto ai problemi classici del diritto civile i cui studi possono vantare una tradizione millenaria. È invece proprio dagli studi economici che occorre partire per affrontare i problemi giuridici che il mercato propone. All’aspetto giuridico/privatistico del contratto si affianca e prende il sopravvento dunque oggi quello macroeconomico/pubblicistico del mercato e della concorrenza.

Ma anche sotto un’altra prospettiva non vi è coincidenza tra il contratto di scambio e il mercato, in quanto il mercato racchiude senz’altro lo scambio ma ha in sé anche qualcosa di più³³ della mera somma algebrica di una serie di contratti, perché vi sono delle persone umane che possono recarsi al mercato stesso svolgendo ex art. 2 Cost. la propria personalità, confrontarsi, scambiarsi delle idee, informarsi, più o meno bene, e magari non comprare o vendere nulla. In effetti, secondo il giurista inglese Goode, se è vero che nel diritto commerciale è centrale il ruolo del contratto³⁴, se tale diritto si basasse solo su una serie di contratti bilaterali non collegati tra loro rimarrebbe un bambino

presa, alcuni decenni più tardi il fenomeno dell’incessante moltiplicarsi e diversificarsi dei prodotti e dei relativi mercati impone all’attenzione degli studiosi la figura del *consumatore*, quale controparte, non solo economica, dell’impresa.

³² M. BLOCK, *La società feudale*, Einaudi, Milano, 1984, p. 471.

³³ G. AULETTA, *Contratto e mercato: a proposito del III volume de “Il diritto civile” di C.M. Bianca* (Milano, 1984), *Quadrimestre*, 1985, p. 289 e ora in *Scritti giuridici*, VIII, Giuffrè, Milano, 2001, p. 227 ss.; G. AULETTA, *Un saggio di economia del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1080, ora in *Scritti giuridici*, VIII, Giuffrè, Milano, 2001, p. 81. Secondo M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell’economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 757, l’idea neoliberale è che i fallimenti del mercato non dipenderebbero dai suoi limiti e dalle sue incapacità ma, tutt’al contrario, dal suo insufficiente dispiegamento, dagli ostacoli che si frappongono alla integrale efficacia della sua logica e che investono la cellula elementare del suo funzionamento, e cioè il contratto.

³⁴ R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, trad. it. di J. D’Almeida, Giuffrè, Milano, 2003, p. 72.

gracile. Ciò che ha dato forza al mercato è stata l'organizzazione³⁵, il luogo fisico o virtuale di incontro – si pensi al mondo di internet – con le sue regole associative, le sue occasioni per far conoscere i venditori agli acquirenti ed i finanziatori a chi prende a prestito il denaro, il clima di fiducia o meno che si respira al suo interno³⁶. Il mercato appare oggi sempre più come un luogo non certo asettico – anche quando sia semplicemente virtuale – dove non solo avvengono le contrattazioni ma in cui delle persone fisiche si incontrano o comunque si vedono, si parlano, si scrivono attraverso internet, dove quindi non si scambiano solo beni o servizi ma anche idee e opinioni e che ben può dunque legittimamente considerarsi una delle formazioni sociali ove si svolge e si sviluppa la personalità dell'uomo riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Cost.³⁷ e dove vengono in considerazione ed entrano potenzialmente in conflitto sia i diritti individuali dei singoli (si pensi solamente al diritto dei singoli alla salute per quanto riguarda l'acquisto dei generi alimentari, al diritto ad una corretta informazione per quanto riguarda l'acquisto di beni durevoli e di rilevante valore economico come ad esempio l'automobile e al diritto alla riservatezza per quanto riguarda il trattamento dei dati personali necessari per completare l'acquisto dei suddetti beni) sia i diritti fondamentali della collettività (si pensi al diritto all'ambiente e alla salute in relazione alle industrie che, per produrre i beni che poi offriranno sul mercato, inquinano l'ambiente danneggiando la salute delle persone).

Alla luce della riforma costituzionale del 2022 il mercato si pone dunque oggi più che mai come un luogo vivo, di sintesi e di bilanciamento di interessi fra le esigenze pubblicistiche di tutela dell'ambiente e della salute collettiva e quelle privatistiche della tutela della libertà d'impresa e più in generale dell'autonomia negoziale³⁸.

4. Limiti alla libertà di iniziativa economica e Unione europea

I limiti alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione avevano trovato già nel ventesimo secolo un significativo riconoscimento con la tutela della concorrenza, riconosciuta e protetta esplicitamente dal diritto dell'Unione europea e dall'art. 16 della CEDU che tutela la libertà d'impresa, perché tali libertà non possono essere esercitate se lo Stato non è in grado di

³⁵ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1, Autrice secondo cui il mercato, inteso come sistema di relazioni economiche-organizzate, è il luogo di scambio e di soddisfacimento dei bisogni, ma come tale reclama regole per impedire forme di distorsione o di deviazione che possano pregiudicare il suo corretto svolgimento.

³⁶ G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. Soc.*, 1998, p. 14.

³⁷ Cfr. in questo senso F. PIZZOLATO, *Mercato e istituzioni logiche a confronto*, in *Impresa & Stato*, 2001, n. 55, p. 78, secondo cui il principio personalistico, accolto nella Costituzione, soprattutto negli artt. 2 e 3 comma 2, muove dall'idea di uomo *situato*, che sviluppa cioè la sua personalità aderendo ad una serie progressiva di formazioni sociali, culminanti nella società politica (storicamente incarnata dallo Stato), avente per fine, diretto o sussidiario, la generalità dei bisogni umani (il bene comune). Tradizionalmente, anche i giuristi maggiormente legati a tale impostazione non inseriscono il mercato tra le formazioni sociali, in cui tutt'al più rientra l'impresa, in quanto si vede nel mercato non un luogo di socialità nel senso comunitario del termine, bensì un luogo di conflittualità, di concorrenza mossa da finalità di tipo individualistico.

³⁸ L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 10.

garantire al suo interno la libertà di concorrenza³⁹, caratterizzata da norme provviste di una forte di imperatività.

In effetti il ventesimo secolo si contrappone al diciannovesimo – quest'ultimo fortemente caratterizzato dal liberismo – per la consistente introduzione di regole inderogabili, che attenevano, nel campo del diritto delle procedure fallimentari alla tutela paritaria o differenziata dei terzi nei confronti dell'imprenditore in dissesto, nel campo del diritto del lavoro alla tutela dei lavoratori (con una massiccia legislazione speciale, all'interno della quale spiccavano la Carta del lavoro del 1927 e lo Statuto dei lavoratori del 1970); nel campo del diritto societario dapprima alla tutela delle minoranze dei soci mediante l'inderogabilità legislativa dell'articolazione di competenze nell'organizzazione delle società di capitali e successivamente alla tutela di quegli stessi soci di minoranza ma anche dei potenziali investitori (non solo in azioni ma anche in obbligazioni societarie).

È indubbio tuttavia che nel ventesimo secolo viene data una lettura riduttiva e comunque non immediatamente precettiva ma meramente programmatica di molte norme della Costituzione: sostanzialmente ignorato è l'art. 47 Cost. (a mente del quale «*la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito*») mentre anche l'art. 41 Cost. trova scarsa applicazione sia nelle sentenze della Consulta che in quelle della Cassazione e scrive coerentemente Natalino Irti che in tale norma «*manca la prospettiva orizzontale, dello svolgersi dell'iniziativa nei confronti di altri soggetti privati ... concorrenza e mercato, cioè i rapporti vicendevoli tra imprenditori ed i rapporti tra imprenditori e consumatori, rimangono estranei alla Carta repubblicana, che conosce soltanto il profilo protettivo della libertà*»⁴⁰.

In effetti, la scelta dei Costituenti è stata nel senso di considerare l'iniziativa economica come libera⁴¹, ma al contrario di molte libertà civili essa non è qua-

³⁹ Cfr. ad esempio in questo senso Corte cost. n. 270/2010, secondo cui la «libertà di concorrenza» costituisce manifestazione della libertà d'iniziativa economica privata, che, ai sensi del secondo e del terzo comma di tale disposizione, è suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di «utilità sociale» e da «fini sociali»; sent. 1° aprile 2010, n. 124, che ha dichiarato incostituzionale una norma della Regione Calabria in quanto il legislatore regionale aveva posto una disciplina che contrastava con il principio di cui all'art. 41 della Costituzione, in quanto sottraeva il 20% della potenza di energia autorizzabile al libero mercato e, nel destinarlo a determinate finalità, individuava i possibili legittimati ad ottenere la suddetta quota sulla base di requisiti del tutto atecnici (che avessero preferibilmente partenariato calabrese). Cfr. anche G.M. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1162, secondo cui nel precetto costituzionale, l'utilità sociale, viene enunciata non come obiettivo da perseguire, ma come limite all'iniziativa stessa; C. PINELLI-T. TREU, *La Costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, in C. PINELLI-T. TREU (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010, 9, i quali affermano che il richiamo dell'art. 41 Cost. all'utilità sociale ben può riferirsi alla concorrenza; E. GIANFRANCESCO, *Libertà d'impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, *Giur. cost.*, 2005, p. 2219, secondo cui l'art. 41, comma 1, introduce un principio di tutela oggettiva del mercato che offre copertura costituzionale alla legge *antitrust* (legge n. 287/1990); L.F. PACE, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la "costituzionalizzazione" dell'imprenditore sovvenzionato*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4681, secondo cui «il riconoscimento del diritto di iniziativa economica ha quale conseguenza la creazione della concorrenza»; Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, *Foro it.*, 1990, I, c. 2401, (con nota di A. NIVARRA), sentenza secondo la quale la legge *antitrust* è espressione non soltanto del principio di libera iniziativa economica, ma anche di quello dell'utilità sociale.

⁴⁰ N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 11.

⁴¹ Sono rare le Costituzioni ottocentesche che contengono un'espressa tutela dell'iniziativa economica privata distinta e autonoma rispetto a quella prevista per la proprietà, prevalendo il

lificata come inviolabile⁴² (si vedano invece gli artt. 13, 14, 15 Cost., in tema rispettivamente di libertà personale, domicilio, corrispondenza); sono inoltre apprestati vincoli assai più rigidi e penetranti (cfr. commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost.) di quelli previsti per le libertà civili; infine la Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale. Questi dati hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale⁴³.

Pertanto, fin dall'inizio l'art. 41 Cost., soprattutto per quanto riguarda il limite dell'utilità sociale" ha avuto numerose critiche⁴⁴, per la sua formulazione "pericolosamente generica, troppo ampia, inconoscibile, indeterminata e indeterminabile: una norma che non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale e arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi saranno conformi a ciò"⁴⁵.

Proprio sull'onda di queste critiche, mai sopite, cominciate già durante i lavori della Costituente e arrivate ai giorni nostri mediante una serie di decreti legge, poi convertiti in legge, che hanno affermato, quanto ai limiti alla libertà di iniziativa economica privata, il principio della riserva di legge (è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge). In effetti, già dal 1964 (sentenza n. 40) la Corte costituzionale si era espressa nel senso che la riserva di legge nell'art. 41 Cost., pur senza che si possa negare una sua certa

modello tradizionale dell'indistinzione o del riconoscimento implicito della libertà economica nella proclamazione del diritto di proprietà (cfr. R. NIRO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Utet, Torino, 2006, 847).

⁴² Non può poi non citarsi la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU che, pur essendo subordinata alla Costituzione, ha comunque un valore superiore rispetto agli atti avente forza di legge: cfr. Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007), il cui art. 16 stabilisce che "è riconosciuta la libertà d'impresa, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*": nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quest'ultimo inciso determina la possibilità di una severa e significativa limitazione della libertà d'impresa in nome di una migliore protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Così, ad esempio, riguardo alle incapacità personali connesse allo stato di fallito, con specifico riferimento agli artt. 50 e 143 della legge fallimentare all'epoca vigente, la Corte di Strasburgo (sentenza 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), ha ritenuto le disposizioni della legge fallimentare lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica». La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell'iscrizione del nome del fallito nel registro e dell'assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull'applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l'ingerenza prevista dall'art. 50 L.F. nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, § 2, della Convenzione». Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *La rilevanza dello status nella protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 322; H. BONURA, G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 985.

⁴³ Cfr. in questo senso M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, p. 582.

⁴⁴ Cfr. E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, p. 300, che definisce la norma "indeterminata nel suo nucleo politico centrale" e "anfibia", suscettibile cioè di essere sviluppata in opposte direzioni.

⁴⁵ Cfr. L. Einaudi e il suo intervento nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 39337-38. Egli affermava che le libertà civili e le libertà economiche sono reciprocamente dipendenti: ciascuna forma di libertà emerge solo in presenza delle altre e che una eccessiva compressione delle libertà economiche avrebbe inevitabilmente compromesso le altre.

modulazione, rappresenta una costante, se non altro per l'espressione utilità sociale, la cui indubitabile indeterminatezza ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità, se non la necessità, dell'intermediazione del legislatore. La novità di questa disciplina sta dunque nell'ancorare i limiti imponibili all'iniziativa economica alla protezione di ben definiti valori costituzionali, quali il lavoro, l'ambiente e la salute: non è sufficiente una qualsiasi legge dunque per porre un freno all'attività economica, occorre anche che quella legge abbia il chiaro obiettivo di tutelare i predetti valori.

L'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia innanzitutto un dato statistico incontrovertibile, ossia la circostanza che nel ventunesimo secolo sono notevolmente incrementate le questioni poste alla Corte costituzionale nelle quali viene indicato l'art. 41 Cost. (e in particolare il limite all'iniziativa economica rappresentato dall'utilità sociale) quale parametro alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale di una norma. Più limitato invece è l'uso che Di tale norma fa la Cassazione, per lo più proprio solo nel richiamare il contenuto di sentenze della Corte costituzionale⁴⁶.

D'altro canto non va sottovalutato il fatto che anche la libertà di iniziativa economica ha avuto un notevole aumento di citazioni, sia nella legislazione che nelle sentenze della Consulta che in quelle della Cassazione⁴⁷, pur confermandosi della stessa sempre la stessa definizione: «il legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta, ma l'ha subordinata, fra l'altro, al vincolo costituito dal mancato contrasto con l'utilità sociale»⁴⁸.

In effetti, la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. La Corte costituzionale ha, infatti, «costantemente negato che sia “configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale”, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale “non appaia arbitraria” e, “per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue”⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. ad es. Cass., sez. un., 20 giugno 2012, n. 10130, che a proposito dell'indennità di espropriazione richiama la sentenza n. 348/2007 e conseguentemente il «ragionevole legame» con il valore di mercato; Cass., 5 maggio 2020, n. 8473, che a proposito del contratto di auto-trasporto di cose e del relativo sistema di tabelle tariffarie (c.d. “a forcella”, ossia con limiti massimi e minimi), richiama la sentenza n. 386/1996), affermando che «il divieto di stipulazione di contratti che comportino prezzi di trasporto determinati fuori dei limiti massimi e minimi previsti dalle tabelle, il quale non è in contrasto con la libertà di iniziativa economica, garantendo alle imprese un certo margine di utile e la facoltà di muoversi liberamente tra i minimi e massimi tariffari, assicura il bilanciamento della libertà di impresa con l'utilità sociale, evitando situazioni di concorrenza sleale realizzata mediante il contenimento dei corrispettivi in pregiudizio potenziale della qualità e sicurezza del trasporto».

⁴⁷ Cfr., ex plurimis, Corte cost. nn. 287, 143, 141 del 2019; Cass., 27 aprile 2020, n. 8197; Cass., 7 febbraio 2020, n. 2980.

⁴⁸ Cfr., ex plurimis, sentenza n. 289/2010, secondo cui la Costituzione ha “opportunamente” costruito la libertà d'impresa non come assoluta, ma subordinandola a taluni vincoli, negativi e positivi. Peraltro, a guardar bene in realtà non esistono libertà assolute – ossia senza limiti – nel nostro ordinamento, il quale si basa su un sottile ma solido sistema di pesi e contrappesi e di delicati bilanciamenti tra contrapposti valori apparentemente inconciliabili.

⁴⁹ Corte cost. n. 217/2021.

Ad ogni modo nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale cita l'iniziativa economica e l'utilità sociale a proposito di salute, ambiente, lavoro, autonomia contrattuale, proprietà. In ogni caso, la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che ha ben poco senso – o forse non ne ha per nulla – considerare isolatamente le singole disposizioni dell'art. 41 Cost. Esse invece acquistano un significato tutto nuovo e per nulla contraddittorio e se lette unitariamente: esprimono una esigenza di bilanciamento tra i diversi valori in gioco, e in particolare tra quello dell'imprenditore e del professionista in genere a dar libero sfogo alla propria iniziativa economica e quella della collettività al rispetto di alcuni valori fondamentali, quali la salute e l'ambiente⁵⁰.

Il diritto dell'Unione europea ha, nell'ultimo ventennio, indubbiamente condizionato l'interprete nella lettura dell'art. 41 Cost.⁵¹, dapprima ritenendosi che la centralità del mercato e della concorrenza nel diritto europeo dovessero far pendere la bilancia a favore del comma 1 dell'art. 41 Cost.⁵², per poi "riscopri-

⁵⁰ Cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, p. 17, il quale rileva che i Costituenti, in assenza di una «cultura del mercato», avessero consapevolmente voluto lasciare al solo codice civile la tutela della concorrenza, «nella ovvia presunzione che essa corrisponda ad interessi privati, non pubblici»: l'intento era quello di difendere l'iniziativa economica privata dell'imprenditore assoggettandolo non alla concorrenza ma a controlli e indirizzi pubblici. L'illustre Autore mette anche in evidenza come, allo stato, nella produzione giuridica legata al diritto pubblico dell'economia, fosse regolarmente assente la tutela della concorrenza. Tuttavia, Amato dimostra di cogliere lo spirito di quei tempi, segnalando che, per il tramite dell'allora Comunità economica europea, era ormai entrata in Italia la cultura del mercato e, con essa, «le regole per salvaguardarne la concorrenzialità e per ottenere, per questa strada, efficienza economica». Cfr. anche A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di google android tra fondamenti costituzionale e analisi tecnologica*, in *Dir. inform. inf.*, 2021, p. 283, Autore il quale evidenzia che nel testo originario della Costituzione repubblicana del 1948 non vi era alcun riferimento esplicito alla tutela della concorrenza e, nonostante la stessa potesse essere dedotta da alcune disposizioni, per lungo tempo il dibattito non è parso destare l'interesse della dottrina costituzionalistica. Un punto di svolta si è avuto certamente con l'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, il cui art. 1 citava quale suo fondamento proprio l'art. 41 della Costituzione. Oggi un riferimento esplicito alla tutela della concorrenza in Costituzione è presente all'interno del nuovo art. 117 della Carta, in seguito alla legge cost. n. 3/2001. Tuttavia, si tratta di un richiamo effettuato solo nell'ambito della distribuzione di competenze tra Stato e Regioni, dunque almeno in apparenza non particolarmente significativo. A ben vedere, però, il fondamento costituzionale della concorrenza è da ricercarsi anche nel comma 1 di tale art. 117, che assoggetta formalmente l'Italia ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, e quindi, in ultima istanza, tale fondamento deve essere rinvenuto anche nel diritto dell'Unione europea, da cui peraltro la legge antitrust italiana mutua sostanzialmente la disciplina, anche nella scelta della terminologia.

⁵¹ È frequente invece l'affermazione (cfr. ad esempio R. CIFARELLI, *Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. merito*, 2012, p. 1694) che solo secondo una erronea vulgata, il carattere compromissorio della nostra Carta avrebbe reso le norme costituzionali in materia di economia superate, oppure rese inapplicabili e sostituite dalle nuove regole economiche derivanti dall'ordinamento comunitario. Tale tesi interpretativa si baserebbe su un errore di fondo, poiché non terrebbe conto dei diversi piani su cui agiscono i trattati comunitari e la nostra Costituzione. L'art. 41, infatti, pur non essendo tra «i più perspicui» (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 175) della nostra Carta, «fonda una situazione soggettiva di libertà individuale. Il diritto comunitario esprime invece prevalentemente un modello di relazioni economiche e giuridiche. La prima garantisce tutela al diritto di impresa, ma non si impegna nella scelta del sistema che sarebbe stata necessaria per porre liberalizzazione e mercato alla base delle relazioni di tipo economico. La seconda pone invece l'apertura del mercato e la libera competizione come premessa per il loro svolgimento» (F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 10).

⁵² La distonia tra l'art. 41 Cost. e i principi di libero mercato fondanti l'UE è apparentemente evidente: pensiamo alle quattro libertà fondamentali espresse nel Trattato e pensiamo all'innunerevole giurisprudenza comunitaria che ha applicato ed interpretato questi principi secondo una visione liberale dell'economia di mercato. E tuttavia in nome dell'art. 41 sono state attuate

re” l'utilità sociale alla luce del maggior risalto attribuito di recente ai diritti fondamentali (si pensi solo al recepimento della Carta di Nizza ad opera dell'art. 6 TUE).

Non può a tal proposito dimenticarsi il sofferto dialogo tra Corte costituzionale e i valori simbolo del diritto dell'Unione europea rappresentati dalla concorrenza e dalla libertà d'impresa. Lo dimostra il cd. caso Alitalia (sentenza n. 270 del 2010, che non ha ritenuto illegittima la norma che ha consentito l'operazione di concentrazione tra Alitalia e Air One) che ha attribuito rilevanza prevalente a «*motivi di interesse generale diversi dalla protezione della concorrenza*», *nella specie il diritto al lavoro e l'utilità sociale*. E lo dimostra altresì il c.d. caso Ilva 2 (ossia la sentenza n. 58/2018, che è seguita alla prima sentenza sul caso Ilva, la n. 85/2013), nel quale si è ritenuto che il legislatore aveva privilegiato in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.), considerando che l'attività d'impresa, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Tutto ciò ha in realtà esaltato la valenza di clausola generale che riveste oggi l'art. 41 Cost., e che aveva e continua tuttora ad avere attualità e rilievo in quanto prima di tutto esprime l'esigenza che si proceda ad un bilanciamento tra i valori in esso espressi. Quello che l'art. 41 Cost. non dice sono le misure, i rapporti di forza tra questi valori, ma questa è una caratteristica tipica delle clausole generali ed in questo non può negarsi l'influenza del diritto dell'Unione europea che, con la “scoperta” dei diritti fondamentali⁵³, ha contribuito non poco ad attribuire oggi un peso maggiore all'utilità sociale, e dunque ad una sua “riscoperta”⁵⁴. In questa prospettiva è innegabile, come si è già accennato, che la riforma costituzionale del 2022 indubbiamente abbia rafforzato i va-

leggi profondamente diverse tra di loro: così come è stata approvata una legge di “programmazione economica” negli anni '60. Si tratta della legge n. 685 del 1967, contenente il piano economico quinquennale 1966-1970 con cui si intendeva determinare il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo e di tutti gli investimenti pubblici, unanimemente qualificata, in assenza in essa di qualunque contenuto precettivo, “libro dei sogni”: così R. NIRO, *Commento all'art. 41 della Costituzione*, cit., 850), notiamo che 30 anni dopo è stata emanata una legge *antitrust* (legge n. 287 del 1990, il cui l'art. 1 afferma esplicitamente di costituire attuazione dell'art. 41 Cost.).

⁵³ Con l'approvazione del Trattato di Lisbona infatti, avvenuta il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che “*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [c.d. Carta di Nizza] ... che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*”, e quindi i diritti fondamentali entrano a pieno titolo a far parte dei valori che la Corte di Giustizia dell'Unione europea è tenuta a far rispettare.

⁵⁴ La non definizione da parte dei padri costituenti di un programma definito di politica economica è testimoniata dal fatto che l'art. 41, nel quale si viene definendo un equilibrio tra logiche di mercato, intervento pubblico e Stato sociale (C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in C. PINELLI-T. TREU, (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, cit., p. 245) non ha ostacolato «scelte innovative nel campo dell'economia, né nel senso di un maggior interventismo pubblico, né nel senso opposto di una sua riduzione, quando e nei settori in cui è stata o è ritenuta necessaria, della presenza dei poteri pubblici» (V. ONIDA, *La Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 84). In sostanza, la nostra Costituzione, anche grazie alle spinte derivanti dall'ordinamento comunitario, si è dimostrata negli anni un «*contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori*» (G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 17).

lori dell'ambiente e della salute collettiva nell'inevitabile processo di bilanciamento con altri valori.

5. Limiti alla libertà di iniziativa economica e liberalizzazioni

Non si pongono in contrasto con questo processo di progressiva attenzione all'aspetto pubblicistico dei limiti alla libertà di iniziativa economica le liberalizzazioni, che non possono consistere in una cruda e brutale abolizione di regole come nelle concezioni più radicali presenti negli Stati Uniti, ove le liberalizzazioni si sono manifestate come bandiera dell'ideologia della libertà di mercato intesa come *deregulation* (ossia semplice abrogazione) di norme imperative che limitavano l'iniziativa economica privata⁵⁵.

In effetti, il perseguimento delle liberalizzazioni (ossia la possibilità di far esplicitare a tutti la propria libertà di iniziativa economica e quindi il garantire una politica di concorrenza rigorosa) non va necessariamente a scapito dell'utilità sociale (ossia dei diritti fondamentali della collettività) ma al contrario, come era nell'idea del Costituente, la rafforza; e il perseguimento dell'utilità sociale, a sua volta, fornisce nuovo vigore ad una politica di liberalizzazioni, da intendersi appunto non come mera *deregulation* ma come *razionalizzazione della regolazione* (ossia come eliminazione di tutte e solo quelle norme che impediscano un pieno sviluppo della concorrenza e che non siano poste a presidio di diritti fondamentali).

Infatti la Consulta, con la sentenza n. 200/2012 (confermata dalla sentenza n. 178/2014 e da numerose successive pronunce⁵⁶, ha affermato che «la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale».

Le liberalizzazioni rappresentano quindi non una semplice abrogazione di norme ma una regolazione più razionale e ragionevole, il che può richiedere dunque anche l'introduzione di nuove norme e quindi una “ri-regolazione”⁵⁷.

⁵⁵ L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 362.

⁵⁶ Cfr., ex plurimis, Corte cost. nn. 134 e 223 del 2021.

⁵⁷ Cfr. ad esempio Corte cost. n. 134/2021, secondo cui «l'eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali favorisce, a beneficio dei consumato-

Liberalizzare significa dunque abbattere le barriere amministrative che impediscono alle imprese di entrare sul mercato sul quale agiscono una o più imprese che della “non liberalizzazione” approfittano: esse infatti godono di una posizione dominante, che perderanno con l’avvenuta liberalizzazione. Il concetto di posizione dominante è a sua volta decisivo nelle leggi poste a tutela della concorrenza: per stabilire se un qualunque comportamento posto in essere da una o più imprese possa definirsi abusivo e assumere così giuridica rilevanza ai sensi della legge n. 287/1990 (c.d. legge *antitrust*) e del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, è sempre condizione necessaria la verifica dell’esistenza di una posizione dominante, la quale dipende dal possesso, in capo all’impresa o alle imprese, di una barriera – posta a protezione del mercato in cui esse agiscono – che le difenda dagli “attacchi” delle imprese potenzialmente concorrenti. Si tratta di un procedimento complesso perché vi è innanzitutto un provvedimento legislativo che elimina la barriera o le barriere; il più delle volte inoltre trasforma il vecchio monopolista (o, ma più raramente, i vecchi oligopolisti) da ente pubblico o da azienda pubblica in società per azioni: da qui la possibilità per le imprese private di entrare nel relativo mercato e la possibilità per i privati di acquistare le azioni della novella società.

Sempre nella sentenza n. 200/2012, afferma ancora la Corte costituzionale che con la normativa censurata e giudicata conforme a Costituzione il legislatore ha inteso stabilire alcuni principi in materia economica orientati allo sviluppo della concorrenza, mantenendosi all’interno della cornice delineata dai principi costituzionali. Così, dopo l’affermazione di principio da parte di tale disciplina che in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», segue l’indicazione che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell’attività economica volte a garantire, tra l’altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell’ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell’utilità sociale di ogni attività economica, come l’art. 41 Cost. richiede. La disposizione impugnata afferma il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale. Complessivamente considerata, essa non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell’attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall’altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l’utilità sociale.

ri, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all’ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore» e che la liberalizzazione così disposta nel settore dall’intervento normativo statale risulta coerente con l’obiettivo di promuovere la concorrenza, e proporzionato allo scopo di garantire l’assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale. Si tratta, dunque, di uno specifico intervento di promozione della concorrenza nel settore commerciale, riconducibile all’ambito della cosiddetta concorrenza “nel mercato”, in quanto diretta a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, ambito che si affianca a quello della concorrenza “per il mercato”, nel quale rientrano gli interventi volti a configurare procedure concorsuali che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici.

La sentenza da ultimo citata si inserisce dunque in maniera perfettamente coerente nella lettura data dalla Corte costituzionale all'art. 41 Cost.: il bilanciamento di valori tra utilità sociale e iniziativa economica privata va effettuato solo nel caso in cui esistano effettivamente delle ragioni di utilità sociale (ossia come detto valori del rango di lavoro, salute, ambiente: cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 56/2015, secondo cui «non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue») che si contrappongano al diritto di iniziativa economica, perché altrimenti vale il principio secondo il quale quest'ultimo diritto non incontra limitazioni di sorta. Le liberalizzazioni, pertanto, costituendo a pieno titolo uno strumento fondamentale per garantire l'effettivo svolgimento di questo diritto, non possono incontrare limiti diversi da quelli costituiti dall'utilità sociale, ossia limiti rappresentati da diritti fondamentali della collettività⁵⁸.

La Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 200/2012 ha dichiarato legittimo il comma 1 dell'art. 3 del d.l. n. 138/2011 – che sancisce il sopra ricordato principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge – perché tale principio è perfettamente coerente con l'art. 41 Cost. unitariamente considerato. La strada da percorrere verso un effettivo abbattimento di tutte le barriere all'accesso al mercato è però ancora lunga; non può però negarsi che si assiste oggi da un lato ad una valorizzazione del comma 1 dell'art. 41 Cost. per quanto riguarda la necessità di effettuare le liberalizzazioni e di sciogliere le imprese dai lacci burocratici e amministrativi, lacci che il più delle volte nulla hanno a che fare con i valori tutelati dal comma 2 dell'art. 41, e dall'altro, e non contraddittoriamente, ad una esaltazione anche del comma 2 dell'art. 41 Cost., in qualità di concetto valvola in grado di dare voce ai diritti fondamentali che si contrappongono all'iniziativa economica privata.

La vera novità del ventunesimo secolo dal punto di vista della regolazione del mercato è costituita dall'effettiva operatività della disciplina della concorrenza: difatti, anche se la legge *antitrust* è del 1990, la presa di coscienza che tale disciplina è posta a tutela del mercato in genere e quindi non solo degli imprenditori ma anche dei consumatori si è avuta solo con Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, sentenza che, in tema di risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale, ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto di chiedere il risarcimento del danno affermando che ad essere leso è l'interesse di tutti i soggetti economici (imprenditori o consumatori) al mantenimento di una condizione di concorrenza sul mercato. La forte novità di tale pronuncia si coglie sol che si pensi che poco prima dell'entrata in vigore della legge *antitrust* (legge n. 287/1990) la Corte costituzionale aveva affermato, con l'ordinanza 21 gennaio 1988, n. 59, che le associazioni dei consumatori *“fanno valere interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato”*.

⁵⁸ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 180.

Conclusivamente, ben può dirsi che oggi libertà di concorrenza non significa più banalmente soltanto libertà di accesso al mercato a parità di condizioni con gli altri competitors, potenziali o attuali e rispetto delle regole economiche poste a garanzia di questa effettiva parità (*in primis* tutela dei diritti economici dei consumatori e rispetto della legge *antitrust*): libertà di concorrenza significa oggi necessario rispetto anche dell'ambiente e della salute della collettività (come anche di altri diritti fondamentali, quali ad esempio quello alla riservatezza), nell'acquisita piena consapevolezza che tale rispetto costituisce un costo significativo per le imprese e che quindi il mancato rispetto di tale obbligo finisce per risolversi in un illecito vantaggio concorrenziale, sanzionabile sia a livello pubblicistico dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato sia a livello privatistico dal giudice ordinario. Una politica di liberalizzazioni seria e consapevole a 360 gradi degli interessi in gioco, nell'aprire il mercato potenzialmente a tutti gli operatori economici e nell'attuare quella ri-regolazione del mercato in cui consiste, deve necessariamente fare i conti con la complessità dei valori coinvolti, tenendo conto in maniera scrupolosa delle esigenze di protezione dell'ambiente e della salute collettiva: ad esempio l'apertura alla concorrenza delle farmacie dovrà tenere conto del diritto alla salute (sentenza n. 216/2014); un numero eccessivo di licenze di taxi può compromettere il valore dell'ambiente (sentenza n. 56/2020); le concessioni sul demanio marittimo per gli stabilimenti balneari devono tenere conto dell'essenziale funzione non solo di regolamentazione della concorrenza e della gestione economica del litorale marino, ma anche di tutela dell'ambiente e del paesaggio, garantendone la fruizione comune anche al di fuori degli stabilimenti balneari, attraverso la destinazione di una quota di spiaggia libera pari, secondo quanto previsto da una legge della regione Sicilia, al cinquanta per cento del litorale (sentenza n. 108/2022).

6. La ricerca di un ragionevole contemperamento tra ambiente e salute da un lato e libertà d'impresa dall'altro

Appare un vuoto esercizio di retorica sostenere che – in virtù della teoria dei contro limiti (secondo cui i diritti fondamentali prevalgono su tutti i diritti, anche quelli di cui è portatrice l'Unione europea, fra i quali, *in primis*, vi sono quelli del mercato, e quindi la concorrenza e il principio di libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone) affermata dalla Consulta sin dalla sentenza n. 170/1984 e sempre confermata – i diritti fondamentali si pongano su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore dei valori dell'economia; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprima lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro⁵⁹. Sembra invece assai più realistico prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per realizzare un bilanciamento tra valori che

⁵⁹ Cfr. in questo senso N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 766, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli.

tenga in dovuto conto la sussistenza dei diritti fondamentali senza al contempo comprimere e frustrare eccessivamente i valori del mercato. In questa direzione è fondamentale un uso sapiente delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza, della proporzionalità e della solidarietà sociale⁶⁰, pur nella consapevolezza degli inevitabili pericoli di genericità e arbitrarietà che esse comportano⁶¹. Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anticoncorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che ben può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato.

Rispetto al ventesimo secolo, dove pure negli anni ottanta e novanta si è formata una spiccata sensibilità ambientale, anche nella prospettiva di una necessaria contrapposizione agli interessi dell'impresa⁶², quello attuale è poi caratterizzato dalla prepotente emersione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., che ormai è pacificamente riconosciuto quale il sicuro riferimento costituzionale dei principi di correttezza e buona fede⁶³: pertanto, mentre l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. funge da limite all'iniziativa economica nel suo aspetto pubblicistico, in una prospettiva macroeconomica e ove siano messi a rischio gli interessi diffusi di una collettività, l'art. 2 Cost. si pone quale il baluardo privatistico agli abusi dell'attività economica, dunque in un'ottica microeconomica e avuto riguardo ai diritti di singoli determinati soggetti che siano posti in pericolo, principalmente attraverso la conclusione di contratti eccessivamente squilibrati a favore della parte c.d. "forte" (ossia il professionista di cui all'art. 3 del codice del consumo, nozione che racchiude al suo interno sia la figura dell'imprenditore che quella del professionista intellettuale). Nell'applicazione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà inoltre tenersi presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eccessivamente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità

⁶⁰ Cfr. R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, www.forumcostituzionale.it; H. KRUNKE, H. PETERSEN I. MANNERS, *Transnational Solidarity, Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

⁶¹ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 718, secondo cui la presenza di clausole generali è tanto più necessaria quanto più appare evidente la complessità delle nostre società, le fratture che le attraversano. In una società articolata, "di minoranze", è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità.

⁶² In effetti, già con l'ordinanza n. 184/1983, la Consulta aveva affermato che «non può considerarsi in contrasto con il principio della libertà di iniziativa economica l'obbligo dell'imprenditore di osservare la disciplina amministrativa e penale che trova fondamento nella tutela di beni rilevanti costituzionalmente, quale la protezione dell'ambiente».

⁶³ A. ALBANESE, *Buona fede, contratto, legge*, *Europa Dir. Priv.*, 2021, p. 31.

una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta da coloro che operano abitualmente o professionalmente nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità⁶⁴) ma solo quando esigenze di inesperienza e carenza di informazioni del consumatore o di assenza di alternative dell'imprenditore debole lo esigano realmente.

E soprattutto occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza della Consulta n. 119/2012⁶⁵, secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo “zoccolo duro” dei diritti fondamentali⁶⁶. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), “non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone”; per altro verso, però, “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento effettuato dal legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (interesse oppositivo)⁶⁷.

Come già rilevato, dunque, la prepotente affermazione della teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti induce a riflettere sul se abbia un senso di-

⁶⁴ E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 445.

⁶⁵ La giurisprudenza costituzionale costante è nel senso che l'art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca un trattamento previdenziale prima spettante in base alla legge (sentenze n. 316/2010 e n. 361/1996), fermo il controllo di ragionevolezza sulle singole norme riduttive. Si deve escludere, viceversa, che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire siffatte riduzioni di spesa per l'attuazione di diritti ex art. 38 Cost., in nome di un generico principio di solidarietà sociale, superando e addirittura ponendosi in contrasto con le determinazioni del legislatore. Solo a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici, mentre è compito di questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incise da interventi riduttivi dello stesso legislatore.

⁶⁶ La stessa Carta di Nizza all'art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali possono giustificarsi solo se rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

⁶⁷ Corte cost., sentenze nn. 432/2005 e 252/2001. Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (sez. un., 1° agosto 2006, n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorché ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

stinguere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, tra diritti fondamentali – che nella gerarchia delle fonti andrebbero collocati per la teoria dei contro limiti al di sopra delle norme dell'Unione europea – e diritti che fondamentali non sono (nell'ambito dei quali, secondo quanto detto, va probabilmente annoverato il diritto di iniziativa economica)⁶⁸. Infatti, tutti i diritti costituzionalmente rilevanti sono in grado di farsi sentire, di entrare in bilanciamento con diritti di sicura qualificabilità come diritti fondamentali, in un contesto di reciproca interferenza tra le fonti e fra i vari interessi che delle stesse sono espressione.

La modifica costituzionale del 2022 ha evidentemente rafforzato il peso dell'ambiente e della salute nel bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, con particolare riferimento agli interessi delle generazioni future⁶⁹, ma sarebbe indubbiamente riduttivo e limitante ritenere che la riforma si sia voluta semplicemente limitare a tirare da una parte una coperta – quella costituita dalle risorse, necessariamente limitate, a disposizione per la tutela di tutti i valori riconosciuti dalla Costituzione – inevitabilmente corta. In effetti, quello che oggi soprattutto sembra emergere è l'esigenza che i vari interessi in gioco trovino una loro composizione equilibrata, un armonico temperamento, allo scopo di conseguire un bilanciamento ragionevole e solidale fra i vari interessi in gioco, in coerenza con quell'economia sociale di mercato individuata dall'art. 3, comma 3, del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (secondo cui l'Unione europea si basa «*su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*»), con il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse che possono essere destinate alla tutela di valori quali il lavoro, l'ambiente, la salute, sintetizzati nella formula «utilità sociale».

Appare dunque che le specificità del modello costituzionale italiano nella sua concreta attuazione ad opera della Consulta, lungi dal creare ostacoli alla realizzazione di una piena ed effettiva convergenza tra le giurisprudenze nazionali ed europee nella tutela dell'ambiente e della salute da un lato e dell'iniziativa economica dall'altro, contribuisce e non poco a creare un terreno culturale comune e un insieme di valori condivisi idonei a favorire la suddetta convergenza⁷⁰.

In effetti non può ignorarsi la centralità che il mercato e la posizione che all'interno di esso rivestono i suoi protagonisti assumono nella prospettiva giuridica della Corte di Lussemburgo⁷¹, pur alla luce del superamento della Co-

⁶⁸ Cfr. ad esempio la sentenza n. 50/1957, secondo cui «l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale». Tuttavia oggi, alla luce della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, sembra potersi legittimamente dubitarsi che la libertà di iniziativa economica non costituisca un diritto fondamentale: cfr. ad esempio Corte Giust. 20 gennaio 2022, Commissione/Grecia, C-51/20; Corte Giust. 12 marzo 2020, Commissione/Italia, C-576/18, sentenze secondo cui occorre sottolineare il carattere fondamentale delle disposizioni del trattato FUE in materia di aiuti di Stato.

⁶⁹ G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, p. 472.

⁷⁰ F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2020, p. 13.

⁷¹ Cfr. Corte Giust. 20 gennaio 2022, C-594/19, §74, Deutsche Lufthansa AG/Commissione, secondo cui la dimostrazione da parte del ricorrente di una lesione sostanziale alla sua posizione sul mercato richiede che il medesimo ricorrente indichi in modo pertinente le ragioni per le

munità economica europea e dell'allargamento delle competenze dell'Unione europea a diritti fondamentali della collettività quali l'ambiente e la salute.

Sarebbe dunque erroneo prendere alla lettera la nuova formulazione della Costituzione a seguito del nuovo assetto determinato dalla legge costituzionale n. 1/2022 e ritenere che anche un lieve danno alla salute o all'ambiente costituisca sempre e comunque una ragione di illegittimità della libertà di iniziativa economica privata.

Non può poi dimenticarsi che, a prescindere dalla libertà di impresa, il rispetto di altri diritti fondamentali dell'individuo si pone inevitabilmente come limite ad una piena esplicazione del valore ambiente: la consapevolezza di un necessario contemperamento tra i diritti fondamentali dei singoli e quello della collettività alla tutela dell'ambiente è ben rappresentata dalla Cassazione penale, la quale ha affermato, in tema di reati edilizi, che il giudice, nel dare attuazione all'ordine di demolizione di un immobile abusivo adibito ad abituale abitazione di una persona, è tenuto a rispettare il principio di proporzionalità⁷², considerando l'esigenza di garantire il rispetto della vita privata e familiare e del domicilio, di cui all'art. 8 della CEDU, e valutando, nel contempo, la eventuale consapevolezza della violazione della legge da parte dell'interessato, per non incoraggiare azioni illegali in contrasto con la protezione dell'ambiente, nonché i tempi a disposizione del medesimo, dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna, per conseguire, se possibile, la sanatoria dell'immobile ovvero per risolvere le proprie esigenze abitative⁷³.

Inoltre, proprio perché, come già rilevato in precedenza, l'ambiente costituisce, secondo la Consulta un *interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto*, deve ritenersi che i limiti di cui all'art. 41, comma 2, alla libertà dell'iniziativa economica privata di cui al comma 1 dell'art. 41 debbano oggi ritenersi come posti più in generale alla libertà di iniziativa economica in genere, non solo privata, non potendo certo ritenersi che la pubblica amministrazione possa impunemente inquinare l'ambiente o danneggiare la salute della collettività. In questa prospettiva, il riconoscimento dell'ambiente come valore "assoluto" all'interno dell'art. 9 Cost., ossia non come "semplice" limite alla iniziativa economica privata, ne rafforza sicuramente il suo costituire un limite a qualsiasi iniziativa economica, a prescindere dalla natura pubblica o privata di tale iniziativa. È quindi evidente, nell'ottica poc'anzi messa in luce relativa alla necessità di un contemperamento fra interessi potenzialmente in conflitto come quelli dell'impresa e quelli della collettività alla salubrità dell'ambiente e alla salute, che questo bilanciamento di valori debba essere effettuato con pari

quali la decisione della Commissione può pregiudicare i suoi legittimi interessi, ledendo in maniera sostanziale la sua posizione sul mercato di cui trattasi.

⁷² Il riferimento è alla giurisprudenza convenzionale: cfr., fra le altre, sentenze Corte EDU, 21 aprile 2016, Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria, e Corte EDU, 4 agosto 2020, Kaminskas c. Lituania.

⁷³ Cass. pen., 8 gennaio 2021, n. 423. Cfr., analogamente, Cass. pen., 11 febbraio 2020, n. 5410, secondo cui, in tema di deposito incontrollato di rifiuti, ai fini del riconoscimento della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. non è sufficiente il riferimento al solo quantitativo di rifiuti depositato, ma deve valutarsi l'effettivo pericolo di danno all'ambiente o la sua compromissione in concreto conseguente alla specifica condotta (fattispecie in cui la Cassazione ha ritenuto immune da censure la decisione con cui i giudici di merito avevano escluso la causa di non punibilità in considerazione del quantitativo di materiale pari a circa 5 metri cubi depositato su terreno pubblico e della consistenza dello stesso, trattandosi di acque residue da materiale da costruzione e demolizione, contenenti sabbia, polvere di cemento e piccoli frammenti di laterizio).

severità sia per il settore privato che per quello pubblico⁷⁴; soltanto si presume che tale contemperamento sia stato già effettuato per così dire a monte dalla pubblica amministrazione quando adotti una certa decisione con la quale assuma una iniziativa economica (dovendo la pubblica amministrazione necessariamente contemperare i vari interessi in gioco nel suo processo decisionale, secondo le previsioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990), ma nulla impedisce ai soggetti terzi il ricorso all'autorità giudiziaria, qualora si ritenga che tale iniziativa economica pubblica costituisca un pericolo per l'ambiente e per la salute.

In definitiva, sembra che la riforma avvenuta con legge costituzionale n. 1/2022 – pur prendendo le mosse da una giurisprudenza costituzionale ed europea già ben salda in tema di tutela dell'ambiente, della salute collettiva e consapevole della necessità di contemperare tali valori con la libertà di iniziativa economica – porti con sé indubbiamente delle significative novità: la Carta Costituzionale svolge un formidabile ruolo, che le sentenze della Consulta indubbiamente non possono allo stesso modo rivestire, di diffusione dei suoi valori agli italiani, alimentando un continuo “dialogo” fra la coscienza sociale e la Corte costituzionale; l'ulteriore valorizzazione della persona umana, in una prospettiva però di più ampio respiro, anche da un punto di vista temporale, in ragione dell'affermazione della rilevanza degli interessi delle generazioni future e della acquisita piena consapevolezza della dipendenza della sopravvivenza dell'essere umano dalla possibilità di vivere in un ambiente non deteriorato e compromesso; l'accostamento della protezione delle generazioni future da un punto di vista ambientale alla protezione delle stesse da un punto di vista economico introdotta dalla riforma costituzionale del 2012, con l'inevitabile necessità di contemperare tali esigenze spesso in conflitto fra loro; una valorizzazione del terzo comma dell'art. 41 della Costituzione e un conseguente significativo impulso ad una politica di programmazione in una prospettiva di più ampio respiro; la constatazione che oggi il mercato si pone più che mai come un luogo vivo, di sintesi e di bilanciamento di interessi fra le esigenze pubblicistiche di tutela dell'ambiente e della salute collettiva e quelle privatistiche non solo di tutela della libertà d'impresa e più in generale dell'autonomia negoziale ma anche come svolgimento personalità; la acquisita consapevolezza da un lato che la libertà di concorrenza coinvolge tutti i protagonisti del mercato (e quindi anche i consumatori e non solo le imprese) il che implica il necessario rispetto anche dell'ambiente e della salute della collettività, e dall'altro che tale rispetto costituisce un costo significativo per le imprese e che quindi il mancato rispetto di tale obbligo finisce per risolversi in un illecito vantaggio concorrenziale, come tale sanzionabile; l'esigenza che una politica di liberalizzazioni attenta alla molteplicità degli interessi in gioco non può non tener conto in maniera scrupolosa delle esigenze di protezione dell'ambiente e della salute collettiva.

⁷⁴ Del resto a questa conclusione era pure arrivata la già citata sentenza delle sezioni unite n. 5172/1979 la quale aveva affermato che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda con la quale il privato chieda la sospensione di un'opera intrapresa dalla pubblica amministrazione, assumendo che questa pregiudichi la salubrità dell'ambiente in cui abita o lavora, recando così nocumento al proprio benessere biologico e psichico, essendo potenzialmente lesa una posizione soggettiva inquadrabile nell'ambito del diritto alla salute.



COMMENTI

Turismo extra-alberghiero e locazioni brevi ai tempi della *sharing economy*: la risposta del diritto amministrativo*

Extra-hotel tourism and short-term rentals in the times of the sharing economy: the answer of administrative law

di **Fabrizio Fracchia**** e **Pasquale Pantalone*****

ABSTRACT

Il contributo mira a fornire un inquadramento giuridico sul piano del diritto europeo e nazionale del fenomeno della *sharing economy* nell'ambito della ricettività extra-alberghiera, cercando di cogliere le principali peculiarità e i maggiori profili problematici dell'intervento pubblico nel settore.

The paper aims to provide a legal framework of the sharing economy phenomenon in the field of extra-hotel tourism at the level of European and national law, trying to outline the main peculiarities and the major problematic profiles of public intervention in the sector.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Economia collaborativa: delimitazione del campo di analisi e individuazione dei profili problematici. – 3. Il dilemma della regolazione e la risposta italiana: impostazione del tema. – 4. Il quadro normativo italiano. – 5. Il problema fiscale: cenni. – 6. Il tema di fondo: la liberalizzazione e le sue esigenze. – 7. L'impatto sull'uso del territorio. – 8. L'impatto sui (e il riflesso di) modelli culturali e sociali.

1. Premessa

Viaggio e ospitalità: questi due concetti sono da sempre legati tra di loro, anche e soprattutto nel mondo occidentale, come confermato dalla frequenza con cui la letteratura ha scelto di valorizzare il primo quale strumento avventuroso di conoscenza (anche interiore) e di scoperta, mentre la seconda

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia i parr. 1-3, 8 sono stati curati da Fabrizio Fracchia, mentre i parr. 4-7 da Pasquale Pantalone.

** Professore ordinario di diritto amministrativo, Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa", Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano.

*** Ricercatore di diritto amministrativo, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.

(ciò accade, ad esempio, nel viaggio di Ulisse) è stata rappresentata come una caratteristica di alcune delle popolazioni incontrate dai protagonisti del racconto¹.

Guardando nel complesso al progresso dell'umanità, si può addirittura ipotizzare che le caratteristiche dei viaggi mutino con i grandi cambiamenti della storia e con le più rilevanti rivoluzioni sperimentate e attuate dall'uomo (dal mondo greco alle esplorazioni di Marco Polo, dalla rivoluzione industriale all'attualità). Invero, il periodo storico che ci tocca di vivere, con l'avvento della tecnologia e con la *sharing economy*, aprendo la via a possibilità prima impensate, ha segnato un importante punto di svolta e conferito un nuovo significato all'ospitalità, sfidando il diritto a trovare soluzioni adeguate.

Un ulteriore impulso al settore è poi venuto dalla crisi economica: molti proprietari hanno visto nella *sharing economy* applicata al settore c.d. extra-alberghiero lo strumento per individuare nuove fonti di guadagno e per valorizzare i propri immobili.

Il fenomeno non ha risparmiato ovviamente l'Italia.

Alcune ricerche avevano indicato in 3,5 miliardi il giro d'affari generato in Italia dalla *sharing economy*, con prospettive di crescita fino a 25 miliardi nel 2025². Impressionante, appunto, è soprattutto il tasso di crescita, che, come attestato dal Piano strategico per il turismo cui si farà cenno oltre (par. 4), si attesta ben oltre il 50% su base annua.

Molto nota è la società Airbnb, ma non si tratta dell'unica piattaforma operante in Italia: si pensi a Booking.com, Expedia e TripAdvisor.

Pure il settore alberghiero ha cercato di entrare nell'arena della *sharing economy*, acquisendo in taluni casi alcuni siti e portali o fondandone altri.

Il verificarsi dell'emergenza pandemica da Covid-19 a partire dai primi mesi del 2020, tuttavia, ha determinato una brusca riduzione dei ricavi attesi nel settore del turismo e del suo indotto (che prima della pandemia rappresentavano, in base a dati Istat, circa il 15% del totale dell'economia italiana). Secondo studi recenti³, anche se le misure di contenimento della diffusione della malattia hanno colpito maggiormente il turismo nelle città rispetto a quello rurale e costiero⁴, nel periodo gennaio-settembre 2020 le presenze registrate nelle strutture alberghiere ed extra-alberghiere sono state, rispettivamente, circa il 46% e il 54% di quelle rilevate nel 2019 e, purtroppo, la situazione non è di molto mutata nel primo semestre del 2021⁵. La successiva implementazione del piano vaccinale, il progressivo allentamento delle misure di conteni-

¹ M.E. LA TORRE, *Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 105.

² Tali informazioni sono state tratte dall'articolo *Dalla casa all'auto, tutte le novità della sharing economy*, in *IlSole24ore*, 27 giugno 2017.

³ Si v. i dati resi noti dall'Osservatorio sul turismo residenziale extra-alberghiero in Italia promosso dall'associazione Property Managers Italia: <https://www.propertymanagersitalia.it/>.

⁴ Cionondimeno, secondo dati di Airbnb riportati nella Nota breve n. 23 dal titolo «Le previsioni economiche estive 2021 della Commissione europea», pubblicata a luglio 2020 dal Servizio Bilancio del Senato della Repubblica, il numero di notti passate nelle strutture ricettive da parte dei turisti corrisponde a meno del 79% rispetto a marzo 2019.

⁵ La Nota Covid-19 della Banca d'Italia del 28 settembre 2021 dal titolo «Il settore turistico e la pandemia di Covid-19» a firma di C. DEMMA, evidenzia che la riduzione dei flussi turistici ha interessato sia la componente nazionale (-33,8%) sia, in misura più marcata, quella estera (-70,3%), che nel 2019 rappresentava la metà delle presenze. Inoltre, la flessione delle presenze turistiche nel complesso del 2020 è stata particolarmente intensa in tutte le ripartizioni territoriali del Paese (tra -59,3% al Centro e -46,2% nel Nord Est).

mento dell'emergenza pandemica e l'iniezione di ingenti risorse finanziarie nell'economia reale (anche grazie all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza), hanno fortunatamente consentito una graduale ripresa del settore, come peraltro dimostrato dagli ultimi dati disponibili⁶.

2. Economia collaborativa: delimitazione del campo di analisi e individuazione dei profili problematici

Molto si discute sulla nozione di economia collaborativa, intesa come sistema economico basato sull'uso condiviso di beni e servizi e direttamente da privati attraverso piattaforme, e sull'esigenza di regolazione di siffatto sistema⁷.

Un preliminare punto controverso attiene all'eventuale incompatibilità del perseguimento di un profitto con il concetto di *sharing economy*⁸.

La questione è stata sfiorata dal Comitato economico e sociale europeo, nel parere su «Il consumo collaborativo o partecipativo: un modello di sviluppo sostenibile per il XXI secolo» dell'11 giugno 2014 (2014/C177/01): il Comitato ha incluso nel concetto di consumo collaborativo anche le attività collaborative lucrative.

Pure la Commissione europea, nella Comunicazione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa» del 2 giugno 2016, COM(2016) 356 final⁹, in modo molto pragmatico, ha mostrato di non ritenere determinante quel profilo, ponendo piuttosto l'accento sul fatto che le attività (effettuate, appunto, sia a scopo di lucro, sia senza scopo di lucro) sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati. In particolare, secondo la Commissione, «l'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale (pari) sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale (prestatori di servizi professionali); ii) gli utenti di tali servizi; e iii) gli intermediari che mettono in comunicazione – attraverso una piattaforma online – i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi (piattaforme di collaborazione)».

Quanto all'ultima questione, il parere del 15 dicembre 2016 (2017/C 075/06) reso dal Comitato economico e sociale europeo sulla testè citata agenda¹⁰, inve-

⁶ Nei primi nove mesi del 2022, l'Istat ha rilevato un forte recupero del settore turistico e, in particolare, di quello extra-alberghiero per il quale si è registrato un numero di presenze pari quasi a quello raggiunto prima della crisi sanitaria (136 milioni nei primi 9 mesi del 2022 contro i 139 milioni dello stesso periodo del 2019).

⁷ Per esempio, v. *ex multis*, D. MCKEE-F. MAKELA-T. SCASSA, *Law and the "Sharing Economy": Regulating Online Market Platforms*, Ottawa, 2018, *passim*; N.M. DAVIDSON-M. FINCK-J.J. INFRANCA (edited by), *The Law of the Sharing Economy*, Cambridge, 2018, *passim*. V. MOLA-SCHI, *Economia collaborativa e beni comuni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile*, in *Il Dir. econ.*, 2020, 2, p. 345 ss.

⁸ G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, 2, 2015, 249 ss., S. RANCHORDAS, *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy*, in *Minn. J.L. Sci. & Tecn.*, 2015, p. 404 ss.

⁹ Cfr. A. DELL'ATTI, *L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016, p. 107 ss.

¹⁰ Dal canto suo, il Parlamento europeo si è pronunciato sull'agenda europea per l'economia collaborativa con risoluzione del 15 giugno 2017 (2017/2003/INI).

ro, ha puntualizzato che la *sharing economy* «non si sviluppa necessariamente in un ambiente digitale, ma anche in contesti di prossimità che consentono di concentrarsi sulle relazioni interpersonali (ad esempio lo scambio di beni)».

Per altro verso, tale parere ha pure precisato che essa «spesso non comporta scopo di lucro e, in molti casi, si ispira a principi di cooperazione e solidarietà (ad esempio certi tipi di finanziamento collettivo come il *crowdfunding* di donazioni)».

Ciò chiarito in generale, la fattispecie che qui maggiormente interessa e che costituirà oggetto dell'analisi è comunque quella dell'attività svolta con fine lucro nel settore extra-alberghiero e che si giovi di piattaforme di collaborazione.

Si tratta di un fenomeno nato spontaneamente, realizzando una sorta di fuga in avanti delle dinamiche economiche rispetto agli orizzonti, anche normativi, già noti e assestati, che, come ancora diremo, ha messo in difficoltà il diritto, incapace di reagire con tempestività.

Non solo: la platea dei prestatori di servizi si è allargata enormemente, estendendosi a non professionisti. Ciò ha determinato ulteriori problemi sotto il profilo del trattamento fiscale da riservare a questi soggetti, oltre che reazioni e irrigidimento da parte degli operatori professionali tradizionali.

Il numero di abitazioni affittate, poi, specie nei centri storici delle città d'arte, è cresciuto in modo notevole, mutando la relazione complessiva degli immobili e del loro uso con il tessuto urbano. Secondo Eurostat, nel 2019 nei Paesi membri dell'UE sono stati effettuati più di 554 milioni di pernottamenti (con una media di circa 1,4 milioni di utenti al giorno) mediante l'utilizzo – cresciuto del 14% tra il 2018 e il 2019 – di piattaforme telematiche come Airbnb, Booking, Expedia Group o Tripadvisor¹¹.

Come ulteriore conseguenza, è emersa la necessità di tutelare gli utenti di questi nuovi servizi, non potendosi escludere comportamenti illeciti da parte degli operatori (a tacere poi del tema legato alla protezione dei dati che transitano attraverso le piattaforme di collaborazione).

Posto che tali piattaforme sono spesso gestite da soggetti non residenti nel territorio dello Stato, poi, si è immediatamente profilata la difficoltà per le autorità nazionali di «catturare» l'intero fenomeno (basti pensare al tema del pagamento delle imposte¹², dell'antiriciclaggio e alle criptovalute).

Infine, non si può tacere l'esistenza di un'ulteriore esigenza rilevante e meritevole di tutela, quella dei lavoratori del settore.

Come si vede, il quadro che viene componendosi è complesso e frammentato, caratterizzato dalla compresenza di numerosi interessi degni di protezione che richiedono e pretendono attenzione, anche in forza dell'intervento del potere pubblico di regolazione dell'esercizio dell'attività privata.

In modo assai significativo, questi svariati interessi sono stati sottolineati dalla risoluzione del 15 giugno 2017 del Parlamento europeo sull'agenda europea per l'economia collaborativa sopra citata; l'atto ha richiamato l'urgenza di fissare delle linee guida sulla *sharing economy* (ad oggi non ancora adotta-

¹¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3293.

¹² Parere del Comitato economico e sociale europeo su «Tassazione dell'economia collaborativa — analisi di possibili politiche fiscali di fronte alla crescita dell'economia collaborativa» (parere esplorativo richiesto dalla presidenza estone) (2018/C 081/09). Più di recente, si v. il parere del medesimo comitato in ordine a «Tassazione dell'economia collaborativa – gli obblighi di reporting» (supplemento di parere) del 30 giugno 2020.

te), per affrontare le zone grigie delle diverse normative nazionali che ne frenano la crescita, chiedendo alla UE di sostenere l'economia collaborativa sviluppata *online* e garantire la concorrenza leale, oltre al rispetto dei diritti dei lavoratori e degli obblighi fiscali.

Più di recente, nella strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale¹³, «la Commissione, dando seguito alla sua comunicazione del 2016 sull'economia collaborativa, continuerà a prendere in considerazione un'eventuale iniziativa incentrata sui servizi di locazione di alloggi a breve termine (il settore più ampio dell'economia collaborativa) per promuovere lo sviluppo equilibrato e responsabile dell'economia collaborativa in tutto il mercato unico nel pieno rispetto dell'interesse pubblico»¹⁴.

3. Il dilemma della regolazione e la risposta italiana: impostazione del tema

Si è testé fatto riferimento alla regolazione del settore.

Invero, come di solito accade a fronte di un fenomeno nuovo, soprattutto se legato ai temi dell'innovazione (il pensiero corre alla vicenda, per certi versi analoga, di Uber)¹⁵, il potere pubblico, di fronte alla difficile scelta tra assecondare la novità (il che suggerirebbe una regolazione "*light*", se non addirittura un'assenza di intervento pubblico) e definire un quadro normativo compiuto, in teoria dovrebbe porsi almeno il problema di introdurre norme volte a tutelare gli interessi più rilevanti, in pratica spesso non riesce a organizzare una risposta tempestiva e adeguata. L'approccio "attendista" dei *policy-makers* e la mancanza di una specifica disciplina ha talora comportato l'insorgere di meccanismi di *self-regulation* da parte delle stesse piattaforme di collaborazione, di cui la dottrina pubblicistica non ha mancato di evidenziarne i principali limiti¹⁶.

D'altro canto, si tratta di effettuare scelte non facili: sullo sfondo si coglie infatti il tradizionale motivo della contrapposizione tra liberismo estremo, che vede nel fallimento del mercato il solo presupposto per un intervento pubblico, e visioni maggiormente favorevoli a una più intensa presenza del pubblico, potendosi poi ulteriormente discutere se l'intervento pubblico debba assumere le forme del tradizionale *command and control* o assestarsi sulla soglia del *market based tools*, ovvero ancora dovendosi ricercare un *mix* accettabile tra questi modelli. Una volta che sia stato positivamente vagliato l'*an* della regolazione, infatti, il dilemma non può non abbracciare anche l'esatta individuazione dei confini dell'oggetto da regolare, i livelli (internazionale, europeo, nazio-

¹³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 10 marzo 2020, COM/2020/103 final.

¹⁴ A questo scopo, è stato predisposto un documento di lavoro (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/45977?locale=it>) dal titolo «*Scenarios towards co-creation of transition pathway for tourism for a more resilient, innovative and sustainable ecosystem*», che prevede, tra l'altro, una proposta legislativa per migliorare il quadro normativo per i servizi di locazione di alloggi a breve termine.

¹⁵ Su cui, v. E. MOSTACCI-A. SOMMA, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016, *passim*.

¹⁶ Per esempio, v. G. MENEGUS, *Processi di regolazione della sharing economy: oltre la self-regulation*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021, p. 1411 ss., in part. p. 1441 ss.

nale) dell'intervento, le modalità di azione (*hard law* o *soft law*), la tipologia (ove prevista) di titoli necessari a svolgere una determinata attività nel settore in esame, l'esigenza di dotarsi di una disciplina provvista di efficacia temporanea o a regime¹⁷.

Alcune indicazioni di fondo, almeno a livello teorico, possono essere peraltro fornite.

Intanto, se il mondo della *sharing economy* è frammentato e non unitario, potrebbe essere opportuno elaborare risposte giuridiche e regolatorie differenziate¹⁸.

In secondo luogo, bisogna sempre considerare che norme troppo restrittive rischiano non solo di frenare e ostacolare l'innovazione e l'attività imprenditoriale (introducendo oneri e vincoli spesso gravosi per operatori che, spesso, non sono professionisti nel settore), ma anche di aprire la via all'elusione delle regole (e, nel settore fiscale, all'evasione).

Infine, per venire a un terreno maggiormente giuridico, alcune indicazioni essenziali si possono ricavare dalla disciplina europea, che traccia un limite non valicabile: gli oneri imposti debbono essere ragionevoli e proporzionati, nel senso che i requisiti di accesso ai mercati dei servizi non devono essere discriminatori, devono essere necessari per conseguire un obiettivo di interesse generale e non devono imporre più obblighi di quanto strettamente necessario (sulla questione, *amplius*, par. 6)¹⁹.

A questo proposito, non è un caso che l'agenda europea per l'economia collaborativa del 2 giugno 2016, cit., inviti gli Stati membri a considerare le specificità dei modelli imprenditoriali dell'economia collaborativa mediante il ricorso a un approccio regolatorio «flessibile», evitando l'introduzione di oneri normativi superflui a carico degli operatori interessati e valorizzando lo sviluppo di sistemi di reputazione e di valutazione che, in alcuni casi, possono ridurre le asimmetrie informative a vantaggio dei consumatori: ciò, secondo la Commissione, «può contribuire a un miglioramento della qualità dei servizi e potenzialmente ridurre la necessità di taluni elementi della regolamentazione, a condizione che si possa riporre adeguata fiducia nella qualità delle recensioni e delle valutazioni»²⁰.

Invero, si è già sopra anticipato (par. 2) che i molteplici interessi pubblici che confluiscono nell'ambito del fenomeno descritto suggerirebbero di raggiungere un livello minimo sufficientemente adeguato, aggiornato e differenziato di normazione delle attività riconducibili al settore qui considerato²¹. An-

¹⁷ V. A. CANEPA, *Le piattaforme fra nuove dinamiche di mercato e ricerca di strumenti regolatori efficaci*, in questa *Rivista*, 2, 2018, p. 182.

¹⁸ Per uno spunto, v. Comitato economico e sociale europeo, parere del 15 dicembre 2016 (2017/C 075/06) cit., punto 1.5: «La sfida, pertanto, consiste nel distinguere tra le diverse modalità dell'economia collaborativa e nel proporre approcci normativi differenziati, privilegiando le iniziative digitali basate su una governance democratica, solidale e inclusiva, con carattere di innovazione sociale, fatto che comporta la necessità di informare i consumatori in merito ai loro valori identitari e ai loro metodi di organizzazione e gestione. A tale riguardo, il CESE raccomanda di eseguire una ricerca qualitativa sulla rete di relazioni stabilite dai suoi soggetti nell'ambito stesso dell'economia collaborativa».

¹⁹ Cfr. artt. 9 e 16 della direttiva 2006/123/CE («direttiva servizi») e artt. 49 e 56 del TFUE.

²⁰ Comunicazione della Commissione UE del 2 giugno 2016, «Un'agenda europea per l'economia collaborativa», par. 2.

²¹ Anche per sciogliere alcuni nodi rimasti ancora irrisolti, come quello relativo al riconoscimento in capo alle piattaforme di collaborazione della natura di meri intermediari della società dell'informazione, come tali soggette alla direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 (cd. «direttiva

che se, a livello europeo, una compiuta risposta a questa esigenza stenta ancora pienamente ad affermarsi, iniziative normative di più ampio respiro²² e proposte più specificamente riferite al mercato delle locazioni brevi²³ non paiono comunque mancare.

In questo scenario di generale incertezza, anche in Italia sono fiorite le prime reazioni e intervenute le prime discipline normative²⁴.

Quanto al primo profilo, non sono mancate accuse di concorrenza sleale rivolte dagli “operatori tradizionali” ai nuovi soggetti.

In ordine al secondo tema (che più interessa il diritto amministrativo), come si dirà meglio *infra*, il legislatore nazionale, anche alla luce dei limiti derivanti dal contesto costituzionale, ha introdotto una disciplina minima, mentre talune leggi regionali sono intervenute generalmente per ricomprendere le abitazioni in affitto tra le strutture ricettive, sottoponendo la relativa attività a un “regime amministrativo”.

Al riguardo è necessario intanto premettere un sintetico riferimento al quadro delle competenze. La riforma costituzionale del Titolo V (legge costituzionale n. 3/2001) ha attratto il turismo nell’ambito delle materie “residuali” spettanti alle Regioni (art. 117, comma 4), in riferimento alle quali non sussiste più il limite del rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali.

Invero, il legislatore statale ha continuato a legiferare, intervenendo in materie affidate alla sua competenza, esclusiva o concorrente, che esibiscono profili di connessione con la materia del turismo: basti qui fare cenno alla tutela della concorrenza, alla tutela dell’ambiente e dei beni culturali, nonché (in tal caso si tratta di competenza concorrente) al governo del territorio.

Più in generale, secondo quanto statuito dalla Corte costituzionale, allorché molteplici competenze siano legate in un nodo inestricabile, sicché non è possibile identificare la prevalenza di una sulle altre, dal punto di vista sia qualitativo, sia quantitativo, deve trovare applicazione il principio generale, per cui non è costituzionalmente illegittimo l’intervento del legislatore statale, «purché agisca nel rispetto del principio di leale collaborazione che deve in ogni caso permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie e che può ritenersi congruamente attuato mediante la previsione dell’intesa»²⁵.

e-commerce”), oppure di veri e propri prestatori di servizi e, dunque, sottoposte alle regole stabilite dalla direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. “direttiva servizi”).

²² Cfr., in particolare, la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2020, COM(2020) 842 def. «per mercati equi e contendibili nel settore digitale» (cd. *Digital Market Act-DMA*). Sul tema, G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in questa *Rivista*, 2, 2021, p. 323 ss.

²³ V. *supra* nota n. 14.

²⁴ Per uno sguardo di massima alle normative di altri Stati membri dell’UE, v. G. MENEGUS, *Processi di regolazione della sharing economy: oltre la self-regulation*, cit., pp. 1431-1436.

²⁵ Corte cost., 14 gennaio 2016, n. 1, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1149: la Corte era chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale di una norma statale (d.l. n. 133/2014, come convertito dalla legge n. 164/2014) che si occupa di *condhotel*, definiti come «gli esercizi alberghieri aperti al pubblico, a gestione unitaria, composti da una o più unità immobiliari ubicate nello stesso comune o da parti di esse, che forniscono alloggio, servizi accessori ed eventualmente vitto, in camere destinate alla ricettività e, in forma integrata e complementare, in unità abitative a destinazione residenziale, dotate di servizio autonomo di cucina, la cui superficie non può superare il quaranta per cento della superficie complessiva dei compendi immobiliari interessati». Il decreto legge demanda la determinazione delle «condizioni di esercizio dei *condhotel*» a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, e prevede che il medesimo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri stabilisca i criteri e le modalità per la rimozione del

4. Il quadro normativo italiano

In materia di classificazione e standards delle strutture ricettive, il d.lgs. 23 maggio 2011 n. 79 (c.d. “codice del turismo”, tra l’altro emanato per dare attuazione alla direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, e ai contratti di rivendita e di scambio), prima del boom della *sharing economy*, aveva provveduto al riordino della disciplina²⁶, distinguendo all’art. 8 tra strutture ricettive alberghiere e paralberghiere; strutture ricettive extra-alberghiere; strutture ricettive all’aperto; strutture ricettive di mero supporto. Tra quelle extra-alberghiere compaiono, ad esempio, gli esercizi di affittacamere, le attività ricettive a conduzione familiare (*bed and breakfast*), le case per ferie e le unità abitative ammobiliate ad uso turistico.

La Corte costituzionale ha tuttavia dichiarato incostituzionale (anche) questa parte di codice²⁷ per eccesso di delega²⁸, statuendo che il decreto non poteva disciplinare *ex novo* i rapporti tra Stato e Regioni nella medesima materia, peraltro con il ripetuto ricorso al metodo della cosiddetta “attrazione in sussidiarietà”, che, qualificandosi come forma non ordinaria di esercizio, da parte dello Stato, di funzioni amministrative e legislative attribuite alle Regioni da norme costituzionali, richiede una precisa manifestazione di volontà legislativa del Parlamento, nel caso mancante.

In questo scenario, con specifico riferimento all’affitto di alloggi, la normativa di riferimento è oggi costituita dalle fonti regionali.

Al riguardo, a titolo esemplificativo, si può constatare che in cinque regioni (Piemonte²⁹, Lombardia³⁰, Veneto³¹, Emilia-Romagna³², Lazio³³) le strutture

vincolo di destinazione alberghiera in caso di interventi edilizi alberghieri esistenti, prescrivendo alle Regioni e alle Province autonome di adeguare i propri ordinamenti a quanto disposto dal citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. La Corte ha ritenuto costituzionalmente legittima la disciplina perché prevede il coinvolgimento di regioni, province autonome ed autonomie locali nel loro insieme, attraverso la conferenza unificata. V. altresì Corte cost. 11 febbraio 2016, n. 21, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1149, con riferimento a una legge statale che qualifica i Marina Resort (e cioè quelle strutture organizzate per la sosta e il pernottamento di turisti all’interno delle proprie unità da diporto ormeggiate nello specchio acqueo appositamente attrezzato) come strutture ricettive all’aria aperta. La Corte ha in questo caso dichiarato l’illegittimità della disciplina perché, demandando esclusivamente al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministero dei beni delle attività culturali e del turismo, il compito di stabilire i requisiti necessari a qualificare i Marina Resort come strutture turistico-ricettive all’aria aperta, senza prevedere alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni, viola il principio di leale collaborazione («una tale collaborazione può dirsi adeguatamente attuata solo mediante la previa acquisizione dell’intesa nella Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, da considerare luogo di espressione e insieme di sintesi degli interessi regionali e statali coinvolti»). Sulla competenza regionale in materia di turismo, in generale, v. ancora Corte cost., 18 giugno 2014, n. 178, in *Foro it.*, 2015, I, c. 393, Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 18, *ivi*, 2013, I, c. 1779; Corte cost., 19 luglio 2012, n. 192, *ivi*, 2013, I, c. 1798 e Corte cost., 6 luglio 2012, n. 171, *ivi*, c. 1807.

²⁶ In precedenza, la legge n. 217/1983 non accennava a strutture extra-alberghiere. La legge n. 135/2001 aveva poi ampliato la nozione di impresa turistica, includendovi anche tutte quelle imprese la cui attività «concorre alla formazione dell’offerta turistica ovvero è finalizzata a soddisfare i bisogni del turista».

²⁷ Corte cost., 5 aprile 2012, n. 80.

²⁸ L’oggetto della delega conferita dalla legge 28 novembre 2005 era circoscritto al coordinamento formale e alla ricomposizione logico-sistematica di settori omogenei di legislazione statale, con facoltà di introdurre le integrazioni e le correzioni necessarie ad un coerente riassetto normativo delle singole materie.

²⁹ L.r. Piemonte 3 agosto 2017, n. 13 («Disciplina delle strutture ricettive extralberghiere», la

extra-alberghiere sono di regola sottoposte al meccanismo della segnalazione certificata di inizio attività, mentre per le locazioni turistiche e le case per vacanze (ivi comprese quelle gestite da portali telematici) si delinea un regime semplificato basato sulla comunicazione preventiva al comune (alla regione in Veneto³⁴) di apposito modello informativo, a seguito della quale viene rilasciato un codice identificativo di riconoscimento (CIR)³⁵ da utilizzarsi per pubblicizzare, anche su piattaforme digitali o siti internet di prenotazione ricettiva, l'alloggio oggetto di locazione turistica³⁶.

quale rinvia poi a un regolamento (Regolamento regionale n. 4 dell'8 giugno 2018) per la definizione delle norme di attuazione e prevede un articolato sistema di vigilanza e di sanzioni.

³⁰ La l.r. Lombardia 1 ottobre 2015, n. 27 («Politiche regionali in materia di turismo e attrattività del territorio lombardo»), molto articolata ed organica, all'art. 18 classifica le strutture ricettive, contemplando anche quelle non alberghiere (comprese le case per ferie e quelle per vacanze).

³¹ La l.r. Veneto 14 giugno 2013, n. 11 («Sviluppo e sostenibilità del turismo veneto»), anch'essa molto dettagliata, all'art. 27 disciplina le strutture ricettive complementari (sono le strutture ricettive aperte al pubblico, a gestione unitaria, situate in un edificio con spazi e servizi offerti al turista diversi rispetto a quelli delle strutture ricettive alberghiere), riconducendo a questa categoria anche gli alloggi turistici e le case per le vacanze.

³² La l.r. Emilia-Romagna 28 luglio 2004, n. 16 («Disciplina delle strutture ricettive dirette all'ospitalità») prevede quattro tipologie di strutture ricettive, tra cui quelle extra-alberghiere (case per ferie, ostelli, rifugi alpini, rifugi escursionistici, affittacamere, case e appartamenti per vacanza gestiti in forma di impresa). Rientrano, invece, nelle «altre tipologie ricettive» gli appartamenti ammobiliati per uso turistico dati in locazione in numero non superiore a tre, nel corso di una più stagioni turistiche, con contratti aventi validità non superiore a sei mesi consecutivi, senza la fornitura di servizi aggiuntivi e sempre che l'attività non sia organizzata in forma di impresa.

³³ La l.r. Lazio 6 agosto 2007, n. 13 («Organizzazione del sistema turistico laziale ...») distingue le strutture ricettive in alberghiere, extra-alberghiere e all'aria aperta. Sono extra-alberghiere «le strutture ricettive attrezzate per il soggiorno a fini turistici di persone singole o gruppi, organizzate e gestite da persone fisiche, società, enti pubblici o privati senza scopo di lucro, da enti religiosi, da associazioni per il conseguimento di finalità ricreative, assistenziali, sociali, culturali, religiose o sportive, nonché da enti pubblici o privati per il soggiorno dei propri dipendenti».

³⁴ Art. 27-bis, l.r. Veneto 11/2013.

³⁵ Corte cost. 84/2019, dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 1, lett. a)-c) della l.r. Lombardia n. 7/2018 sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri in riferimento agli artt. 3 e 117 Cost., ha statuito che: «Il legislatore regionale lombardo – nel prevedere che anche i locatori turistici e i relativi intermediari debbano munirsi di un apposito codice identificativo di riferimento per ogni singola unità ricettiva, da utilizzare nella pubblicità, nella promozione e nella commercializzazione dell'offerta turistica – ha infatti inteso creare una mappa del rilevante nuovo fenomeno della concessione in godimento a turisti di immobili di proprietà a prescindere dallo svolgimento di un'attività imprenditoriale, e ciò al fine precipuo di esercitare al meglio le proprie funzioni di promozione, vigilanza e controllo sull'esercizio delle attività turistiche. Le disposizioni censurate pongono quindi un adempimento amministrativo precedente ed esterno al contratto di locazione turistica, sanzionando i correlativi inadempimenti, senza incidere sulla libertà negoziale e sulla sfera contrattuale che restano disciplinate dal diritto privato». Inoltre, «tale adempimento va effettuato una sola volta e pertanto non può dirsi eccessivamente gravoso, né eccessivamente gravoso è l'obbligo di indicare il CIR nei siti web o nelle altre forme di pubblicità tradizionali, non comportando alcun costo aggiuntivo o l'adozione di particolari accorgimenti organizzativi a carico dei locatori».

³⁶ Più tradizionale l'impostazione seguita dalla l. r. Calabria 7 agosto 2018, n. 34 («Norme sulla classificazione delle strutture ricettive extralberghiere»): ai sensi dell'art. 4, sono case e appartamenti le strutture ricettive che forniscono alloggio, per diverse finalità (vacanza, business, turismo sanitario, ecc.) ed eventualmente servizi complementari presso unità immobiliari di civile abitazione, composte da uno o più locali arredati, dotate di servizi igienici e di cucina autonoma, collocati in un unico complesso o in più complessi immobiliari all'interno dello stesso territorio comunale. L'attività può essere svolta soltanto a seguito di presentazione di Scia, mentre i gestori debbono comunicare, a fini statistici, il movimento degli ospiti, in arrivo o in partenza, registrato il mese precedente e fornire all'autorità di pubblica sicurezza ogni comunicazione

Secondo il modello del *command and control*³⁷, dunque, queste disposizioni regionali hanno sottoposto l'attività privata a un regime amministrativo tendenzialmente leggero (normalmente richiedendo, quale titolo abilitativo per svolgere l'attività medesima, la Scia), contemplando doveri, controlli e sanzioni. Norme derogatorie sono normalmente (ma non sempre) dettate per le locazioni a uso turistico³⁸, mentre negli ultimi anni iniziano a fiorire disposizioni specifiche relative alle piattaforme telematiche (fulcro centrale della *sharing economy*) soprattutto per monitorare il fenomeno non soltanto a fini statistici ma anche fiscali e di tutela dell'utenza.

Sul fronte della programmazione giova fare riferimento al Piano strategico del turismo 2017-2022 approvato dal Consiglio dei Ministri contenente appunto la programmazione in materia di economia del turismo.

Tale atto sottolinea la necessità di definire una disciplina unica nazionale sulle attività di "*sharing*", professioni turistiche, intermediazione, demanio e imposta di soggiorno, invocando «l'adeguamento normativo per regolamentare i nuovi modelli di business favoriti dalla digitalizzazione e dalla *sharing economy*, anche al fine di favorire l'emersione fiscale e contributiva; un più efficace contrasto nei confronti degli abusi di posizione dominante; l'introduzione di un regime fiscale che incentivi gli interventi di ammodernamento; gli investimenti digitali e materiali; la fusione di piccole imprese nel settore turistico»³⁹.

Il Piano suggerisce di addivenire all'approvazione di una Legge Quadro statale in materia di professioni turistiche che agevoli la creazione/formazione di nuove figure professionali adeguate (dalle competenze legate al web e ai social *network/media*, alla conoscenza delle lingue, in particolare dei Paesi emergenti, al *revenue/pricing management*).

Non sono infine mancate proposte di legge ("settoriali" sull'*home restaurant* oppure *omnibus* sull'economia collaborativa, il cosiddetto *sharing economy act*), che non sono però sfociate nell'approvazione formale da parte del Parlamento.

relativa alle persone alloggiate, secondo la normativa vigente. Anche in questo caso, si rinviene una norma speciale sugli appartamenti ammobiliati a uso turistico (art. 19): «non sono soggetti alla disciplina dell'esercizio delle case o appartamenti per vacanza i proprietari o usufruttuari che danno in locazione a turisti case e appartamenti in numero non superiore a tre, nel corso di una o più stagioni turistiche, con contratti aventi validità non superiore ai sei mesi consecutivi, senza la fornitura di servizi aggiuntivi e a condizione che l'attività non sia organizzata sotto forma di impresa».

³⁷ Invero, la l.r. Piemonte 13/2017 stabilisce all'art. 19 che la Giunta regionale, nell'ambito degli strumenti di programmazione adottati in base alla normativa comunitaria, nazionale e regionale, realizza azioni di sostegno, sviluppo e promozione dell'offerta turistica del comparto ricettivo extra-alberghiero.

³⁸ Rispetto alle quali, tra l'altro, è stata di recente istituita la banca dati delle strutture ricettive e degli immobili destinati alle locazioni brevi (l'art. 13-*quater*, d.l. n. 34/2019, conv. nella legge n. 58/2019), destinata a raccogliere e ordinare le informazioni trasmesse dalle Regioni e dalle Province autonome inerenti le strutture medesime.

³⁹ In particolare, si afferma che «in materia di *sharing economy*, in assenza di una normativa UE specifica per il turismo, appare indispensabile e prioritario giungere a un'armonizzazione a livello nazionale delle norme regionali nel settore extra-alberghiero, che spesso disciplinano in modo differente fenomeni simili e a una regolamentazione unitaria della intermediazione online, al fine di tutelare il consumatore, arginare la concorrenza sleale e l'evasione/elusione fiscale e assicurare maggiore sicurezza».

5. Il problema fiscale: cenni

Un'ulteriore delicata implicazione della *sharing economy* è quella fiscale.

Viene qui in rilievo l'art. 4 (regime fiscale delle locazioni brevi), d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito nella legge 21 giugno 2017, n. 96.

Il comma 1 dispone che «ai fini del presente articolo, si intendono per locazioni brevi i contratti di locazione di immobili ad uso abitativo di durata non superiore a 30 giorni, ivi inclusi quelli che prevedono la prestazione dei servizi di fornitura di biancheria e di pulizia dei locali, stipulati da persone fisiche, al di fuori dell'esercizio di attività d'impresa, direttamente o tramite soggetti che esercitano attività di intermediazione immobiliare, ovvero soggetti che gestiscono portali telematici, mettendo in contatto persone in cerca di un immobile con persone che dispongono di unità immobiliari da locare».

La categoria di riferimento è dunque quella della locazione breve, di cui si fornisce una definizione che è slegata dall'esperienza della disciplina nazionale e regionale sulla ricettività extra-alberghiera⁴⁰, posto che essa ha quale proprio essenziale fondamento il criterio della durata, mentre non rileva la finalità turistica. Inoltre, si richiede la stipula di un contratto di locazione, laddove, ad esempio, con riferimento alle case appartamento per vacanze o alle locazioni turistiche tramite portali si rinviene al più un contratto atipico.

Si noti tra l'altro che la norma (oltre ad accennare soltanto a una tipologia di servizi accessori, trascurando, ad esempio, quelli più comuni, quali la prima colazione), fa riferimento alle gestioni svolte al di fuori dell'esercizio di attività di impresa, anche tramite soggetti che gestiscono piattaforme.

Per quanto maggiormente interessa ai nostri fini, con riferimento ai redditi derivanti dai contratti di locazione breve, l'art. 4 prevede l'opzione del regime agevolato dell'aliquota del 21% nella forma della cedolare secca.

La disciplina interessa anche gli intermediari e i gestori di portali: secondo quanto stabilito dai commi 4, 5 e 5-bis, infatti, tali soggetti trasmettono i dati relativi alle locazioni brevi concluse per il loro tramite entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello a cui si riferiscono i predetti dati⁴¹. Inoltre, i soggetti residenti nel territorio dello Stato che esercitano attività di intermediazione immobiliare, nonché quelli che gestiscono portali telematici, mettendo in contatto persone in ricerca di un immobile con persone che dispongono di unità immobiliari da locare, qualora incassino i canoni o i corrispettivi relativi ai contratti, ovvero qualora intervengano nel pagamento dei predetti canoni o corrispettivi, operano, in qualità di sostituti d'imposta, una ritenuta del 21% sull'ammontare dei canoni e corrispettivi all'atto del pagamento al beneficiario e provvedono al relativo versamento. Ove i medesimi soggetti non siano residenti in Italia, ma ivi risultino in possesso di una stabile organizzazione, qualo-

⁴⁰ In realtà (con un movimento per così dire opposto), la l.r. Lombarda sopra cit., come modificata dalla l.r. n. 7/2018, disponendo ai fini della commercializzazione (art. 38) l'equiparazione delle case per vacanze alle strutture ricettive alberghiere, fa perdere al locatore il beneficio di esercitare l'opzione della cosiddetta "cedolare secca" cui si accenna nel testo: sui problemi (anche in ragione del tema del riparto di competenze legislative) legati a questa disciplina, v. C. PENNAROLA, *Alloggi per finalità turistiche e strutture ricettive "case per vacanze" (CAV): locazioni nella legislazione regionale della Lombardia*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2018, p. 81.

⁴¹ L'omessa, incompleta o infedele comunicazione di tali dati è punita con la sanzione amministrativa da € 250 a € 2000. La sanzione è ridotta alla metà se la trasmissione è effettuata entro i quindici giorni successivi alla scadenza, ovvero se, nel medesimo termine, è effettuata la trasmissione corretta dei dati.

ra incassino i canoni o i corrispettivi relativi ai contratti, ovvero qualora intervengano nel pagamento dei predetti canoni o corrispettivi, adempiono agli obblighi *de quibus* tramite la stabile organizzazione. I soggetti non residenti riconosciuti privi di stabile organizzazione in Italia, invece, ai fini dell'adempimento degli obblighi, in qualità di responsabili d'imposta, nominano un rappresentante fiscale ⁴².

Questa normativa ha dato origine a un acceso contenzioso che ha visto protagonista Airbnb.

Va premesso che vi è stata una segnalazione (del 24 novembre 2017 – AS1451) dell'Autorità Garante *antitrust* ai Presidenti dei due rami del Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri, basata sulla valutazione della disciplina come misura potenzialmente idonea ad alterare la concorrenza tra i diversi operatori.

Per tornare al giudizio incardinato presso il giudice amministrativo, la società ha rifiutato di operare la ritenuta, non considerandosi intermediario e ha impugnato il provvedimento delle Entrate 132395/2017 del 12 luglio 2017 di attuazione della norma sugli affitti brevi perché contraria al diritto dell'Unione europea in quanto, tra l'altro, la normativa nazionale avrebbe posto a carico dei soggetti che esercitano attività di intermediazione immobiliare mediante la gestione di portali telematici una serie di obblighi irragionevoli e sproporzionati (raccolta e comunicazione dei dati delle locazioni all'Agenzia delle entrate, ritenuta fiscale sui pagamenti eventualmente effettuati loro tramite con conseguente versamento all'Erario, obbligo di nomina di un rappresentante fiscale nell'ipotesi prevista dall'art. 4, comma 5-*bis*, cit.).

Il percorso processuale è stato abbastanza tortuoso e non è ancora concluso: il Tar Lazio, dopo aver respinto la domanda cautelare con ordinanza 18 ottobre 2017, n. 5442 ⁴³, ha respinto il ricorso anche nel merito con la sentenza 18 febbraio 2019, n. 2207, non rilevando la violazione da parte della disciplina nazionale dei principi europei in materia di concorrenza, diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi, né delle direttive 2000/31/CE ("direttiva *e-commerce*") e 2006/123/CE ("direttiva servizi"). In appello, con ordinanza 26 gennaio 2021, n. 777, in qualità di Giudice di ultima istanza, il Consiglio di Stato ha ritenuto di sollevare talune questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'UE, tra cui quella relativa alla compatibilità della norma interna "incriminata" con i principi europei in materia di libera prestazione dei servizi.

Ciò che interessa qui sottolineare è il fatto che la ricorrente aveva censurato l'atto dell'Agenzia delle entrate invocando tra l'altro gli effetti distorsivi della concorrenza creati dal nuovo regime, l'irragionevolezza degli oneri di riconversione e riorganizzazione imprenditoriale, ai fini di ottemperare al regime me-

⁴² In assenza di nomina del rappresentante fiscale, i soggetti residenti nel territorio dello Stato che appartengono allo stesso gruppo dei soggetti non residenti riconosciuti privi di stabile organizzazione in Italia sono solidalmente responsabili con questi ultimi per l'effettuazione e il versamento della ritenuta sull'ammontare dei canoni e corrispettivi relativi ai contratti di locazione breve.

⁴³ Airbnb ha proposto appello cautelare contro detta decisione del Giudice di primo grado e il Cons. Stato, sez. IV, con ordinanza 13 dicembre 2017, n. 5403, ha ritenuto di fissare il c.d. merito a breve. Il medesimo Cons. Stato, sez. IV, ord. 8 giugno 2017, n. 2587 ha (per ragioni processuali, in ragione del fatto che la domanda avrebbe dovuto essere proposta in primo grado), ha dichiarato inammissibile l'ulteriore riproposizione in appello dell'istanza cautelare di sospensione.

desimo, nonché il carattere discriminatorio dell'obbligo di versamento della ritenuta.

Come detto, si attende ora la decisione della Corte di giustizia dell'UE ⁴⁴.

6. Il tema di fondo: la liberalizzazione e le sue esigenze

È però opportuno ritornare al tema del regime amministrativo introdotto dalle leggi regionali e, cioè, all'intensità della "barriera" di accesso al mercato delle locazioni per uso turistico così delineato e sulla ragionevolezza dello stesso.

In alcuni casi, si è assistito alla definizione di regole limitative dell'attività extra-alberghiera (determinando così un vantaggio per quella alberghiera), in forza dell'inasprimento dei requisiti richiesti per il suo esercizio. Si tratta, in particolare, della previsione di vincoli di natura dimensionale e temporale.

Con tutta evidenza, vengono qui in rilievo i principi di libera concorrenza e i correlati valori di parità di trattamento e non discriminazione.

Va premesso che la direttiva 2006/123/CE ("direttiva servizi") definisce i prestatori di servizi come qualsiasi persona fisica o giuridica che offre qualsiasi attività economica a titolo autonomo, fornita normalmente dietro retribuzione: la disposizione non impone né una certa frequenza nello svolgimento dell'attività, né che il prestatore agisca necessariamente in qualità di "professionista".

La già citata agenda europea per l'economia collaborativa del 2 giugno 2016, COM(2016) 356 final, al riguardo, chiarisce che «la normativa dell'UE non stabilisce esplicitamente in quale momento un pari diventa un prestatore di servizi professionali nell'economia collaborativa. Gli Stati membri adottano criteri diversi per distinguere tra i servizi professionali e i servizi tra pari. Alcuni Stati membri definiscono come servizi professionali i servizi forniti dietro retribuzione, mentre i servizi tra pari si basano sul semplice rimborso dei costi sostenuti dal prestatore di servizi. Altri Stati membri operano questa distinzione utilizzando delle soglie. Tali soglie sono spesso determinate su base settoriale, tenendo conto del livello di reddito generato o della regolarità con cui si fornisce il servizio. Al di sotto di tali soglie, i prestatori di servizi sono di solito soggetti a requisiti meno restrittivi. Le soglie, stabilite in modo ragionevole, possono rappresentare un criterio utile e possono contribuire a creare un quadro normativo chiaro a beneficio dei prestatori di servizi non professionali» ⁴⁵.

Emerge dunque che il principio cardine che deve essere rispettato è quello di proporzionalità/ragionevolezza.

Pure la risoluzione 15 giugno 2017 del Parlamento europeo sull'agenda europea per l'economia collaborativa, cit., evidenzia che «i requisiti di accesso al

⁴⁴ In argomento, v. M.E. BUCALO, *I servizi delle piattaforme online fra giurisprudenza sovranazionale e interna e necessità di regolazione dell'economia collaborativa. Riflessioni a partire dal caso Airbnb*, in *federalismi.it*, 22, 2020, p. 66 ss.; C. ALVISI, *Problemi di governo della "sharing economy" nel settore delle locazioni turistiche e del "bike-sharing"*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 4, p. 917 ss.

⁴⁵ Continua l'Agenda: «Ai fini della regolamentazione delle attività in questione, i privati che offrono servizi attraverso piattaforme di collaborazione su base occasionale e tra pari (peer-to-peer) non dovrebbero essere automaticamente considerati come prestatori di servizi professionali. La definizione di soglie (eventualmente settoriali) al di sotto delle quali un'attività economica si qualifica come non professionale e tra pari può rappresentare un approccio adeguato».

mercato per le piattaforme collaborative e i prestatori di servizi devono essere necessari, giustificati e proporzionati, come previsto dai trattati e dal diritto secondario, nonché semplici e chiari»; sottolinea che tale «valutazione dovrebbe considerare se i servizi siano prestati da professionisti oppure da privati, subordinando i fornitori tra “pari” (*peer-to-peer*) a requisiti giuridici meno restrittivi, nonché garantire al tempo stesso standard di qualità e un elevato livello di protezione dei consumatori e tenere conto delle differenze settoriali».

Ciò chiarito in generale, è di interesse richiamare, in particolare, quanto accaduto in Italia nella Regione Lazio, anche perché la vicenda si è soprattutto sviluppata sul piano della concorrenza e della liberalizzazione.

Con regolamento 7 agosto 2015, n. 8, recante la nuova disciplina delle strutture ricettive extra-alberghiere, sono stati previsti periodi di chiusura obbligatoria per le strutture gestite in forma non imprenditoriale, consentendo tra l'altro al Comune di imporre chiusure ulteriori solo per le strutture non imprenditoriali, e vincoli dimensionali delle strutture in termini di metratura minima obbligatoria di alcuni spazi. Per altro verso, si è stabilito che Roma Capitale può individuare zone del proprio territorio da destinare all'apertura di ostelli per evitare un'eccessiva concentrazione di strutture in determinate zone urbane.

Utilizzando il potere, conferito dalla legge (21-*bis*, legge n. 287/1990), di proporre direttamente ricorso dinanzi al Giudice amministrativo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (appunto a tutela della concorrenza) ha impugnato siffatto regolamento, deducendo il contrasto, tra l'altro, con la disciplina sulla liberalizzazione delle attività economiche e sulla riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese (art. 3, comma 7, del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011).

Il TAR Lazio, sez. I-*ter*, 13 giugno 2016, n. 6755, ha accolto il ricorso, rimarcando che due sono i principi rilevanti in materia: quello secondo il quale deve essere ritenuto permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge (in alcuni casi specifici: vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, obblighi internazionali e il contrasto con i principi fondamentali della Costituzione ecc.); quello in forza del quale l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi, in quanto espressione della libertà di iniziativa economica, non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie e tali limitazioni, per risultare legittime, devono comunque risultare giustificate da motivi imperativi d'interesse generale.

La distinzione di regime in ragione del carattere imprenditoriale o non imprenditoriale dell'attività è stata dunque ritenuta irragionevole, come non giustificato, più in generale, è stato ritenuto il regime che limita l'accesso all'attività ricettiva extra-alberghiera.

Non si può, tuttavia, trascurare l'emersione di un'esigenza sempre più crescente specialmente nelle grandi metropoli che potrebbe condizionare la piena liberalizzazione delle locazioni brevi a scopo turistico soprattutto mediante l'uso di portali telematici: si tratta, in particolare, della drastica riduzione di offerta di alloggi per locazioni di media o lunga durata (e del contestuale aumento dei canoni) a fronte del massiccio ricorso – per la loro maggiore flessibilità e remuneratività – a locazioni brevi, e ciò a danno soprattutto dei lavoratori residenti ⁴⁶.

⁴⁶ Nel parere del Comitato europeo delle regioni dal titolo «Un quadro europeo per le risposte normative all'economia collaborativa (2020/C 79/08), si afferma testualmente che il Comitato

La questione è stata oggetto di una recente decisione della Corte di giustizia dell'UE⁴⁷ che ha reputato compatibile con i principi stabiliti dalla direttiva 2006/123/CE una norma francese che, per motivi diretti a garantire un'offerta sufficiente di alloggi destinati alla locazione a lungo termine economicamente accessibili, ha sottoposto talune locazioni, esercitate in maniera reiterata e per brevi periodi, a un regime di autorizzazione preventiva applicabile in determinati comuni in cui i canoni di locazione risultano particolarmente elevati. Siffatto regime autorizzatorio, in particolare, sarebbe sia giustificato da un motivo imperativo di interesse generale (vale a dire la lotta contro la scarsità di alloggi destinati alla locazione), sia proporzionato all'obiettivo perseguito, dato che quest'ultimo non avrebbe potuto essere conseguito tramite una misura meno restrittiva (quale, ad esempio, un controllo *ex post* sull'attività economica).

7. L'impatto sull'uso del territorio

Si è fatto fin qui cenno soprattutto alla questione della ragionevolezza del regime amministrativo alla luce dell'esigenza di proteggere la concorrenza.

Non va però taciuto che il fenomeno della *sharing economy* nel settore ricettivo extra-alberghiero impatta anche su un altro importante interesse pubblico, quello alla corretta gestione del territorio.

La vicenda richiamata al paragrafo precedente, d'altro canto, mostra che anche la pianificazione urbanistica – come anticipato, in quel caso si trattava del potere di individuare zone da destinare all'apertura di ostelli per evitare un'eccessiva concentrazione di strutture in determinate zone urbane – può essere uno strumento per condizionare l'attività ricettiva⁴⁸.

Vengono poi in rilievo temi emersi più di recente, quali la rigenerazione urbana e il recupero delle periferie: al fine di potere sfruttare al meglio gli immobili, infatti, spesso si interviene sull'uso del territorio⁴⁹.

Al riguardo, una riflessione di massima che può essere svolta attiene al fatto che la diffusione della *sharing economy* rischia di alimentare fenomeni di intervento individuale, piuttosto che azioni di carattere organico.

Un altro problema è quello della c.d. *gentrification*⁵⁰ e, cioè, dell'alterazione del mercato immobiliare residenziale e, soprattutto, di perdita delle identità locali (il termine deriva da *gentry*, parola che indica la piccola nobiltà inglese), anche per la crescente emersione di fenomeni di *overtourism* (basti pensare,

«deplora inoltre profondamente il fenomeno di esclusione dal mercato immobiliare dei residenti locali che si verifica oggi in diverse grandi città, per via dell'aumento dei prezzi degli immobili dovuto al fatto che un gran numero di unità abitative è riservato alla locazione a breve termine a turisti tramite piattaforme online».

⁴⁷ CGUE, 22 settembre 2020, C-724/18 e C-727/18, *Cali Apartments SCI e HX contro Procureur général près la cour d'appel de Paris e Ville de Paris*.

⁴⁸ Sui regolamenti comunali "conformativi" di situazioni giuridiche soggettive, ricco di spunti ed elementi di riflessione è lo studio di M.C. ROMANO, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Napoli, 2012, *passim*.

⁴⁹ In argomento, v. M. IMMORDINO-G. DE GIORGI CEZZI-N. GULLO-M. BROCCA, *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020, *passim*.

⁵⁰ Dobbiamo alla Prof. Annalisa Giusti l'indicazione del problema e la messa a disposizione di materiale legato a un progetto di ricerca predisposto dall'Università di Perugia. Sul tema, cfr. A. CÓCOLA GANT, *Tourism gentrification*, in L. LEES-M. PHILLIPS (a cura di), *Handbook of Gentrification Studies*, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 281 ss.

al riguardo, al noto caso dei tornelli installati a Venezia per regolare i flussi turistici): il quartiere smarrisce le proprie caratteristiche originarie⁵¹.

Questo rischio potrebbe essere alla base di una forma diversa di reazione rispetto al modello di cui si discute, questa volta alimentata non già da operatori alberghieri “concorrenti”, bensì dai residenti, i quali rivendicano il diritto al mantenimento dei caratteri identitari del patrimonio urbano a fronte di fenomeni di omologazione turistica (si pensi all'esaltazione dei profili più commerciali e banali dei quartieri al fine di attirare clienti e alla perdita di identità degli appartamenti privati, che tendono a una forma diversa, ma egualmente significativa, di omologazione) e di globalizzazione estetica e culturale⁵².

8. L'impatto sui (e il riflesso di) modelli culturali e sociali

Tenendo conto delle indicazioni fornite *supra*, par. 3, è ora possibile tentare di svolgere qualche riflessione conclusiva.

Si è visto che, in Italia, l'intervento pubblico relativamente al fenomeno qui in esame ha utilizzato le leve della disciplina turistica, urbanistica e fiscale (in quest'ultimo caso, soprattutto per fare cassa, nel primo e nel secondo caso per una corretta e ordinata gestione dei flussi turistici e del territorio)⁵³.

Ciò è avvenuto non senza difficoltà, dovute sia a fattori di contesto (il tema del riparto di competenze legislative tra Stato e regioni alla luce delle varie materie che il fenomeno analizzato intercetta: turismo, governo del territorio, beni culturali, concorrenza, ordine pubblico, tributi, ordinamento civile ... per citare quelle più significative), sia al fatto che la liberalizzazione è stata realizzata in modo talora timido, spesso inasprendo irragionevolmente i requisiti solo per gli operatori di questo ambito di mercato.

D'altra parte, va al contempo rimarcato che la compresenza di numerosi interessi degni di protezione (da quello degli operatori professionali tradizionali rispetto a possibili forme di concorrenza sleale a quello degli utenti a fruire di servizi che soddisfino *standards* minimi di sicurezza e qualità, fino a quello dei residenti e dei lavoratori del settore) richiede il ricorso a un *set* ragionevole e proporzionato di strumenti propri del modello del *command and control*, tanto più giustificati se si pone mente al fatto che la *self-regulation* delle piattaforme non pare da sola in grado di porre adeguato rimedio alle esternalità negative (alterazione del mercato immobiliare delle locazioni residenziali, *overtourism*, *gentrification*, perdita dei caratteri identitari di interi quartieri, ecc...) che il fenomeno sopra descritto produce.

Circa la questione fiscale, poi, deve essere rimarcata la rilevanza essenzia-

⁵¹ Sulla tutela dei centri storici rispetto agli impulsi della *sharing economy*, si v. E.N. FRAGALE, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*, in *Munus*, 3, 2020, p. 549 ss., in part. p. 570 ss.; N. PICA, *Attività economiche sottoposte a regolamentazione amministrativa e sharing economy. Il caso delle locazioni turistiche (cd. home sharing)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2020, in part. p. 896 ss.

⁵² V. M. BERNARDI, *The impact of AirBnB on our cities: Gentrification and 'disneyfication' 2.0*, in *Labgovcity*, 2018.

⁵³ Va altresì rilevato il difficile riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni per disciplinare il fenomeno nella sua interezza: quella regionale in materia di turismo extra-alberghiero e governo del territorio, nonché quella statale in materia di tutela della concorrenza, pubblica sicurezza, tributi, ordinamento civile.

le che, all'interno della *sharing economy* nel settore c.d. extra-alberghiero, assumono internet e i portali che, oltre a mettere in connessione domanda e offerta, consentono anche di tracciare le transazioni. In questo contesto, come visto, l'amministrazione pubblica può "sfruttare" l'esistenza dei siti, chiedendo ai gestori degli stessi di fare da sostituto d'imposta, recuperando pienamente il settore all'imposizione fiscale⁵⁴.

Si è più in generale al cospetto di un fenomeno che può essere inquadrato alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale: l'amministrazione può usare le forze che si coagulano spontaneamente nell'economia per raggiungere i suoi scopi (la tassazione, la liberalizzazione e l'apertura del mercato), attraverso una regolazione flessibile e adattativa, in base alla quale risulta "... necessario pensare alle regole ed alle scelte giuridiche come fossero ipotesi di lavoro, piuttosto che soluzioni», nel senso che esse debbono essere «metodicamente verificate e corrette, attraverso apparati e procedure capaci di accumulare e di elaborare le informazioni tratte dall'osservazione dei risultati conseguiti, cioè idonei a innescare e stimolare dinamiche di apprendimento»⁵⁵.

Si è accennato all'importanza delle tecnologie.

Attraverso lo *smart-phone* una platea sempre più elevata di persone può scegliere prodotti e servizi e poi valutarli⁵⁶. Ciò pone in luce anche un ulteriore lato del problema, che coinvolge, in modo diverso, il potere pubblico.

Guardando alla *sharing economy* nel settore della ricettività extra-alberghiera, cioè, si colgono con estrema chiarezza alcuni caratteri che esibisce l'emersione di un nuovo modello di consumo e di condivisione.

Si assiste non solo all'atomizzazione e alla frammentazione della platea dei consumatori, ma anche a una sorta di nuova forma di "autogestione" del mercato, in cui la qualità del servizio viene garantita non tanto dalla regolazione amministrativa, ma dal sistema delle recensioni espresse dalla "comunità".

⁵⁴ Parere del Comitato economico e sociale europeo su «Tassazione dell'economia collaborativa – analisi di possibili politiche fiscali di fronte alla crescita dell'economia collaborativa» (parere esplorativo richiesto dalla presidenza estone) (2018/C 081/09). Più di recente, si v. il parere del medesimo comitato in ordine a «Tassazione dell'economia collaborativa – gli obblighi di reporting» (supplemento di parere) del 30 giugno 2020. V., da ultimo, la direttiva 2021/514/UE del Consiglio del 22 marzo 2021 recante modifica della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, che estende l'obbligo della comunicazione di dati fiscali anche alle transazioni di beni e servizi che vengono offerti attraverso le piattaforme telematiche.

⁵⁵ M. CAFAGNO-D. D'ORSOGNA-F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in L. URBANI ULIVI (a cura di), *Strutture di mondo. Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, Bologna, 2015, p. 253, i quali, invero, si riferiscono al settore ambientale, anche se le medesime riflessioni possono essere svolte nell'ambito oggetto di esame in questa sede.

⁵⁶ V. Comitato economico e sociale europeo, parere del 15 dicembre 2016 (2017/C 075/06) cit.: «2.1. La cultura sociale, i modelli di consumo e le modalità di soddisfacimento dei bisogni dei consumatori stanno attraversando un processo di profonda trasformazione, di revisione e razionalizzazione dei consumi in una prospettiva più inclusiva, in cui i fattori di prezzo si intrecciano con l'impatto ambientale e l'impronta sociale dei prodotti e dei servizi, il tutto pervaso dall'effetto dirompente di Internet e delle reti sociali.

2.2. Il possesso di beni per uso personale, il denaro contante e il lavoro dipendente a tempo indeterminato in situ saranno progressivamente sostituiti da scambi virtuali, accesso condiviso, denaro digitale e una maggiore flessibilità della manodopera.

2.3. Nella transizione verso nuove forme di produzione e consumo, taluni settori dell'attività economica sono stati spazzati da un poderoso tsunami provocato dalla comparsa di nuovi attori, alcuni dei quali sono motivati da una volontà di cooperazione e dall'impegno per la comunità, altri semplicemente dall'opportunità di fare affari (non sempre rispettando la parità di condizioni)».

Ci si può demandare se ciò comporti un miglioramento della tutela dell'utente⁵⁷, anche se deve aggiungersi (per citare ancora le parole dell'agenda europea per l'economia collaborativa) che «la normativa dell'UE in materia di consumatori e di marketing è stata tradizionalmente concepita per disciplinare transazioni in cui vi è una parte più debole che va tutelata (generalmente il consumatore). L'economia collaborativa confonde tuttavia la linea di distinzione tra consumatori e imprese dal momento che implica un rapporto multilaterale che può comprendere transazioni tra imprese, tra impresa e consumatore, tra consumatore e impresa e tra consumatori. In tali rapporti non è sempre chiaro chi sia la parte più debole da tutelare».

Soprattutto, anche riprendendo alcuni degli spunti emersi nel corso del paragrafo precedente, ci si deve chiedere se la visione dominante che in tal modo si impone non sia forse quella di un contesto che offre possibilità innumerevoli alle persone che sono *smart* e in grado di condividere⁵⁸, escludendo invece le altre che non vogliono fruire di quelle possibilità o che ne subiscono gli effetti negativi (si pensi ai residenti).

Tutto ciò porta a rivalutare un ruolo essenziale del potere pubblico, quello, cioè, di farsi carico degli interessi di tutti, quasi per attenuare gli eccessi dell'approccio della *sharing economy*. Si tratta di esperienze che, pur rilevanti e utili, non dovrebbero risultare forzatamente totalizzanti.

Il richiamo alla necessità di assicurare i principi della sostenibilità (anche ambientale e urbana) e la finalizzazione costante dell'attività pubblica alla garanzia dello sviluppo della persona umana potrebbero condurre a una rivalutazione del ruolo degli enti, soprattutto di quelli territoriali⁵⁹. Essi sono chiamati a vigilare affinché le iniziative fondate sulla condivisione (nella misura in cui generino "esternalità") non comportino un'alterazione insostenibile dell'equilibrio del territorio e non pregiudichino la "persona umana" in tutte le sue valenze.

Ciò non può ovviamente portare a trascurare i principi di non discriminazione e l'obiettivo di liberalizzazione delle attività economiche: significa piuttosto tentare di assicurare il giusto equilibrio tra quelle dimensioni (viaggio/vacanza – ospitalità – progresso e rispetto dell'uomo) dal cui richiamo ha preso origine il presente scritto.

⁵⁷ Alcuni limiti di questo sistema reputazionale sono stati messi in luce da G. MENEGUS, *Processi di regolazione della sharing economy: oltre la self-regulation*, cit., pp. 1443-1445.

⁵⁸ Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *federalismi.it*, 2015.

⁵⁹ La valorizzazione del ruolo delle autonomie locali nella "gestione" del fenomeno analizzato in questa sede sembra essere condivisa in dottrina: sul punto, v. E.N. FRAGALE, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*, cit., pp. 581-582.



COMMENTI

Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta

Golden powers and food security: the “Syngenta case”

Marco Lonardi*

ABSTRACT

Con una recente decisione (TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4488), il giudice amministrativo ha confermato il veto apposto dal Governo italiano ad un'importante operazione di acquisizione societaria da attuarsi nel settore della produzione delle sementi.

La pronuncia – oggetto presente contributo – suscita particolare interesse per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, trattasi del primo caso in cui ad essere sottoposta al sindacato giurisdizionale amministrativo in materia di golden powers è un'operazione societaria afferente al settore agroalimentare. Secondariamente, mediante tale decisione sono state fornite diverse specifiche con riguardo alla portata applicativa della disciplina, essendosi il giudice soffermato in particolar modo sulla natura da attribuirsi alla valutazione governativa in merito all'esercizio dei poteri e sui rapporti intercorrenti tra l'esecutivo e il Gruppo di coordinamento, istituito al fine di fornire un ausilio al Governo durante la fase di raccolta delle informazioni ed avente poteri sostanzialmente istruttori.

In altri termini, mediante tale pronuncia viene fatta chiarezza sulla natura dei poteri speciali, la cui disciplina, anche a cagione del profluvio di interventi correttivi succedutisi nel tempo, appare alquanto nebulosa e caratterizzata, quanto al testo normativo, da una certa aura di indeterminatezza.

La pronuncia in esame ha il merito di chiarire alcuni punti controversi della normativa, in specie con riguardo a taluni aspetti procedurali, nonché di prendere una posizione sulla qualificazione da attribuirsi alla decisione governativa concernente l'esercizio di tali poteri, la quale viene indicata come una scelta di «alta amministrazione».

Through a quite recent pronouncement (Lazio's Regional Administrative Court, decision n. 4488/2022) the Italian Administrative Court ruled that the Government veto blocking the purchase of seed producer Verisem by the Chinese-owned Syngenta was valid and released complying with the in force golden powers regulation.

The above-mentioned decision – covered by this essay – sparks interest because of two main explanations: first and foremost, taking advantage of the decree emanated by the Italian Prime Minister considering Verisem's business as a national strategic business, for the first time since the Italian golden powers legislation have been issued the Italian Administrative Court has paid attention on a commercial operation carried out within the food-farming and agroindustrial sector.

Furthermore, by that verdict the judging Council has pointed out many specifications regarding the implementation process of the golden power legislation, drawing at-

* Dottore magistrale in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano Statale.

tention to the nature and the features that should be conferred to the governmental assessment by which the Italian Government evaluates the opportunity of exercising golden powers.

The judge has also provided some relevant indications about the connection existing among the Government and the recently instituted Coordination Group, specifically set up for the purposes of providing assistance during the gathering information phase and expressly endowed with inquiring powers.

In other words, the pronouncement has examined in depth some procedural aspects clarifying the peculiarity of the existing golden powers regulatory framework, which appears quite nebulous and fragmented, especially due to numerous corrective interventions occurred over time.

The Court, by this relevant ruling, has finally taken a stand on the qualification that should be given to the governmental decision of exercising these powers, defining it as a «high administration act».

NOTA A TAR LAZIO, SEZ. I, 13 APRILE 2022, N. 4488 – (RIGETTO RICORSO R.G. 13655/2021 PROPOSTO DA SYNGENTA CROP PROTECTION AG)

«Ferma restando la necessità di una rigorosa istruttoria ai fini della verifica della presenza di beni strategici e di operazioni riconducibili a quelle individuate dalla legge, la successiva decisione dello Stato di esercitare o meno i poteri speciali, attraverso l'imposizione di "prescrizioni", "condizioni" ovvero opponendosi all'operazione, si connota per una amplissima discrezionalità, in ragione della natura degli interessi tutelati, attinenti alla sicurezza nazionale. In tal senso, le valutazioni sottese alla decisione di procedere al concreto esercizio dei poteri speciali costituiscono scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte».

Inammissibile è l'equiparazione tra l'obbligo, per l'impresa interessata, di "notificare" alla Presidenza del Consiglio l'operazione prima che venga attuata, e la presentazione di una istanza di parte che dà avvio a un procedimento amministrativo, in quanto detta notificazione costituisce per l'impresa un vero e proprio obbligo, funzionale all'esercizio dei poteri di controllo spettanti allo Stato, e non è volta ad ottenere un bene della vita.

La notifica, in sostanza, costituisce per l'impresa unicamente un atto (dovuto) a contenuto informativo, di ausilio all'esercizio dei poteri speciali attraverso l'avvio di un procedimento speciale, azionabile dall'amministrazione anche d'ufficio.

La decisione dello Stato di esercitare o meno i poteri speciali si connota per una amplissima discrezionalità. In tal senso, le valutazioni sottese alla decisione di procedere al concreto esercizio dei poteri speciali costituiscono scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte.

Nella fase istruttoria il compito del Gruppo di coordinamento è quello di raccogliere gli elementi di valutazione tecnica da sottoporre al Consiglio dei Ministri in sede collegiale, che non è pertanto vincolato o comunque tenuto ad adottare una motivazione rafforzata nel caso vengano formulate in fase istruttoria proposte differenti rispetto all'esercizio del potere di veto.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Golden powers: una disciplina "rafforzata". – 3. Profili di compatibilità con il diritto euro-unitario. – 4. I poteri speciali nel settore agroalimentare: alcune considerazioni generali. – 5. La pronuncia del TAR Lazio. – 6. Considerazioni a margine: breve commento alla decisione in parola.

1. Introduzione

Con la decisione oggetto del presente contributo ¹ il TAR Lazio si è pronun-

¹ TAR Lazio, sez. I, sent. 13 aprile 2022, n. 4488.

ciato in ordine al ricorso proposto da Syngenta Crop Protection Ag – multinazionale operante nel settore agrochimico –, finalizzato ad ottenere l'annullamento del decreto n. 3693 del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 ottobre 2021.

A mezzo di tale decreto, il Governo italiano decideva, infatti, di apporre il veto all'operazione di acquisizione, da parte di Syngenta, dell'intero capitale sociale e dei diritti di voto della società Verisem B.V. e delle società italiane da questa controllate².

In specie, nonostante il parere positivo intervenuto a seguito dell'istruttoria svolta, conformemente al disposto dell'art. 2 d.l. n. 21/2012³, dal Gruppo di coordinamento interministeriale, nella fattispecie coordinato dal Ministro delle Politiche agricole (parere poi confluito nella relazione conclusiva ritualmente trasmessa), il Consiglio dei Ministri ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'esercizio del potere speciale di veto, con ciò paralizzando l'operazione, vietando la cessione delle società del Gruppo Verisem a Syngenta.

In punto di motivazione, il Consiglio ha posto l'accento sul potenziale pregiudizio che un'operazione di acquisizione di tale portata avrebbe potuto cagionare al settore agricolo in termini di sicurezza alimentare.

E ciò conformemente a quanto disposto dalla vigente normativa "rafforzata" in tema di *golden powers*⁴, la quale consente all'amministrazione centrale di operare un controllo su quei settori ritenuti di particolare interesse e connotati da un certo grado di strategicità, laddove gli interessi essenziali sottesi alle attività svolte in detti settori possano essere – anche in via meramente potenziale – pregiudicati da una variazione nella *governance* societaria.

Più nello specifico, ciò che ha determinato il Governo italiano ad opporsi all'operazione è stata la sottoposizione di Syngenta – società svizzera *leader* del settore agro-industriale, specializzata nella produzione delle sementi – al controllo del Governo cinese.

Nel 2017, infatti, l'azienda veniva acquistata per 43 miliardi di dollari dalla multinazionale pubblica cinese ChemChina, la quale ne diveniva la controllante.

In proposito, deve rammentarsi che, fra gli interessi nazionali che necessitano di effettiva tutela e che, per ciò stesso – per lo meno in astratto – legittimano l'esecutivo all'esercizio di strumenti particolarmente invasivi quali i poteri speciali, devono ascrivere senza dubbio l'interesse al corretto funzionamento dei principali servizi pubblici – in specie nei settori dei trasporti, energetico e delle comunicazioni elettroniche –, nonché l'interesse al virtuoso esercizio di quelle attività economiche suscettibili di avere ricadute rilevanti sulla collettività, alle quali è stata correttamente ascritta anche la produzione nel campo agroalimentare.

Ebbene, la sentenza in parola suscita particolare interesse in quanto costituisce il primo caso concreto di esercizio di un *golden power* nel predetto settore⁵.

² Trattasi in particolare delle società Verisem Distribution S.r.l., Suba Seeds Company S.p.A., Royal Seeds S.r.l., Franchi Sementi S.p.A ed HortuSi S.r.l.

³ D.l. 15 marzo 2012, n. 21 recante «Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni».

⁴ A. GRECO, *I semi italiani non andranno ai cinesi, il governo pronto a usare il Golden Power*, in *Repubblica.it*, 22 ottobre 2021.

⁵ Sul tema dei poteri speciali si segnalano, *ex plurimis*, i seguenti contributi: G. SCARCHILLO, *Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei: un primo commen-*

2. Golden powers: una disciplina “rafforzata”

Premesso quanto sopra – e prima di procedere alla disamina della pronuncia oggetto del presente contributo –, pare opportuna una breve digressione in ordine al complesso sistema normativo edificato dal legislatore italiano e concernente l'esercizio, da parte dell'esecutivo statale, dei poteri speciali.

È di palmare evidenza come il repentino incremento dei flussi di investimento effettuati da operatori esteri⁶ (ed in particolare extraeuropei) nell'economia nazionale – prevalentemente diretti all'acquisizione di partecipazioni di controllo in imprese italiane ovvero alla costituzione di nuove filiali produttive – abbia portato con sé l'esigenza di elaborare strumenti giuridici suscettibili di salvaguardare il sistema imprenditoriale nazionale, con particolare riguardo a quei settori considerati di peculiare importanza per l'intero assetto economico e finanziario, quali ad esempio i settori dell'energia, della difesa, dei trasporti o, ancora, per l'appunto, il settore agroalimentare⁷.

In altri termini, all'interesse – squisitamente economico – ad un mercato interno appetibile e tale da attrarre investimenti provenienti dall'estero fa da contraltare l'esigenza di garantire la compatibilità di detti investimenti con gli interessi nazionali ritenuti rilevanti⁸.

Muovendo dal previgente istituto della *golden share*⁹, introdotto in Italia negli anni Novanta con il decreto legge 31 maggio 1994, n. 332¹⁰, il legislatore

to al Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti, in *Diritto del Comm. Internaz.*, 2020, p. 569; A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto Pubblico*, 2020, p. 405; R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Diritto Amministrativo*, 2020 p. 903; L. BALDACCÌ, *La “difesa dell'italianità”*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, p. 920; F. MARCONI, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*, in *www.federalismi.it*, 2021; R. MAGLIANO, *La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione europea*, in *Diritto del Comm. Internaz.*, 2021, p. 1057; F. BIANCONI, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contratto e Impresa*, 2022, p. 202.

⁶ Nello specifico, gli investimenti esteri diretti vengono solitamente indicati con l'acronimo IED. Ebbene, una compiuta definizione di tale tipologia di investimenti è contenuta nel disposto dell'art. 2 del regolamento (UE) 452/2019, ove gli IED vengono indicati come quegli investimenti, di qualsivoglia tipologia, effettuati da investitore estero ed intesi «a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica».

⁷ In tema di IED, ex multis: G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, p. 9; E. RIMINI, *Gli investimenti esteri diretti in Italia e dall'Italia verso Paesi terzi: è ravvisabile un percorso che possa davvero agevolare un “commercio libero ed equo”?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, p. 1142.

⁸ R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *federalismi.it*, 2022.

⁹ Sul tema, tra i molteplici, si segnalano i seguenti contributi: T. BALLARINO-L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 2; F. SANTOSUOSSO, *Dalla “golden share” alla “poison pill”: evoluzione o involuzione del sistema?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, p. 383; A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, p. 1019; G. MARRA, *L'assetto dei poteri speciali per il controllo degli investimenti dal 1994 al d.l. liquidità n. 23/2020*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, p. 312.

ha provveduto ad una sostanziale riscrittura della normativa concernente i poteri d'intervento statale nell'economia.

Il risultato di tale rinnovamento di sistema è rappresentato dal citato d.l. 15 marzo 2012, n. 21, con il quale si è tentato di edificare un *corpus* di norme che consentisse una corretta eterodirezione delle politiche imprenditoriali e, insieme, un controllo degli investimenti provenienti dall'estero.

Mediante il decreto testé menzionato – il quale ha notevolmente dilatato i confini applicativi della previgente disciplina dell'azione aurea – è stata prevista la facoltà del Governo, purché ne sussistano i presupposti, di esercitare i *golden powers* nei confronti di tutte le società che svolgano attività ritenute strategicamente rilevanti, pubbliche o private che siano, e non più esclusivamente in relazione alle società a partecipazione pubblica ovvero privatizzate, com'era invece previsto dalla normativa previgente.

In sintesi, l'assetto normativo configurato dalla novellazione del 2012 delinea un sistema più organico e maggiormente conforme agli indirizzi interpretativi elaborati in via pretoria dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale, nel corso degli anni, ha manifestato non poche perplessità in ordine alla compatibilità della normativa in tema di *golden share* con la disciplina sovranazionale riguardante il mercato interno e la libera circolazione dei capitali ¹¹.

Infatti, la giurisprudenza della CGUE sul tema si è caratterizzata per pronunce di segno sostanzialmente negativo ¹², avendo la stessa Corte più volte

¹⁰ D.l. 31 maggio 1994, n. 332 («Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni»), conv. in legge 30 luglio 1994, n. 474. In specie, l'art. 2 di detto decreto (come modificato dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350 recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato») ha disposto l'individuazione delle società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ed operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi (art. 4, comma 227, legge n. 250/2003) nei cui statuti dovesse essere inserita una clausola che consentisse al Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministro delle attività produttive, di esercitare una serie di poteri speciali afferenti alla *governance* societaria, tra i quali: la facoltà di opporsi all'assunzione di partecipazioni rilevanti, la possibilità di apporre il veto «all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto [...]» e il diritto di provvedere direttamente alla nomina di un amministratore senza diritto di voto. In altre parole, è stata prevista la facoltà, esercitabile dal Governo, di introdurre all'interno della disciplina statutaria delle società erogatrici di servizi pubblici ed in procinto di essere privatizzate, clausole finalizzate ad attribuire all'amministrazione statale poteri di valutazione e di veto particolarmente incisivi in relazione alle scelte afferenti alla circolazione del capitale sociale e alle delibere assembleari principali.

¹¹ Difatti, la Commissione europea, mediante l'instaurazione di diverse procedure di infrazione ex art. 258 TFUE, ha più volte mosso rilievi al Governo italiano, manifestando i propri dubbi sulle disposizioni nazionali in tema di *golden share* e deferendo le questioni di compatibilità alla Corte di giustizia. Più nello specifico, la Commissione ha riconosciuto che la normativa delineata dal legislatore italiano in tema di azione aurea avrebbe avuto quale conseguenza una limitazione della libertà di stabilimento e alla libera circolazione di capitali.

Secondo il parere della Commissione (contenuto nella comunicazione del 19 luglio 1997 n. 97/C 220/06, recante «Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari», in *eur-lex.europa.eu*), siffatte limitazioni sarebbero state possibili soltanto laddove fosse stato rispettato il principio di proporzionalità, in base a cui «la restrizione [...] deve costituire un provvedimento necessario» a garantire il conseguimento degli obiettivi perseguiti dallo Stato e attinenti ad ordine pubblico, pubblica sicurezza e tutela degli interessi essenziali (e sempre che i provvedimenti nazionali in questione non avessero carattere discriminatorio). La compatibilità dell'esercizio dei poteri speciali da parte delle amministrazioni nazionali con l'ordinamento comunitario veniva inoltre subordinata alla sussistenza «motivi imperiosi di interesse generale», ferma comunque la necessità di individuare «criteri obiettivi, stabili e resi pubblici», da determinarsi *ex ante*.

¹² *Ex multis*, si vedano: Corte Giust., 23 maggio 2000, causa C-58/99, Commissione c. Re-

ritenuto che la previgente disciplina italiana fosse incompatibile con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, segnatamente, con le disposizioni relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, rispetto alle quali il nostro Paese è stato di conseguenza dichiarato inadempiente¹³.

I numerosi rilievi mossi dal giudice di Lussemburgo hanno indotto il legislatore nazionale ad una valutazione circa l'opportunità di riformare in radicalmente l'assetto previgente¹⁴.

Ebbene, con il decreto 21/2012 si è assistito ad una sostanziale rimodulazione del sistema e ad una ridefinizione delle prerogative spettanti allo Stato.

L'esercizio dei poteri speciali viene oggi demandato ad atti di normazione secondaria, ed in specie a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, aggiornati ogni tre anni.

Giunti a questo punto, pare opportuno descrivere brevemente quali sono i poteri che, in concreto, vengono attribuiti al Governo dalla disciplina vigente.

Anzitutto è prevista la facoltà per l'amministrazione statale di opporsi all'acquisizione di partecipazioni all'interno di società italiane operanti nei settori ritenuti strategici ovvero, alternativamente, di imporre specifiche condizioni di acquisto¹⁵, nonché il potere di apporre il veto all'adozione delle principali deliberazioni assembleari adottate da tali società, sempre fermo – beninteso – l'obbligo di motivare la decisione finale.

Sin da una prima lettura della disposizione di cui all'art. 1, c. 1, lett. b), d.l. n. 21/2012, si evince come siffatto potere di veto (sicuramente il più invasivo tra i poteri previsti) sia funzionale al soddisfacimento di interessi che esulano da profili strettamente societari, essendo – piuttosto – stato elaborato uno strumento di carattere amministrativo funzionale al perseguimento di finalità afferenti a scelte di politica economico-industriale.

Trattasi, insomma, di un vero e proprio potere di indirizzo¹⁶, caratterizzato da una evidente natura pubblicistica, il quale, pur replicando le classiche posizioni giuridiche attive che sorgono in capo al socio, non risulta incorporato all'interno di alcun tipo di partecipazione¹⁷, con ciò differenziandosi dalle varie prerogative azionarie contemplate dal diritto societario.

Pertanto, tale veto è riconducibile alla categoria dei poteri autoritativi, soprattutto in ragione della previsione di adempimenti informativi e di notifica diretti agli organi pubblici in grado di esercitare questa facoltà¹⁸.

pubblica italiana, in *eur-lex.europa.eu* e Corte Giust., 26 marzo 2009, causa C-326/07, Commissione c. Repubblica italiana, in *G.U.U.E.*

¹³ Per un approfondimento sul tema, si segnalano i seguenti contributi: F. MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 1236; F. SANTONASTASO, *La "saga" della golden share tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, p. 302.

¹⁴ La Corte di giustizia, proprio al fine di scongiurare il rischio di lesioni alle libertà sancite dai trattati e limitare la discrezionalità lasciata all'esecutivo, ha più volte caldeggiato l'adozione di una normativa dotata di sufficiente chiarezza espositiva, caratterizzata dall'individuazione *ex ante* di presupposti applicativi specifici, nonché dalla previsione di obblighi di motivazione e di termini decadenziali entro i quali esercitare i poteri (all'epoca connessi al possesso della partecipazione aurea). La *golden share* è stata insomma giustificata soltanto laddove "virtuosa".

¹⁵ Art. 1, c. 1, lett. a), d.l. 15 marzo 2012, n. 21, cit.

¹⁶ L. ARDIZZONE-M. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, p. 919.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ In specie, è previsto un termine decadenziale di 15 giorni, decorrente dall'avvenuto

Orbene, tornando a discorrere dell'assetto normativo nel suo complesso, è possibile ravvisare una netta cesura rispetto al passato.

A ben vedere, infatti, la nuova impostazione differisce notevolmente dal previgente sistema normativo della *golden share*: i poteri speciali non afferiscono più a fenomeni di privatizzazione, bensì «investono una generalità di imprese individuate in base al settore di attività o in base al possesso di certi assets»¹⁹, divenendo i *golden powers* esclusivamente un mezzo di vigilanza sui flussi di investimento provenienti dall'estero.

Come anticipato, al Governo nazionale viene altresì attribuita la possibilità di subordinare a specifiche condizioni l'acquisto, da parte di soggetti qualificati come "extra-UE"²⁰, di partecipazioni di controllo in società italiane operanti nei settori dei trasporti, dell'energia, delle comunicazioni ovvero in settori caratterizzati da alta intensità tecnologica.

Particolarmente evidente risulta, dunque, la commistione tra la funzione amministrativa e quella di indirizzo politico.

La *ratio* di una siffatta normativa risiede, evidentemente, nella ravvisata esigenza di scongiurare il rischio che all'interno del sistema imprenditoriale nazionale si verificino scalate ostili potenzialmente pregiudizievoli per l'unità e l'efficienza produttiva ed economica dei settori ritenuti strategici per gli interessi primari della collettività.

Va tuttavia evidenziato che il Governo italiano potrà avvalersi delle prerogative connesse a siffatti poteri unicamente entro rigorosi termini procedurali determinati *ex lege*, ferma comunque la facoltà di assoggettare gli atti autoritativi attraverso i quali detti poteri vengono esercitati al sindacato giurisdizionale amministrativo²¹.

Inoltre, il d.l. n. 21/2012, nel tentativo di rendere maggiormente celere il procedimento, ha altresì previsto una serie di obblighi di notifica in capo alle singole imprese.

Costituiscono un chiaro esempio di tale impostazione le disposizioni di cui all'art. 2 del decreto in parola, concernenti le delibere e le operazioni il cui effetto è quello di modificare la titolarità di una società, ovvero ancora aventi quale conseguenza la fusione, la scissione o lo scioglimento dell'impresa, la modifica dell'oggetto sociale o la variazione della disponibilità degli attivi, e che siano adottate da imprese operanti nei settori poc'anzi menzionati e la cui attività abbia ad oggetto beni o i rapporti ritenuti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale.

adempimento dell'obbligo di notifica, entro il quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri dovrà esercitare il potere di veto.

¹⁹ A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, cit.

²⁰ Ai fini della disciplina delineata dal d.l. 11 marzo 2012, n. 21, è "soggetto esterno all'Unione europea" la persona fisica o giuridica avente residenza, dimora abituale, sede legale o domicilio in uno Stato extra-UE o comunque al di fuori dello Spazio economico europeo, nonché la persona giuridica che, ancorché abbia stabilito il proprio centro principale di attività ovvero la sede legale o amministrativa all'interno di un Paese membro, risulti controllata da una persona fisica o giuridica esterna all'Unione. Peraltro, è equiparata ad un soggetto extra-UE anche la persona fisica o giuridica in relazione alla quale risultino elementi tali da far trasparire un comportamento elusivo rispetto all'assetto normativo di cui al decreto n. 21/2012, a nulla rilevando che tale soggetto abbia stabilito la propria residenza, dimora, sede legale o dell'amministrazione o il proprio domicilio all'interno di uno Stato membro dell'Unione (art. 2, comma 5, d.l. 15 marzo 2012, n. 21).

²¹ L. ARDIZZONE-M. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, cit.

La volontà di porre in essere operazioni di siffatto tenore dovrà essere comunicata dalla società alla Presidenza del Consiglio dei Ministri a mezzo di notifica, nel termine di dieci giorni decorrente dalla data della deliberazione (e in ogni caso prima che la decisione sia in concreto attuata).

In tal modo, l'esecutivo viene messo nella condizione di svolgere, in tempi brevi, una completa valutazione in merito alle operazioni concordate dagli organi gestori dell'impresa.

Stante il carattere precettivo di tali disposizioni, gli atti e le operazioni adottati in violazione della disciplina concernente il procedimento di notifica saranno viziati da nullità.

Ulteriori elementi di novità, essenzialmente diretti a dotare il sistema di meccanismi di semplificazione procedurale, sono stati introdotti con il d.l. n. 21/2022²², emanato in seguito al deflagrare del conflitto russo-ucraino, nel tentativo di fornire maggiore protezione all'economia nazionale.

In specie, tra le numerose innovazioni apportate dal decreto, si segnalano l'istituto della pre-notifica²³ (grazie alla quale viene consentito al Gruppo di coordinamento di svolgere un esame preventivo delle operazioni oggetto di valutazione, anteriormente alla notifica formale)²⁴, nonché l'istituzione – presso il Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri – di un nucleo di analisi strategica e valutazione²⁵.

In conclusione, i *golden powers*, così come configurati dal vigente sistema normativo, sembrano aver definitivamente abbandonato la loro originaria funzione di «sorveglianza attiva sulle attività strategiche nel momento della transizione dal controllo pubblico a quello privato»²⁶, assurgendo invece a strumento di tutela preventiva dei settori strategici, potendo il Governo operare una certa ingerenza e interferenza in tutti quei casi in cui siano ravvisabili collettive e contingenti esigenze produttive²⁷.

3. Profili di compatibilità con il diritto euro-unitario

Tra i profili maggiormente problematici che caratterizzano il vigente assetto normativo in materia di *golden powers* assume una posizione di assoluto rilievo la questione della compatibilità di tali poteri con l'ordinamento euro-unitario.

Ancor più nello specifico, il riferimento è alle norme che disciplinano le libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali²⁸.

In altri termini, ci si domanda se il concreto esercizio di tali poteri – i quali si configurano come una concreta estrinsecazione dalla sovranità economica

²² D.l. 21 marzo 2022, n. 21 («Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina»). In specie, in questa sede si fa riferimento al Titolo IV, Capo I del decreto.

²³ La quale appare modellata sull'analogo istituto previsto in ambito antitrust e funzionale a sottoporre al vaglio operazioni di concentrazione potenzialmente produttive di effetti distorsivi sul mercato interno.

²⁴ R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022*, n. 51, cit.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 733.

²⁷ L. ARDIZZONE-M. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, cit.

²⁸ Cfr. artt. 49 ss. e 63 ss. TFUE.

propria dell'autorità statale – osti o meno al corretto funzionamento del mercato interno.

Infatti, se, da un lato, le istituzioni dell'Unione hanno progressivamente manifestato un atteggiamento di maggior favore verso lo strumento del *golden power*, quale mezzo a disposizione del Governo per intervenire nell'economia nazionale ed apporre misure correttive a salvaguardia degli interessi primari della collettività, è d'altra parte vero che, avvalendosi di tali poteri, l'autorità statale comprime (o rischia di comprimere) le libertà economiche degli operatori esteri.

In estrema sintesi, alla necessità di promuovere i flussi di investimento esteri e garantire l'effettiva attuazione delle libertà sancite dai trattati, si contrappone un sistema di poteri che, in astratto, consentono ai Governi nazionali di assurgere a veri e propri «guardiani di confini»²⁹.

Evidentemente, l'unico modo per giungere ad un equilibrio è quello di temperare la discrezionalità dell'esecutivo e prevedere un assetto di regole e principi comuni, tale da circoscrivere al massimo l'ambito di operatività dei singoli Stati.

Fatte queste premesse, è appena il caso di rilevare come la Commissione, all'indomani della crisi economico-sanitaria conseguente alla pandemia, abbia prospettato l'esigenza di salvaguardare le industrie strategiche, evidenziando come «la resilienza di tali industrie e la loro capacità di continuare a rispondere alle necessità dei cittadini dell'UE dovrebbero essere in prima linea negli sforzi congiunti sia a livello dell'Unione europea che degli Stati membri»³⁰, con ciò aprendo ai flussi di investimenti provenienti dall'estero, ferma, tuttavia, la necessità di un adeguato bilanciamento attraverso idonei strumenti di controllo, in parte rappresentati, per l'appunto, dai poteri speciali appannaggio dei Governi centrali³¹.

Orbene, sussiste un generale divieto per gli Stati membri di disporre misure che abbiano quale conseguenza una indebita e non giustificata contrazione del mercato interno, ed in specie una restrizione alle libertà di stabilimento e di circolazione di capitali.

Anzitutto, va precisato che, a differenza dell'art. 49 TFUE – il quale dispone esclusivamente in ordine a persone fisiche o giuridiche di uno Stato membro –, l'art. 63 TFUE prende in considerazione anche l'ipotesi in cui la circolazione di capitali avvenga, oltre che entro i confini dell'UE, anche con Paesi terzi. Conseguentemente, le norme del TFUE in materia di libera circolazione di capitali potranno essere azionate anche dagli investitori extra-UE; diversamente vale per le disposizioni in punto di libertà di stabilimento³².

Misure restrittive di tali libertà potranno trovare attuazione unicamente in presenza dei presupposti descritti dai trattati (i quali operano una tipizzazione

²⁹ D. GALLO, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, 2021, relazione rielaborata di un intervento tenutosi, in data 4 dicembre 2020, presso il Centro Ferro-Luzzi dell'Università Roma Tre.

³⁰ Comunicazione 2020/C 99 I/01 della Commissione del 26 marzo 2020, «Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)», p. 1, in *G.U.U.E.*

³¹ *Ibidem*.

³² D. GALLO, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, cit.

delle esigenze di rilevanza pubblicistica ed aventi natura derogatoria rispetto al generale divieto di cui si è detto) ovvero elaborati in via pretoria dalla Corte di giustizia.

Più in particolare, quanto all'attuazione di misure potenzialmente restrittive della libertà di stabilimento, per espressa previsione normativa, rimane impregiudicata «l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative (...) che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica»³³; parimenti, con riguardo alla libera circolazione dei capitali, i singoli Stati membri conservano la facoltà di adottare tutte le misure necessarie ad impedire una violazione della legislazione nazionale, «in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza», ancorché suscettibili di limitare detta libertà³⁴.

È evidente come la previsione di un assetto di poteri speciali non possa aprioristicamente tacciarsi di incompatibilità con le libertà economiche sancite dai trattati, per lo meno laddove la disciplina interna preveda idonei meccanismi di *screening* e di valutazione preventiva, non risolvendosi, viceversa, in un meccanismo tale da dotare lo Stato di strumenti mediante i quali esso possa deliberatamente porsi a regolatore assoluto degli assetti economici nazionali. In altri termini, le esigenze domestiche potranno prevalere sul corretto funzionamento del mercato unico esclusivamente ove ciò sia giustificato dalla necessità di salvaguardare interessi strategici e di carattere generale, il cui pregiudizio sia suscettibile di avere gravi ripercussioni sull'economia nazionale nel suo complesso o su altri interessi essenziali.

Le indicazioni fornite in sede comunitaria sono quindi di matrice derogatoria (e non, invece, regolatoria), essendo la materia dei *golden power* disciplinata essenzialmente mediante la previsione di deroghe alle disposizioni generali, individuando, in negativo, gli spazi in cui i Governi potranno operare e determinando *ex ante* le condizioni in presenza delle quali le deroghe saranno possibili.

Per vero, manca una prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia avente ad oggetto i poteri speciali di nuova generazione, di talché le maggiori indicazioni in punto di compatibilità delle normative interne con il sistema europeo dovranno trarsi dalle disposizioni contenute nei trattati e nei regolamenti, anche alla luce delle interpretazioni che di questi vengono fornite dal giudice di Lussemburgo.

Il più volte citato reg. (UE) 2019/452 sancisce espressamente la facoltà degli Stati membri di adottare misure restrittive nei confronti degli investimenti esteri diretti³⁵ allorché dette misure siano motivate da ragioni di sicurezza ovvero di ordine pubblico, con ciò aprendo a possibili deroghe alla libera circola-

³³ Art. 52, § 1, TFUE.

³⁴ Art. 65, § 1, lett. b), TFUE.

³⁵ Rispetto ai quali si ravvisa, come detto, una apertura da parte delle istituzioni europee, come anche testimonia il *considerando* 1 del reg. (UE) 2019/452, ove viene evidenziato che «Gli investimenti esteri diretti contribuiscono alla crescita dell'Unione rafforzandone la competitività, creando posti di lavoro ed economie di scala, apportando capitali, tecnologie, innovazione e competenze e aprendo nuovi mercati per le esportazioni dell'Unione. Essi sostengono gli obiettivi del piano di investimenti per l'Europa e contribuiscono ad altri progetti e programmi dell'Unione».

zione dei capitali di cui all'art. 65, §. 1, lett. b), TFUE, evidenziando altresì la necessità di un meccanismo di cooperazione tra i singoli Stati membri e la Commissione europea.

Detto regolamento, dunque, legittima la previsione di meccanismi interni di supervisione e controllo, offrendo altresì indicazioni circa i limiti alla limitazione delle libertà economiche sancite dal TFUE.

Inoltre, prevedendosi espressamente una serie di disposizioni applicabili esclusivamente ad investitori esteri, viene implicitamente ritenuta ammissibile una disparità di trattamento tra flussi di investimento intra-UE ed extra-UE.

Ebbene, con particolare riguardo al tema delle possibili giustificazioni delle restrizioni ai movimenti di capitale (tra cui, lo si ricorda, rientrano flussi di investimento quali gli IED), la Commissione europea ha precisato che le eventuali limitazioni alla libera circolazione di capitali (quali i poteri speciali) devono essere «adeguate, necessarie e proporzionate al conseguimento dei legittimi obiettivi di ordine pubblico»³⁶, con l'ulteriore precisazione per cui «motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica possono essere invocati solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività»³⁷.

Per il caso di acquisti predatori di attività strategiche da parte di investitori esteri, tali da comportare una limitazione dell'approvvigionamento di un determinato bene o servizio, la Commissione chiarisce che l'adozione di misure particolarmente restrittive delle summenzionate libertà potrà essere giustificata mediante un richiamo al potenziale pregiudizio che tali operazioni possano avere in termini di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, sempre che, nel caso di specie, non sussistano i presupposti per applicare misure alternative e meno restrittive.

In sostanza, affinché la misura in concreto disposta venga ritenuta legittima e compatibile con il diritto UE, dovranno essere soddisfatti due requisiti, il primo di carattere "procedurale", ed il secondo avente natura "sostanziale".

In primo luogo, in sede di valutazione, il singolo Stato avrà l'obbligo di considerare tutte le misure in astratto applicabili alla operazione sottoposta al vaglio, contestualmente acquisendo tutte le informazioni circa la natura della stessa e degli operatori economici agenti; secondariamente, dovrà risultare, sulla scorta di un giudizio da effettuarsi *ex post*, che, nel caso di specie, la misura in concreto applicata, per quanto restrittiva, fosse l'unica soluzione possibile per salvaguardare gli interessi strategici nazionali³⁸.

Chiaro è che la valutazione circa la possibile incompatibilità della misura in concreto attuata dal singolo Stato membro in applicazione della disciplina nazionale in materia di *golden powers* dovrà essere valutata caso per caso: laddove essa misura appaia discriminatoria, non proporzionata rispetto all'interesse da tutelare ovvero neppure supportata dalla necessità di salvaguardare un settore connotato da un grado di strategicità apprezzabile, non sarà

³⁶ Comunicazione 2020/C 99 I/01 della Commissione del 26 marzo 2020, cit., punto 4.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Come evidenziato dalla Commissione europea, tra i motivi imperativi di interesse generale (riconosciuti in via pretoria dalla Corte di giustizia in relazione ad altre libertà sancite dal TFUE), tali da giustificare l'adozione di misure restrittive o, per quanto qui rileva, l'applicazione di poteri speciali, vengono inclusi la salvaguardia del stabilità finanziaria nazionale, del sistema sanitario, la protezione dei consumatori, la tutela del sistema di sicurezza sociale e il conseguimento degli obiettivi di politica sociale.

ammissibile alcun detrimento delle libertà di stabilimento e circolazione di capitali.

La Commissione rileva infine che, nella valutazione della razionalità della misura e del suo grado di proporzionalità, «le restrizioni ai movimenti di capitali a destinazione di Paesi terzi o in provenienza da essi si collocano in un contesto giuridico differente rispetto alle restrizioni che riguardano i movimenti di capitali all'interno dell'UE»³⁹, con ciò ulteriormente confermando la legittima disparità di trattamento (già delineata dal reg. 2029/452) tra gli IED e le movimentazioni di capitale circoscritte entro i confini dell'Unione. La conseguenza di una tale impostazione è che, in ipotesi di restrizioni applicate ad operazioni che coinvolgono Paesi terzi, potranno ammettersi «ulteriori motivi di giustificazione», i quali potranno altresì essere oggetto di un'interpretazione estensiva ed intesi in senso più ampio, senza che ciò contrasti con le norme contenute nel trattato.

In sintesi, al fine di esercitare legittimamente i poteri speciali, fermi i requisiti della proporzionalità e necessità della misura, i Governi nazionali potranno avvalersi di un duplice strumento: da un lato, della deroga contenuta nell'art. 65, § 1, lett. b) TFUE, e, dall'altro, della clausola delle esigenze imperative d'interesse generale elaborata in via pretoria dalla Corte di giustizia⁴⁰.

In conclusione, sussistendo i presupposti di cui sopra, lo strumento del *golden power* appare del tutto conforme al diritto euro-unitario, essendo funzionale a salvaguardare settori strategici di rilevanza nazionale, in specie scongiurando il pericolo di scalate ostili potenzialmente pregiudizievoli per l'assetto economico-industriale dello Stato membro.

In un'ottica di bilanciamento di interessi contrapposti, risulta evidente come la necessità di tutelare interessi di particolare importanza per la collettività e garantire l'approvvigionamento di beni e servizi essenziali, richieda giocoforza un sacrificio in termini di libertà economica.

4. I poteri speciali nel settore agroalimentare: alcune considerazioni generali

Invero, il tema dei poteri speciali, con riguardo agli assetti societari strategici, sta acquistando progressivamente maggior rilevanza nel panorama nazio-

³⁹ Comunicazione 2020/C 99 I/01 della Commissione del 26 marzo 2020, cit., punto 4.

⁴⁰ In questi termini: D. Gallo, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, op. cit. In particolare, secondo l'autore è altresì possibile giustificare l'attuazione dei poteri speciali avvalendosi di un richiamo all'art. 106, § 2, TFUE. In specie, detta norma «a contenuto derogatorio (...) è una deroga atipica *anti-trust*, (...) in quanto applicabile anche in ambiti diversi dal diritto della concorrenza e, comunque, indirizzata alle autorità pubbliche nazionali», potendosi applicare anche con riferimento all'ambito della libertà di circolazione. E ciò in ragione del fatto che tale disposizione si presta ad intervenire in relazione al «controllo di società privatizzate, strutturalmente "collegato allo svolgimento di attività di interesse economico generale associate a dett[e] società"». Ebbene, secondo Gallo, «l'interpretazione che la Corte di giustizia dà di questa norma (...) è meno restrittiva (...). Il risultato è stata l'estensione dei margini di manovra, sul fronte della regolamentazione dell'economia e del *welfare*, a disposizione degli Stati». In altri termini, l'art. 106, §. 2, TFUE sembra offrire maggiore discrezionalità alle autorità nazionali in materia di poteri speciali, atteso che il parametro delle «condizioni economicamente accettabili», che ne costituisce il fulcro, si pone come meno stringente di quello fondato su una «minaccia reale e grave» all'esercizio delle attività di interesse generale.

nale, complice anche la volontà del legislatore di dilatare l'ambito applicativo della relativa disciplina.

Numerose, infatti, sono state, negli anni, le modifiche apportate alla normativa in materia di *golden powers*, nel tentativo di innovare e raffinare ulteriormente il meccanismo dei poteri speciali.

Anzitutto, a mezzo del d.l. n. 148/2017⁴¹ la disciplina in parola è stata estesa ai settori caratterizzati da elevata intensità tecnologica, ed in specie a quelli delle comunicazioni elettroniche a banda larga e delle tecnologie 5G.

Ulteriori correttivi sono poi stati apportati dal d.l. n. 105/2019⁴², nonché – in concomitanza con l'improvviso insorgere dell'*outbreak* pandemico – dal c.d. "Decreto Liquidità"⁴³, con cui è stata altresì prevista l'estensione del regime normativo dei *golden powers* alle PMI, in precedenza avulse dalla portata applicativa della disciplina.

Dette modificazioni hanno determinato un notevole ampliamento del novero dei settori qualificati come "rilevanti" ai fini dell'applicazione della normativa, essendovi stati ricompresi anche tutti quei comparti già individuati dal regolamento (UE) n. 452/2019⁴⁴, vale a dire: i settori delle infrastrutture critiche nei settori dell'energia, dei trasporti, della salute, delle comunicazioni e dei media); delle tecnologie rilevanti nei campi aerospaziale, biotecnologico, robotico, delle I.A. e della *cybersecurity*; dell'approvvigionamento di materie prime e dell'energia; nonché della libertà d'informazione⁴⁵.

Non va dimenticato che la congiuntura economica in cui tale Regolamento è stato emanato si caratterizzava per un certo *favor* verso gli investimenti esteri diretti.

La finalità del Regolamento è stata quella di fornire – attraverso la previsione di una cornice procedurale comune – maggiore chiarezza ad un contesto (quello europeo) in cui i meccanismi di controllo sugli IED delineati dalle singole normative nazionali apparivano alquanto eterogenei⁴⁶.

Il tutto attraverso un'impostazione orientata a dare ai processi di innovazione tecnologica una nuova centralità.

E in una prospettiva di rin vigorimento dei meccanismi di controllo, è stata prevista dal legislatore italiano la possibilità per l'esecutivo di avviare *ex officio* il procedimento diretto alla concreta attuazione dei poteri in tutti quei casi in cui l'impresa o l'acquirente su cui grava l'onere di notifica non abbia adempiuto al suddetto obbligo nel termine di dieci giorni; rimane comunque fermo il termine (di quarantacinque giorni, decorrente dall'avvenuta notifica) entro cui

⁴¹ D.l. 16 ottobre 2017, n. 148 recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili», conv. con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017 n. 172.

⁴² D.l. 21 settembre 2019, n. 105 («Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica»), conv. con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133.

⁴³ D.l. 8 aprile 2020, n. 23 («Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»), il cui Capo III (artt. 15-17), rubricato «Disposizioni urgenti in materia di esercizio di poteri speciali nei settori di rilevanza strategica», contiene una serie di prescrizioni tese ad innovare l'assetto normativo dei poteri speciali, apportando rilevanti modifiche e aggiunte ai testi del d.l. n. 21/2012 e al d.l. n. 105/2019.

⁴⁴ Regolamento (UE) n. 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, in *G.U.U.E.*

⁴⁵ Art. 4, c. 1, lett. da a) ad e), regolamento (UE) n. 2019/452 cit.

⁴⁶ R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, cit.

la Presidenza del Consiglio dei Ministri potrà apporre il veto all'operazione o alla deliberazione, ovvero prescrivere determinate condizioni; vige peraltro la regola del silenzio-assenso, sicché i poteri si intenderanno non esercitati (e l'operazione autorizzata) laddove, decorso tale termine, il Governo non sia intervenuto⁴⁷.

In specie, il poc'anzi citato d.l. n. 23/2020 ha previsto la facoltà del Governo di esercitare i poteri speciali altresì con riguardo ad operazioni intra-europee e ad acquisizioni di quote di minoranza.

Ed è proprio sulla scorta di tali innovazioni – ed in specie dell'espansione della portata applicativa della disciplina – che il settore agroalimentare è entrato a far parte dei settori definiti “strategici”, in conseguenza del recepimento, da parte dell'ordinamento italiano, dell'art. 4 del reg. 2019/452 UE⁴⁸.

Da ultimo, con i d.P.C.M. n. 179 e 180 del 2020, il quadro normativo è stato ulteriormente completato.

Mediante tali decreti, sono stati ascritti al novero dei settori rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di *golden powers* le attività afferenti alla gestione degli immobili fondamentali connessi all'utilizzo delle reti e delle infrastrutture utilizzate per il trasporto, l'approvvigionamento e la trasmissione dell'energia, i settori portuale, aeroportuale e ferroviario e delle reti trans-europee.

Quanto, nello specifico, al d.P.C.M. n. 179/2020, esso decreto ha previsto l'applicabilità della normativa anche – per quel che qui rileva – a quei comparti industriali che si avvalgono di tecnologie e conoscenze biologiche e bioingegneristiche nel settore agro-alimentare, a dimostrazione di come il tema della *food security* sia ritenuto di primaria importanza, vuoi per le implicazioni che il consumo dei generi alimentari può avere sulla salute degli individui, vuoi per la necessità di salvaguardare un settore che, da sempre, costituisce una componente assai rilevante dell'economia italiana.

Invero, la normativa sul *golden power* era stata estesa al settore agro-alimentare già con il citato “Decreto Liquidità”, laddove – mediante un espresso rinvio all'art. 4 del reg. 452/2019 – è stato previsto l'obbligo per le imprese che svolgano attività nei predetti settori di notificare alla Presidenza del Consiglio – conformemente alla procedura di cui all'art. 2, comma 5, d.l. n. 21/2012 – il progetto di qualsiasi operazione di acquisto di partecipazioni che operatori esteri desiderino intraprendere in dette società⁴⁹, unitamente ad ogni informazione utile ad una compiuta descrizione dell'operazione stessa e dell'acquirente.

⁴⁷ B. RAGANELLI-F. MARCONI, *Emergenza, crisi economica e golden power*, cit., p. 146.

⁴⁸ M. RESCIGNO, *Il nuovo regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti diretti tra integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, p. 847.

⁴⁹ Art. 15, comma 1, rubricato «Modifiche all'articolo 4-bis, comma 3, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133», ove viene disposto che: «fino alla data di entrata in vigore del primo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, come sostituito dal comma 1, lettera c), numero 3), del presente articolo, fatta salva l'applicazione degli articoli 1 e 2 del citato decreto-legge, come modificati dal presente articolo, è soggetto alla notifica di cui al comma 5 dell'articolo 2 del medesimo decreto-legge n. 21 del 2012 l'acquisto a qualsiasi titolo di partecipazioni in società che detengono beni e rapporti nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettere a), b), c), d) ed e), del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019 (...)».

E a tale disposizione ha dato attuazione proprio il d.P.C.M. n. 179/2020.

In sintesi, il legislatore italiano ha recepito quanto disposto dall'art. 4 § 1, lett. c), del Regolamento (UE) 2019/452⁵⁰, mediante cui, già in sede europea, si è cercato di garantire al comparto industriale agroalimentare un efficace regime di protezione, in considerazione delle implicazioni che detto settore può ingenerare in termini di sicurezza alimentare e di approvvigionamento.

Non va neppure dimenticato come la natura composita della filiera agroalimentare, costituita da numerose imprese di differenti dimensioni, spesso caratterizzate da assetti di produttivi connotati da elevata intensità tecnologica, richieda un'attenzione particolare, soprattutto con riguardo ai processi di industrializzazione e al *know how* posseduto da ciascun operatore economico.

È evidente, quindi, la volontà di tutelare il patrimonio di conoscenza ed esperienza acquisito dalle società italiane operanti nel settore.

5. La pronuncia del TAR Lazio

Prima di approfondire i tratti salienti del caso che qui ci occupa, è appena il caso di osservare che, nonostante l'estensione dei confini applicativi della disciplina, gli interventi del giudice amministrativo in punto di poteri speciali sono stati finora alquanto limitati.

Proprio per tale ragione, le pronunce concernenti l'applicazione della disciplina in materia di *golden power* suscitano particolare interesse, trattandosi di una tematica ancora poco dibattuta in sede giurisdizionale.

Fatta questa breve premessa, veniamo ora al caso di specie.

A fondamento della propria opposizione, Syngenta ha in primo luogo dedotto l'illegittimità del provvedimento a cagione di un asserito difetto di comunicazione in ordine ai motivi ostativi al rilascio dell'autorizzazione, con ciò prospettando un'aperta violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990.

Secondariamente, la società ricorrente ha censurato la valutazione del Governo in ordine alla sussistenza del presupposto legittimante l'esercizio del potere di veto, in specie negando la riconducibilità delle attività del Gruppo Verisem all'alveo di quelle ritenute di rilevanza strategica ai sensi del d.l. n. 21/2012 e del d.P.C.M. n. 179/2020⁵¹, stante il «mancato esercizio diretto

⁵⁰ In specie, la disposizione di cui all'art. 4 del regolamento sancisce che: «Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali, tra l'altro, a livello di: a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso quali definiti nell'articolo 2, punto 1, del regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersecurity, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media».

⁵¹ D.P.C.M. 18 dicembre 2020, n. 179, recante «regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma

dell'attività di produzione di semi e [del]'assenza dell'attività di ricerca e sviluppo»⁵².

In ultimo, parte ricorrente prospettava altresì un vizio di proporzionalità della decisione, per non avere l'esecutivo applicato misure differenti, alternative e meno invasive.

Con la pronuncia in commento, il TAR ha rigettato i motivi di opposizione rappresentati da Syngenta, argomentando come segue.

Quanto alla preliminare eccezione svolta dalla ricorrente, il TAR ha sancito che «la notifica costituisce per l'impresa un vero e proprio obbligo, funzionale all'esercizio dei poteri di controllo spettanti allo Stato, e non è volta ad ottenere un bene della vita», rammentando altresì che la notifica costituisce per l'impresa esclusivamente un atto dovuto a contenuto informativo, che funge unicamente da ausilio all'esercizio dei poteri speciali, essendo l'avvio del relativo procedimento speciale «azionabile dall'amministrazione anche d'ufficio».

Con ciò è stato escluso che l'esercizio dei poteri speciali da parte dell'esecutivo debba essere preceduto da una comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della relativa istanza.

Ed invero, la previsione di una peculiare notificazione, da trasmettersi obbligatoriamente al Governo, non ammette alcuna equiparazione tra detta notifica (come detto, imposta *ex lege*) ed un'istanza di parte; ne consegue la non applicabilità al caso di specie delle regole procedurali afferenti all'invio di quest'ultima istanza, ed in particolare dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990.

Peraltro, come puntualmente evidenziato in dottrina, «l'istanza di parte all'avvio di un procedimento amministrativo (...) si caratterizza per la titolarità di un interesse legittimo pretensivo dell'istante, il quale ambisce al conseguimento – all'esito del procedimento avviato su suo impulso – di un provvedimento favorevole ampliativo della propria sfera giuridica»⁵³: ne deriva una sostanziale differenza rispetto alla notifica effettuata ai sensi e per gli effetti della normativa in materia di poteri speciali, ove «il notificante è (semmai) titolare di un interesse legittimo oppositivo all'esercizio dei poteri governativi»⁵⁴.

Orbene, in applicazione della disciplina di cui al comma 1-*ter* dell'art. 2 del d.l. n. 21/2012⁵⁵ – che consente l'esercizio del potere di veto in relazione ad

dell'articolo 2, comma 1-*ter*, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56».

⁵² TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, n. 4488, cit., p. 4.

⁵³ E. M. TEPEDINO, *Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2022.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Di seguito si riporta il testo integrale della disposizione, ai sensi del quale: «Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'interno, con il Ministro della difesa, con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e con i Ministri competenti per settore, adottati anche in deroga all'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, che è reso entro trenta giorni, decorsi i quali i decreti possono comunque essere adottati, sono individuati, ai fini della verifica in ordine alla sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, ulteriori rispetto a quelli individuati nei decreti di cui all'articolo 1, comma 1, e al comma 1 del presente articolo, nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, nonché la tipologia di atti od operazioni all'interno di un medesimo gruppo ai quali non si applica la disciplina di cui al presente artico-

una pluralità di settori, tra cui pacificamente vengono ricompresi il settore della sicurezza alimentare (art. 4, comma 1, lett. c, del regolamento UE n. 2019/452), del trattamento di dati e informazioni sensibili (art. 4, comma 1, lett. a e d), nonché il settore delle tecnologie critiche (art. 4, comma 1, lett. b) – il TAR Lazio ha ritenuto doversi respingere il ricorso proposto da Syngenta anche con riguardo ai residui motivi di opposizione.

Come noto, il d.l. n. 21/2012 (ed in specie la disposizione di cui all'art. 2, comma 1-ter, appena menzionata) demanda a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri l'individuazione – nei settori sopra richiamati – dei beni e dei rapporti ritenuti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, «ai fini della verifica in ordine alla sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti»⁵⁶.

Sulla scorta di siffatta disciplina, è stato adottato il più volte citato d.P.C.M. n. 179/2020 che, con particolare riguardo al settore agroalimentare, ha attribuito carattere di strategicità alle attività economiche rilevanti concernenti l'approvvigionamento dei fattori produttivi critici della relativa filiera⁵⁷.

Ed è proprio il decreto *ut supra* menzionato – ed in specie gli artt. 6, 9 e 11 del medesimo – ad essere stato utilizzato dal giudice amministrativo come parametro per valutare la fondatezza del diniego espresso dal Governo italiano: come evidenziato dal TAR, infatti, l'operazione di acquisizione avverso la quale è stato apposto il veto atterrebbe proprio ad un settore che il d.P.C.M. qualifica come strategico.

Tuttavia, la sola riconducibilità dell'operazione ad un settore strategico, non è – come detto – sufficiente a legittimare in concreto l'esercizio dei *golden powers*; è ulteriormente necessario che l'operazione di cui si tratta sia potenzialmente pregiudizievole per il settore stesso: soltanto laddove intervenga un giudizio affermativo in tal senso, corredato di adeguata motivazione, sarà allora – e solo allora – possibile avvalersi di uno dei poteri speciali delineati dalla normativa vigente.

D'altronde, è lo stesso Collegio giudicante a rammentare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui – atteso che la disciplina dei *golden powers* postula una limitazione dei principi comunitari di libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali – l'esercizio di detti poteri non può che trovare la propria giustificazione in una finalità di protezione degli interessi essenziali nazionali.

Di talché, il concreto utilizzo dei poteri è ammissibile unicamente qualora una determinata operazione societaria possa – anche in via solo potenziale – compromettere i predetti interessi⁵⁸ e, dunque, sempre che la stessa possa essere ascritta a quelle operazioni che la legge direttamente individua come afferenti ad *assets* strategici ovvero che a tale categoria di operazioni possano essere ricondotte in via analogica.

Fermi i vincoli appena indicati e la necessità di una rigorosa istruttoria, finalizzata a verificare la sussistenza dei presupposti previsti *ex lege* per

lo. I decreti di cui al primo periodo sono adottati entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e sono aggiornati almeno ogni tre anni».

⁵⁶ Art. 2, c. 1-ter, d.l. n. 21/2012.

⁵⁷ Art. 11, lett. c), d.P.C.M. n. 179/2020, ai sensi del quale: «Rientrano tra i beni e i rapporti di cui all'articolo 1: (...) c) le attività economiche di rilevanza strategica e l'approvvigionamento di fattori produttivi critici della filiera agroalimentare».

⁵⁸ In tal senso, v. anche: TAR Lazio, sez. I, sent. 24 luglio 2020, n. 8742.

l'esercizio dei poteri speciali, è evidente la discrezionalità di cui il Governo gode nell'esercitare essi poteri; discrezionalità che, tuttavia, si rende necessaria proprio in ragione della natura degli interessi che si desidera tutelare, attinenti alla sicurezza nazionale, *lato sensu* intesa.

Ebbene, nel caso che qui ci occupa è stato correttamente evidenziato che «le valutazioni sottese alla decisione di procedere al concreto esercizio dei poteri speciali costituiscono scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte»⁵⁹.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il TAR ha ritenuto che, stante lo svolgimento, da parte delle società *target*, di attività implicanti lo sfruttamento di tecnologie critiche – secondo la definizione offerta dall'art. 9 del d.P.C.M. n. 179/2020 – e di modalità di raccolta dati che si esplicano attraverso meccanismi di *machine learning*, la scelta di esercitare il potere di veto si configura come del tutto razionale e giustificata, nonché conforme alla normativa vigente, sussistendo tutti i presupposti previsti dalla legge.

Invero, come anche evidenziato nel provvedimento governativo impugnato, le società *target* italiane del Gruppo Verisem interagiscono in maniera assai rilevante – attese le dimensioni del gruppo – con la filiera agricola della coltivazione delle sementi e con l'industria meccanica del confezionamento e commercio dei prodotti derivati⁶⁰. Le società del gruppo hanno inoltre sviluppato sistemi di coltivazione particolarmente performanti, avvalendosi di un *know how* concernente la produzione, mediante procedure sperimentali e tecnologie innovative, di numerose varietà di specie vegetali e sementi. Tanto premesso, il Governo italiano, nell'esercitare il veto, ha motivato evidenziando che detta operazione avrebbe potuto determinare l'acquisizione, da parte di Syngenta, del patrimonio informativo posseduto dal Gruppo Verisem, ed in particolare delle informazioni relative alle tecniche di produzione impiegate e ai fornitori nazionali di meccanica di precisione per l'agricoltura.

Orbene, non può essere revocato in dubbio il principio a tenore del quale il patrimonio di conoscenza acquisito nel tempo dalle imprese italiane operanti in settori strategici debba essere tutelato a fronte di possibili acquisizioni da parte di società estere, a maggior ragione laddove si tratti di società in cui un Governo straniero abbia una partecipazione rilevante, tale da consentirne il controllo.

In proposito, coglie nel segno la motivazione addotta dal Consiglio dei Ministri a giustificazione dell'apposizione del veto, laddove viene sottolineato – in maniera del tutto condivisibile – che nella fattispecie in esame non sarebbe stato possibile adottare prescrizioni alternative di minore intensità, atteso che proprietario della società acquirente è il Governo cinese e che, di conseguenza, difficilmente sarebbe stato possibile, ad acquisizione avvenuta, «attuare

⁵⁹ TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022 n. 4488 cit., p. 8.

⁶⁰ Infatti, nella visura camerale di Suba Seeds – una delle società *target* facenti parte del Gruppo Verisem – risulta che essa società ha per oggetto sociale: «a) la costituzione e la selezione di varietà di qualsiasi genere di sementi vegetali, di verdure, ortaggi, legumi o altre categorie agronomiche; b) la produzione, la riproduzione, la selezione, la trasformazione, il trattamento, la commercializzazione e distribuzione di qualsiasi genere di sementi per coltivatori professionali, semi-professionali e non professionali, a livello globale, nonché per consumo alimentare e di spezie, a livello globale; c) il commercio, sia in Italia che all'estero, di sementi di tutte le specie e varietà; d) l'importazione e l'esportazione, sia direttamente che indirettamente, di qualsiasi altro prodotto (...)».

misure di *enforcement* realmente efficaci in caso di inottemperanza alle prescrizioni imposte per il trasferimento dell'*asset* all'estero».

Quanto al preliminare assenso apposto in via preliminare dal Gruppo di coordinamento, il Collegio giudicante ha perentoriamente statuito che l'esecutivo non deve ritenersi in alcun modo vincolato al parere formulato in sede istruttoria dal predetto Gruppo, avendo quest'ultimo unicamente il compito di sottoporre al Governo tutti gli elementi utili a garantire una valutazione completa da parte dell'esecutivo stesso, eventualmente prospettando una propria ipotesi di decisione, senza che, tuttavia, ciò comporti per il Consiglio dei Ministri un obbligo di conformarsi alle conclusioni del Gruppo ovvero di motivare in maniera rafforzata la propria decisione finale ove abbia ritenuto di discostarsi dal parere ⁶¹.

6. Considerazioni a margine: breve commento alla decisione in parola

Come già si è avuto modo di evidenziare nelle pagine che precedono, nell'esercitare i poteri speciali, il Governo italiano gode di un'elevata discrezionalità di valutazione, difficilmente sindacabile dal giudice, salva la sussistenza di caratteri di manifesta irragionevolezza o illogicità della decisione, ovvero di una chiara violazione della disciplina legislativa; elementi, questi, che tuttavia non paiono ravvisarsi nel caso di specie.

La decisione di apporre il veto è stata determinata dalla volontà di impedire ad un'acquirente di fatto controllata dal Governo cinese di insinuarsi all'interno di un settore ritenuto essenziale dall'amministrazione nazionale, con ciò salvaguardando la produzione di sementi e tecnologie connotate da un certo grado di innovatività.

In sintesi, con la presente pronuncia, il TAR è sembrato aderire ad un «approccio piuttosto deferente» ⁶² verso l'autonomia decisionale dell'esecutivo, in tal modo depotenziando alcuni aspetti procedurali posti a presidio della corretta applicazione della disciplina – quali l'istituzione del Gruppo di coordinamento e la previsione, in capo a quest'ultimo, di specifici poteri istruttori ⁶³.

Tanto premesso, appare oramai evidente come lo strumento del *golden power* si collochi nel punto di intersezione fra scelte, da un lato, di natura squisitamente economica e industriale e, dall'altro, di strategia politica.

⁶¹ E. M. TEPEDINO, *Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo*, cit., secondo cui tale conclusione appare in realtà in contrasto con il tenore letterale dell'art. 2 del d.l. n. 21/2021, il quale dispone che «il potere di veto è espresso nella forma di imposizioni di specifiche prescrizioni o condizioni ogniqualevolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi pubblici rilevanti». Secondo l'autrice, «qualora il Gruppo di coordinamento formuli un parere favorevole all'esercizio di poteri diversi da quello inibitorio, appare ragionevole e coerente ritenere che l'organo deliberante, seppur libero da vincoli conformativi, sia comunque tenuto a motivare puntualmente in ordine alla idoneità, necessità e adeguatezza del veto rispetto all'opportunità di imporre le misure alternative meno gravose per i destinatari proposte dal medesimo Gruppo».

⁶² M. CLARICH-G. MARRA, *Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, in *diritto-bancario.it (Dialoghi di diritto dell'economia)*, 2022.

⁶³ *Ibidem*. In specie, secondo gli autori, «(...) questa vicenda conferma come nel *golden power* sia difficile conciliare la libertà d'impresa con interessi che costituiscono il nocciolo della sovranità degli Stati. La prima è destinata, quasi inevitabilmente, a soccombere».

Tuttavia – e venendo ai profili più critici della materia di cui si discorre –, preoccupano gli ampi margini di discrezionalità che vengono lasciati all'amministrazione centrale, la quale si trova nella posizione, assai privilegiata, di poter scegliere – con un certo margine di autonomia, comunque sussistendo i presupposti di cui si è detto – di avvalersi o meno delle speciali prerogative che la legge le attribuisce, di fatto esercitando, ancorché in via mediata, una certa influenza sul mercato⁶⁴.

Se da un lato, infatti, un controllo sulle operazioni rilevanti che coinvolgono i settori strategici – i cui effetti potrebbero riverberarsi (negativamente) sui primari interessi nazionali – pare quanto mai opportuno, è ben vero che, d'altra parte, la disciplina delineata dal legislatore dilata notevolmente la libertà di azione del Governo.

La discrezionalità lasciata all'esecutivo è tale da incidere sulla valutazione del giudice, il quale – lo si è detto –, ove tenuto a pronunciarsi sull'impugnativa di un atto emanato in conseguenza dell'esercizio di un potere speciale, dovrà limitare il proprio sindacato all'indagine concernente eventuali profili di illogicità della decisione e afferenti alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio di tale potere.

Detta discrezionalità costituisce altresì una diretta conseguenza dell'indeterminatezza testuale della normativa, la quale si avvale di una terminologia alquanto generica.

Nozioni come “fattori produttivi critici”, “elevata intensità tecnologica” e “grave pregiudizio” risultano caratterizzati da una evidente carenza di specificità; ma, a ben vedere, si è trattato di una scelta legislativa obbligata.

Per un verso, l'elaborazione di una disciplina eccessivamente tecnica e specifica avrebbe inevitabilmente ridotto l'ambito applicativo della stessa, nonché aumentato esponenzialmente il rischio di elusione.

Per altro verso, sarebbe venuta meno la funzione sottesa alla disciplina stessa: consentire al Governo di operare una valutazione circa la potenziale pericolosità delle singole operazioni, la quale non può che essere svolta caso per caso, tenendo in debita considerazione le circostanze concrete in cui l'operazione viene delineata, la natura dei soggetti protagonisti e le possibili implicazioni della stessa in un determinato settore. E ciò richiede un margine di valutazione alquanto ampio, che non può essere garantito se non allargando le maglie di operatività della normativa.

Ne deriva, tuttavia, un pregiudizio al principio di legalità in termini di sacrificio della certezza applicativa⁶⁵.

È pertanto auspicabile un'attività di riforma che tenga presente queste storture di sistema e che si concretizzi in una operazione di riscrittura della normativa nel tentativo di dotarla di maggior specificità.

Invero, questa elevata discrezionalità è comunque temperata dai controlli preventivi di legittimità – compiuti dalla Corte dei Conti –, dalle garanzie giurisdizionali – la cui effettiva attuazione viene assicurata dal giudice amministrativo – e, in ultimo, dal vaglio operato dal Parlamento all'esito della presentazione, da parte del Governo, della relazione annuale in cui sono rese note, e-

⁶⁴ Sul tema: B. RAGANELLI-F. MARCONI, *Emergenza, crisi economica e golden power*, in *Concorrenza e Mercato. Antitrust, Regulation, Consumer Welfare, Intellectual property*, vol. 26-27, numero speciale COVID-19: Aiuti di Stato e diritto della concorrenza, a cura di F. Di Porto-E. Bani, Giuffrè, Milano, 2020, p. 142.

⁶⁵ M. CLARICH-G. MARRA, *Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, cit.

splicitate e motivate tutte le ipotesi in cui si è ritenuto opportuno avvalersi dell'esercizio dei poteri speciali.

Perlimes, tuttavia, la valutazione svolta nel caso di specie dal TAR, laddove ha ritenuto non necessaria una motivazione rafforzata dell'esecutivo nell'ipotesi in cui quest'ultimo intenda discostarsi dal parere formulato *ex ante* dal Gruppo di coordinamento.

A ben vedere, un obbligo di motivazione rafforzata, ancorché previsto in via pretoria, garantirebbe non soltanto una maggior dialettica in punto di valutazione delle operazioni ritenute rilevanti ai sensi dell'applicabilità della disciplina dei poteri speciali, ma consentirebbe altresì di limitare la discrezionalità valutativa di cui gode il Governo, costringendo quest'ultimo ad esplicitare le ragioni della propria decisione, favorendo un contraddittorio sulle stesse.

In generale, pare in ogni caso necessaria un'implementazione dei meccanismi di *disclosure* e di interlocuzione in sede procedimentale⁶⁶, che in qualche maniera consentano un efficace contemperamento tra il diritto di libera iniziativa economica facente capo alle imprese e l'eventuale esigenza di compressione – talvolta significativa – di tale libertà.

Inoltre, nel riconoscere le ragioni di un rafforzamento del potere governativo, è altresì naturale chiedersi se l'impostazione delineata dall'attuale normativa in materia di *golden powers* non possa nel tempo condurre ad una deriva protezionistica, tale da scoraggiare gli investitori provenienti dall'estero.

Proprio in forza di tale pericolo, in dottrina si è prospettato l'avvento di interventi strutturali, diretti a dotare l'ordinamento societario di misure di salvaguardia del valore aziendale⁶⁷.

Neppure va dimenticato il rischio che dall'esercizio di tali poteri possano derivare effetti anticoncorrenziali particolarmente distorsivi, con conseguente pregiudizio avverso le libertà economiche sancite dai Trattati europei.

In conclusione, è evidente come la normativa concernente l'esercizio dei poteri speciali sia oggi strutturata come uno strumento nelle mani dell'esecutivo finalizzato alla salvaguardia del sistema imprenditoriale interno.

Ed anzi, nel contesto amministrativo nazionale (e non solo) emerge una sostanziale fascinazione per il congegno normativo dei *golden powers*, i quali costituiscono un meccanismo protettivo funzionale «a preservare il localismo delle principali società nazionali in un momento in cui queste ultime risultano agevolmente scalabili da parte di investitori stranieri»⁶⁸.

Invero, ancorché, ad un primo sguardo, possa sembrare che lo strumento del *golden power* assurga a meccanismo diretto ad un approccio politico-economico sostanzialmente dirigistico, la realtà è, tuttavia, ben diversa.

Indubbiamente l'attuazione della normativa in parola porta con sé il rischio di limitare i flussi di investimento provenienti dall'estero, nonché quello di paralizzare molteplici operazioni suscettibili di determinare un riassetto delle singole compagini sociali e, in generale, dell'intelaiatura imprenditoriale in determinati settori.

⁶⁶ Per un approfondimento, si segnalano i seguenti contributi: M. MIDIRI, *Certezza nel mercato e accertamenti Consob: la prospettiva del Giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2022, p. 159; A. GEMMI, *Il principio di legalità tra authorities e golden power: quale spazio per i poteri impliciti*, in *Rivista Italiana di Dir. Pubblico Comunitario*, 2021, p. 365.

⁶⁷ A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, p. 282.

⁶⁸ *Ibidem*.

Tuttavia, al di là di questi potenziali effetti collaterali, la finalità dei poteri speciali è – lo si è più volte evidenziato – salvaguardare l'assetto imprenditoriale nazionale da possibili scalate ostili di investitori esteri, tali da arrecare pregiudizio in termini di sottrazione di *know how* e tecnologie produttive innovative.

Si tratta di una valutazione che dev'essere sottoposta evidentemente ad una operazione di bilanciamento, che tenga conto non soltanto dei principi sanciti dalla normativa euro-unitaria in tema di libertà di circolazione e stabilimento, bensì anche delle esigenze di tutela degli assetti imprenditoriali nazionali e della necessità di garantire adeguati livelli di controllo alla filiera produttiva, a maggior ragione nella congiuntura economica in cui ci troviamo, già duramente colpita dalle nefaste conseguenze della pandemia da Sars-Cov-2 ed ora destinata a subire un ulteriore contraccolpo a causa della crisi climatica e del conflitto in atto tra Russia e Ucraina.



COMMENTI

Il silenzio dell'amministrazione tra mercato e persona

The silence of the administration between the market and the person

di **Barbara Mameli***

ABSTRACT

Il lavoro è una riflessione sui recenti interventi normativi e giurisprudenziali in tema di silenzio assenso, che si inseriscono nel solco, ormai già ben evidenziato, della semplificazione e liberalizzazione a costo di un arretramento del pubblico potere. Si vuole tentare di porre in evidenza come, da sola, tale scelta possa non costituire valida soluzione all'inefficienza amministrativa e possa porsi in contrasto con la Costituzione. Ridimensionare il ruolo dell'amministrazione comporta seri rischi in una società complessa dove al soggetto pubblico è richiesto di intervenire nell'attuazione del disegno politico per adottare provvedimenti aderenti ai valori costituzionali prevalenti, volti a realizzare la fondamentale tutela della dignità umana.

The work is a reflection on recent regulatory and jurisprudential interventions on tacit consent, which are part of the already well-underlined path of simplification and liberalization at the cost of a retreat of the public power. The essay tries to highlight how this choice may not constitute a valid solution to administrative inefficiency and may be in conflict with the Constitution. Downsizing the role of the administration carries serious risks in a complex society where the public entity is required to intervene in the implementation of the political design to adopt corresponding measures to the prevailing constitutional values, realizing the fundamental protection of human dignity.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Semplificazione e silenzio assenso. – 3. Il silenzio assenso, un istituto imperfetto e i ripetuti sforzi del legislatore per accelerare. – 4. Semplificazione, liberalizzazione e tutela della persona. – 5. Diritti, libertà fondamentali e libertà economica.

1. Premessa

L'occasione di riflessione è offerta dai recenti interventi del legislatore¹ e da una recente pronuncia del Consiglio di Stato che sceglie di dedicare un approfondimento all'istituto del silenzio assenso, oggetto di disciplina non sempre chiara e di orientamenti giurisprudenziali discordanti².

* Professoressa associata di diritto amministrativo, Università del Piemonte Orientale.

¹ D.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (decreto semplificazioni); d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 (decreto semplificazioni-bis).

² Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746, dove, confermando quanto ritenuto dal giudice

L'Amministrazione che non risponde è questione ampiamente studiata e oggetto di dibattito nel nostro ordinamento giuridico³ e, come già ampiamente osservato, sicuramente un costo non indifferente per l'ordinamento, in termini di cattiva gestione di risorse pubbliche⁴, danni economici per i destinatari del provvedimento⁵, inaffidabilità nella competizione di mercato⁶.

Con riferimento ai danni economici per il soggetto privato il legislatore si è principalmente incentrato sulla tutela della posizione soggettiva nei confronti della PA, sancendo in via generale l'obbligo di concludere il procedimento (art. 2, legge n. 241/1990) e la giurisprudenza, per lungo tempo consolidata, ha considerato il decorso del termine di legge per provvedere un presupposto processuale⁷.

L'orientamento è stato rivisto soltanto con pronuncia dell'Adunanza Plenaria dove si è ritenuto che il decorso del termine per provvedere non sia un presupposto processuale ma una condizione dell'azione⁸.

di prime cure e, in particolare, che nella fattispecie oggetto di giudizio non potesse nemmeno invocarsi l'istituto del silenzio assenso, il Supremo Consesso amministrativo ritiene opportuno soffermarsi sull'istituto fornendo alcune importanti precisazioni.

³ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 393 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla L. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. – Tar*, 2006, c. 2798 ss.; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in www.giustizia-amministrativa.it; B. TONOLETTI, voce *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Digesto Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 181 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, p. 93 ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 285 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

⁴ G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 695 ss., in part. 705-708.

⁵ Il fattore tempo diviene autonomo bene oggetto di tutela, “anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento [sia] sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica”, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739; Id., sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271. In dottrina si rinvia a M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 149 ss.; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta Amministrativa*, 1, 2017.

⁶ M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, in *Riv. giur. di urbanistica*, 1/2022, 39, puntualizza: “È del tutto pacifico che il silenzio inadempimento leda sia l'interesse del privato, che in tal modo non è in grado di conoscere la regola concreta del rapporto giuridico che lo lega all'amministrazione, sia l'interesse della stessa amministrazione, costituendo l'inerzia amministrativa una rinuncia all'individuazione in concreto dell'interesse pubblico e della modalità migliore di realizzarlo”. Si precisa poi, subito dopo: “Il silenzio inadempimento viola i fondamentali principi di doverosità e di responsabilità della pubblica amministrazione – precipitati del principio costituzionale di buon andamento –, il principio di certezza delle relazioni giuridiche, nonché il principio di buona fede e di lealtà”.

⁷ L'art. 31, co. 1 c.p.a., consente a chi vi abbia interesse di proporre ricorso “decorsi i termini per la conclusione del procedimento”. Sul punto si rimanda a M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in *Giur.it.*, 2017, in particolare pp. 990 e 992 ss.

⁸ Con. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15. Anche su questo si rimanda a M. SICA, *op. cit.*, p. 993, dove l'A. conclude osservando che l'azione avverso il silenzio può quindi essere proposta anche prima del decorso del termine e il giudice deve accoglierla in tutti i casi in cui venga dimostrato che la p.a. è inadempiente perché non può concludere il procedimento entro il termine di legge.

In realtà, però, come efficacemente osservato, l'obbligo di concludere il procedimento, oltre ad essere normativamente previsto, risponde ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità ma, ciò nonostante, "l'influenza che il principio dell'obbligo di concludere il procedimento (...) ha avuto sulla giurisprudenza è stata particolarmente significativa in tema di procedimenti ad istanza di parte mentre non si può dire altrettanto per quanto concerne i procedimenti d'ufficio"⁹.

A ciò deve poi aggiungersi che, adita la via giurisdizionale, il giudice può fissare alla PA un nuovo termine per provvedere, vanificando di fatto le finalità dell'art. 2, legge n. 241/1990¹⁰.

Così, al fine di mitigare i danni economici per il destinatario del provvedimento, il legislatore, oltre a richiedere riduzione e certezza dei termini procedurali, ha introdotto il risarcimento del danno da ritardo¹¹ dove il fattore tempo diviene "bene della vita", in quanto incide sulle prospettive, aspettative e scelte dei privati, condizionando la loro vita e la loro attività ed incidendo negativamente sulla convenienza economica delle scelte preventivate¹².

Il ritardo, o meglio la certezza del tempo entro il quale l'attività amministrativa deve essere compiuta, viene anzitutto a costituire la maggiore causa di danno per il buon andamento delle operazioni e delle relazioni economiche, divenendo la principale fonte di inefficienza del mercato stesso.

Ciò avviene principalmente nel caso di ritardo dei provvedimenti che ampliano la sfera giuridica dei destinatari.

Per quanto riguarda, invece, l'esigenza di garantire la competitività di mercato, sempre il legislatore ha scelto di intraprendere il sentiero della semplificazione amministrativa, consacrando la liberalizzazione dell'iniziativa economica privata¹³ ed eliminando, in via generale con il meccanismo del silenzio-assenso, l'esercizio del potere amministrativo una volta scaduto il termine del procedimento¹⁴.

⁹ M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento*, cit., p. 991.

¹⁰ M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento*, cit., pp. 993 e 994.

¹¹ Con l'introduzione dell'art. 2-bis, legge n. 241/1990, aggiunto dall'art. 7, legge n. 69/2009. Per puntualizzazioni sull'istituto si rinvia a S. LUCATTINI, *La responsabilità da ritardo dell'azione amministrativa: dalla spettanza alla satisfattività*, in *Foro amm. Tar*, 2011, p. 1896 ss.; R. CHIEPPA, *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)*, in www.giustiziamministrativa.it.

¹² La responsabilità da danno da ritardo "si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento [...]) il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione", Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

¹³ F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 579 ss.

¹⁴ Sono altresì indicate ipotesi dove i provvedimenti amministrativi di tipo autorizzatorio, previsti dal legislatore per intraprendere l'attività economica, sono sostituiti mediante atti di natura privata, la segnalazione certificata di inizio attività, sottoposta – eventualmente – ad un controllo amministrativo successivo peraltro esercitabile in un breve lasso temporale. F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 741 ss., dove si evidenzia come "L'anima liberale che emerge carsicamente nella disciplina del procedimento amministrativo ha recentemente tentato di invertire il rapporto fra il cittadino e la pubblica amministrazione prevedendo il silenzio assenso generalizzato di fronte ad istanze dei cittadini e la

L'unico correttivo all'accesso sul mercato restano i poteri di autotutela riservati, per un limitato lasso temporale, ad una amministrazione ormai considerata dispendioso ostacolo e potenzialmente lesiva dei principi di affidamento e certezza del diritto.

Tale meccanismo avrebbe dovuto garantire un risparmio di spesa pubblica: "alla semplificazione del procedimento avrebbe dovuto corrispondere una riduzione degli adempimenti per gli apparati pubblici; la riduzione degli adempimenti avrebbe potuto giustificare una riduzione del personale. Si viveva l'illusione che una riforma che fosse partita dalla disciplina del procedimento avrebbe potuto estendersi, con effetti virtuosi, sugli apparati amministrativi"¹⁵.

Le risorse pubbliche, però, continuano ad essere oggetto di mala gestione e ritardi, sacrificando il benessere collettivo e confermando che, in mancanza di programmazione politica seria¹⁶, in assenza di attenzione ai problemi organizzativi della PA, la scelta della semplificazione può soltanto determinare un arretramento dell'amministrazione.

Tuttavia, proseguendo nel solco intrapreso, che dà per scontata l'inadeguatezza dell'amministrazione nell'intervenire tempestivamente nei procedimenti amministrativi complessi e rincorre l'obiettivo di attrarre capitali privati e garantire l'iniziativa economica privata¹⁷, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla normativa del procedimento e con il c.d. decreto semplificazioni *bis* ha ritoccato l'istituto del silenzio-assenso al fine di rimuovere gli ostacoli che il privato ancora incontrava nel perseguire i propri obiettivi: l'adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento tardivo o la necessità di

c.d. SCIA (la segnalazione certificata di inizio di attività), perfezionamento della precedente dichiarazione di inizio attività (DIA), anch'essa varie volte emendata, per tutti gli atti autorizzatori a presupposto vincolato". Più ampiamente cfr. dello stesso A., *Libertà politica e libertà economica nel contraddittorio amministrativo*, in *Studi in onore di Vincenzo Caianiello*, Napoli, 2008, 489 ss. Sulla portata semplificatoria del silenzio-assenso M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, n. 7/2015; ID., *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, p. 435 ss.; L. FERRARA, *Dia (e silenzio assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 759 ss.; M. ANDREIS, *Silenzio-assenso, semplificazione competitiva e D.I.A.: problemi e profili applicativi alla luce dei nuovi articoli 19 e 20 della l. n. 241 del 1990, sostituiti dalla L. 80/2005*, Milano, 2005; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 ss.; G. VESPERINI, *Il silenzio assenso e la denuncia sostitutiva di autorizzazione dopo la legge 241 del 1990: un bilancio*, in *Dir. e società*, 1997; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, n. 1/2022; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, n. 10/2020; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della P.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020.

¹⁵ Così A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*.

¹⁶ Come precisato dalla Corte costituzionale, *spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione dei diritti fondamentali, affinché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale*, Corte cost., 19 ottobre 2016, n. 275, riferita al diritto all'istruzione del disabile, come sancito nell'art. 38 Cost.

¹⁷ F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, cit., par. 2, oggi come allora "la liberalizzazione come strumento di intervento sulla crisi economica". L'A. osserva: "Se si va a vedere che cosa si nasconde dietro il termine 'liberalizzazione' anticrisi, spesso accompagnato da quello economicamente più asettico di "semplificazione amministrativa", si scopre ben presto che per "l'iniziativa del privato" si tratta di un notevole cambiamento, che, se portato alle sue logiche conseguenze, potrebbe anche trasformarsi in una rivoluzione copernicana".

dimostrare l'intervenuto accoglimento dell'istanza per decorso del termine procedimentale¹⁸.

A nulla paiono valse critiche puntuali volte ad evidenziare come "l'inerzia dell'amministrazione è una disfunzione e il tentativo di qualificarla come strumento di semplificazione o addirittura di liberalizzazione incontra limiti evidenti"¹⁹.

Nulla, o molto poco, pare essere stato tentato per garantire un'amministrazione responsabile nell'attuazione dei diritti e libertà fondamentali, capace di concretizzare il disegno politico finalizzato ad interpretare i bisogni dei cittadini e garantire il miglior livello di vita possibile²⁰.

Risarcimento del danno da ritardo e silenzio assenso non assicurano da soli la realizzazione dell'interesse pubblico, esattamente come efficienza e celerità non garantiscono l'attuazione dei diritti fondamentali²¹.

È indubbio che tale dovere che grava sull'amministrazione ai sensi dell'art. 2 Cost.²² abbia un costo rilevante e che le risorse private possano sopperire alla carenza di risorse pubbliche, preoccupa, però, l'eccessivo indietreggiare del potere pubblico dinanzi alle necessità di una economia che vuole apparire in costante movimento²³.

¹⁸ Evidenzia M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, cit., pp. 46 e 47: "Il silenzio assenso è caratterizzato da un'incertezza genetica, perché il privato si trova in una situazione di grave indeterminatezza relativamente alla consistenza della propria situazione giuridica soggettiva (...) La mancanza di un provvedimento espresso rischia di esporre il soggetto che presenta domanda a continue contestazioni e la questione di fondo è attribuirgli sicurezza, pur in mancanza di un atto espresso, in ordine allo svolgimento delle proprie attività". rilasciare, per via telematica ed entro dieci giorni dalla richiesta del privato, l'attestazione del decorso dei termini del relativo procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda.

¹⁹ L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 23. Si veda anche la puntuale critica formulata da A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit.: "L'illusione originaria però non fu superata: all'insuccesso pratico della prima semplificazione fu risposto ancora una volta con l'intervento legislativo sulla disciplina del procedimento. Fu assegnato carattere generale ai modelli di semplificazione procedimentale riferiti alle attività private; furono ridotti i casi di deroghe alle semplificazioni 'endoprocedimentali' (si pensi alla sorte dei c.d. interessi sensibili); fu prospettata, come strumento per estendere la portata di questi modelli, la codificazione di discipline che in realtà risultavano sempre più elaborate (si pensi al caso della conferenza di servizi, progressivamente trasformata in un insieme di istituti diversi, oggi caratterizzati da un formalismo esasperato)".

²⁰ Sul punto si rivelerebbe molto utile una valutazione dei termini procedimentali in rapporto alla complessità dei procedimenti e alle risorse in dotazione all'amministrazione competente, cfr. S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2021, p. 783 ss.

²¹ *Il soggetto privato non è la persona istituzionalmente incaricata di perseguire l'interesse pubblico e potrebbe, anzi, ostacolarlo per realizzare fini personali.*

²² Si vedano L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, vol. IV, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, p. 526 ss., il quale conclude affermando che sul piano soggettivo la titolarità dei "doveri inderogabili di solidarietà" di cui all'art. 2 Cost., può essere imputata anche alle pubbliche amministrazioni (p. 532). L'A. si esprime condivisibilmente in termini di funzione pubblica di rilievo costituzionale, funzione pubblica che sembra enfatizzata unicamente quale ostacolo alla liberalizzazione del mercato. Si vedano anche F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

²³ Già A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 52, osservava come anche nella legislazione più recente l'introduzione del silenzio assenso risulta in genere correlata con finalità di agevolazione di determinate attività economiche.

Nelle pagine che seguono si vuole cercare di porre in evidenza come il silenzio-assenso, se da un lato garantisce libertà di impresa e buon funzionamento del mercato, se non accompagnato da una politica seria, rigorosa e coerente, capace di valida programmazione e attuazione del Testo costituzionale²⁴, nonché di imporre precisi indirizzi all'attività amministrativa²⁵, rischia di trasformarsi in meccanismo per violare la Costituzione, consentendo interventi in contrasto con i diritti fondamentali che difficilmente l'amministrazione avrà risorse e tempo per contrastare *ex post* eliminando danni verificatisi²⁶.

Si cercherà di sottolineare come gli interventi normativi non dovrebbero tanto (e solo) concentrarsi sull'attività amministrativa, ma intervenire sull'organizzazione e sulla distribuzione delle competenze all'interno delle amministrazioni: sono i procedimenti più semplici che andrebbero semplificati, per quelli più complessi si renderebbe necessario intervenire sulla preparazione ed efficienza dei soggetti pubblici²⁷.

2. Semplificazione e silenzio assenso

*Il meccanismo del silenzio-assenso è definito dal Consiglio di Stato, con parere del 2016, come sanzione e rimedio rispetto all'inerzia dell'amministrazione: "il meccanismo del silenzio-assenso stigmatizza l'inerzia dell'amministrazione coinvolta, ancorché non fisiologica, tanto da ricollegarvi la più grave delle 'sanzioni' o il più efficace dei rimedi: la definitiva perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento"*²⁸.

Tale sanzione a tutela del soggetto privato, rivolta al soggetto chiamato a

²⁴ Corte cost., tra le tante, sentenze nn. 509/2000; 252/2001; 111/2005; 432/2005; 162/2007; 219/2008; 354/2008; 10/2010; 269/2010; 299/2010; 61/2011; 62/2013; 203/2016; 95/2016; 275/2016; 83/2019; 55/2019; 206/2019; 240/2019; 152/2020; 260/2020; 263/2020. Specifica G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 7 ss., per tutti i diritti fondamentali enunciati e tutelati nella Costituzione il "nucleo essenziale è, di volta in volta, individuato dal giudice delle leggi in base a criteri non prefissati, ma comunque riferibili al dato costituzionale [...] questa 'flessibilità', legata a situazioni storiche di natura culturale, economica e sociale, non è in contrasto con la 'certezza del diritto', da molti invocata per ridurre al massimo l'incidenza dei principi costituzionali nell'ordinamento giuridico, ma al contrario, serve a garantire la certezza e l'effettività del diritto costituzionale, che possiede – non lo si dimentichi! – la peculiarità di dettare un dover essere normativo anche al potere legislativo. Negare ciò significherebbe negare le basi stesse dello Stato costituzionale".

²⁵ Osserva A. MAZZIOTTI, *La più importante delle riforme*, cit.: "Sarebbe sicuramente possibile smetterla di 'amministrare per legge', lasciando all'amministrazione il ruolo, per l'appunto, di amministrare, e quindi di gestire le risorse destinate alle misure di piccola dimensione nei settori di propria competenza". Sul punto si veda già ampiamente F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

²⁶ Capacità amministrativa ed istituzionale, miglioramento della qualità della legislazione, certezza del diritto e strategie politiche chiare, oltre a un sistema giudiziario efficiente, sono stati i requisiti utilizzati dall'ordinamento europeo per garantire l'effettività degli obiettivi; si ritiene fondamentale diventino i requisiti dell'ordinamento nazionale per assicurare l'implementazione della Costituzione.

²⁷ A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit.: "la prospettiva di una maggiore efficienza degli apparati pubblici finisce anzi col rappresentare una sorta di conseguenza virtuosa della crisi economica, tanto più interessante in quanto destinata a produrre conseguenze anche dopo l'auspicato superamento della crisi".

²⁸ Cons. Stato, comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640.

conseguire il pieno sviluppo della personalità umana imposto e consacrato all'art. 2 della Costituzione²⁹, ha immediatamente mostrato la sua debolezza nel garantire la liberalizzazione poiché, come osservato, "la combinazione tra l'estensione dei casi di silenzio qualificato, nelle due forme del silenzio assenso e della denuncia sostitutiva, la complessità della disciplina da applicare e la difficoltà correlativa di poterne identificare con certezza le conseguenze puntuali"³⁰ creano non indifferenti problemi applicativi "con il rischio conseguente che tanto più è ampio il numero degli interessi privati e pubblici coinvolti, e rilevante la loro qualità, tanto maggiori sono le possibilità che il provvedimento formatosi tacitamente (ove, ovviamente, concorrano vizi dello stesso) sia impugnato dai privati controinteressati o annullato dalla amministrazione nell'esercizio dei poteri di autotutela"³¹.

Eppure, per la concretizzazione degli effetti conseguenti a semplificazione e liberalizzazione, si ritiene necessario che il silenzio assenso trovi applicazione anche e soprattutto nei confronti dei procedimenti più complessi³², indipendentemente dalla rilevanza degli interessi pubblici da tutelare; anche il Codice delle comunicazioni elettroniche, per esempio, attua la semplificazione e liberalizzazione per l'installazione delle strutture e degli apparati di telecomunicazioni³³.

Così, "un dispositivo teso unicamente all'affrancamento del richiedente dalle conseguenze della condotta (patologicamente) inerte del decisore pubblico"³⁴, finisce per divenire lo strumento per rilasciare autorizzazioni in tempi certi a scapito di ponderate valutazioni dell'interesse pubblico³⁵.

Il Testo costituzionale è in bilico tra le esigenze di mercato imposte dal legislatore europeo e la tutela dei diritti fondamentali³⁶.

²⁹ B. MAMELI, *Amministrazione per fini pubblici e responsabilità*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 1/2021, 199 ss.

³⁰ G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 83 ss.

³¹ G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, cit. Proprio l'incertezza sulla portata effettiva dell'istituto di fronte al rischio che l'interpretazione di formule generiche necessariamente presenta, ha consentito all'amministrazione di limitare gli effetti pratici del silenzio assenso limitandone l'ambito di applicazione nella realtà concreta.

³² C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, in *questa Rivista*, 1, 2020: "La semplificazione svolge un ruolo determinante nei settori caratterizzati da complessità degli interventi da realizzare che coinvolgono una molteplicità di interessi pubblici e privati e che richiedono necessariamente una autorizzazione".

³³ Il silenzio assenso si forma con il decorso del termine di novanta giorni dalla presentazione delle istanze di autorizzazione, senza che l'amministrazione abbia adottato provvedimenti espliciti o sia intervenuto parere negativo dell'organismo a cui competono i controlli in merito ai parametri emissivi.

³⁴ E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in materia di telecomunicazioni*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1931.

³⁵ Come osservato il silenzio assenso consente di evitare che le procedure molto complesse, per i lunghi tempi necessari al rilascio del titolo autorizzatorio costituiscano un disincentivo all'investimento di capitali privati. "Tali operatori, che investono risorse significative nella realizzazione di progetti per le energie rinnovabili, sono portati a rinunciare all'iniziativa qualora i tempi siano eccessivamente lunghi e, a causa della complessità della procedura, vi siano difficoltà nell'adozione della decisione di autorizzazione definitiva", C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, cit.

³⁶ Come evidenziato da A. DELL'ATTI, *L'agenda europea per la c.d. economia collaborativa*, in *questa Rivista*, 2016, fasc. 2, a proposito dell'economia collaborativa, "può causare incertezza sulle norme applicabili, specie se si unisce alla frammentazione normativa derivante da approcci normativi divergenti a livello nazionale o locale e ciò, a sua volta, ostacola lo sviluppo dell'economia collaborativa in Europa e impedisce la piena realizzazione dei benefici che essa comporta. Allo stesso tempo esiste il rischio che si sfruttino le "zone grigie" normative per aggi-

Se il tempo dell'agire deve rispondere alla necessità, per cittadini e imprese, di ottenere in modo rapido ed efficiente i beni e i servizi resi dalle pubbliche amministrazioni³⁷, non può ignorarsi che l'amministrazione efficiente deve garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico, la cui puntuale identificazione richiede non di rado valutazioni complesse.

Il periodo attuale si caratterizza per incertezza giuridica e scientifica: "la crisi delle certezze investe sia la scienza nel suo complesso che la scienza del diritto in particolare", "tanto che i concetti dominanti appaiono essere non già la verità e la certezza, ma, al contrario, l'errore e l'incertezza", e il dogma della infallibilità della scienza, assunta all'interno delle dinamiche giuridiche, acquista natura ontologicamente "incerta" e "in divenire"³⁸.

L'unica possibilità per evitare situazioni che comportino danni irrimediabili è quella di puntare sull'efficienza, senza farla coincidere con liberalizzazione e semplificazione³⁹.

Proclamare la vittoria dei mercati sulla politica, e la conseguente rinuncia della politica ad esercitare sui mercati un potere di indirizzo e funzionalizzazione agli interessi costituzionalmente protetti, equivarrebbe a condannarci a non uscire più da una crisi economica e sociale che in tutti i modi si è tentato di mascherare.

Pare troppo superficiale addossare la responsabilità dell'inefficienza al necessario intervento del soggetto pubblico (autorizzazioni, approvazioni, gare...). Nel settore pubblico, come in quello privato, chi agisce è sempre un essere umano: nel settore privato è un imprenditore sottoposto a responsabilità che persegue finalità personali ben chiare, nel settore pubblico è un individuo che deve determinare quale sia, anche in situazioni complesse, la soluzione capace di salvaguardare o realizzare al meglio il fine pubblico⁴⁰.

Le soluzioni accolte dal legislatore sono tutte volte verso una sempre più massiccia semplificazione e deresponsabilizzazione dell'amministrazione, presunte 'semplificazioni' che spesso paralizzano ancor più l'operato della P.A.

Si è finora scelto di non puntare sul processo di formazione e crescita del personale, che torna così nel ruolo descritto da Balzac, riducendosi a svolgere attività di "passacarte" e, come tale, proiettato solo a considerare aspetti formali e burocratici, senza alcun approfondimento del merito delle questioni⁴¹.

rare le norme intese a tutelare l'interesse pubblico. L.R. PERFETTI, *Prefazione*, in D. VESE, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pisa, 2016, 5, sottolinea la necessità di restituire dignità all'amministrazione denunciando la resa dell'autorità dello Stato in favore del potere delle forze economiche del mercato.

³⁷ D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 779 ss.

³⁸ Così G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2004, p. 411, che già definiva quello tra scienza e diritto come un rapporto tra due incertezze; si veda altresì, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, pp. 111-112; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012.

³⁹ A. POLICE, *Unresponsive Administration e rimedi: una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, Roma 7/8 ottobre 2016 – Aipda, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in www.aipda.it; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 ss.

⁴⁰ B. MAMELI, *Efficienza amministrativa e discrezionalità ai tempi della pandemia*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2020, p. 193 ss.

⁴¹ "All'inosservanza dei termini per l'ultimazione del procedimento, si cerca di rimediare col silenzio-assenso e con la s.c.i.a., e non assicurando in modo efficace (e non soltanto enfatico) l'osservanza dei termini stessi. Si tratta però di una tecnica impropria, perché sembra rappre-

3. Il silenzio assenso, un istituto imperfetto e i ripetuti sforzi del legislatore per accelerare

Nonostante l'apparente entusiasmo verso la generalizzazione di un istituto inizialmente riservato a specifiche previsioni normative, come il rilascio di concessione edilizia⁴², l'istituto del silenzio assenso continua a caratterizzarsi per il mancato esercizio della funzione amministrativa⁴³.

E, se inizialmente il potere di autotutela riservato all'amministrazione, in virtù del principio dell'inesauribilità del potere⁴⁴, costituiva un (sia pur debole) contrappeso alla liberalizzazione, i recenti interventi normativi hanno drasticamente ridotto il termine per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio, privilegiando certezza del diritto e affidamento⁴⁵.

Ora, è chiaro che il silenzio-assenso trova sempre come origine e limite essenziale un dovere di provvedere⁴⁶ e l'intervenuta formazione dell'assenso tacito non implica il venir meno del dovere di provvedere.

Tale dovere di provvedere, una volta intervenuto il provvedimento tacito, se da un lato potrebbe non ammettere un provvedimento tardivo perché il procedimento è ormai concluso⁴⁷, si sarebbe, però, potuto risolvere in una autotutela doverosa.

Sennonché il legislatore dei recenti decreti semplificazioni pare aver rivolto preminente attenzione all'affidamento del privato e, come già più sopra evidenziato, ha ridotto ulteriormente il termine per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio.

Ma non basta, alla limitazione normativa dell'esercizio della funzione, la giurisprudenza aggiunge un importante, quanto preoccupante, revirement.

Il Supremo Consesso amministrativo ha recentemente precisato che "il dispositivo tecnico denominato 'silenzio-assenso' risponde ad una valutazione

sentare la modalità prescelta dal potere esecutivo, che a sua volta dovrebbe disporre di altri strumenti di intervento (si pensi all'assetto della dirigenza, o all'iniziativa per far emergere responsabilità individuali), ma evidentemente preferisce non utilizzarli. È una tecnica che perciò documenta, in ultima analisi, una crisi, piuttosto che la sua soluzione; soprattutto dimostra l'incapacità di ricorrere agli strumenti ordinari che dovrebbero assicurare il buon andamento degli apparati pubblici" così A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit. nelle conclusioni.

⁴² Legge n. 94/1982.

⁴³ Cfr. A.M. SANDULLI, *Il silenzio: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 715, dove si evidenzia che illegittimità e invalidità riguardano unicamente i provvedimenti mentre i fatti, che acquistano rilevanza dalle condizioni rappresentate nell'istanza e dall'inerzia dell'amministrazione, integrando la fattispecie normativamente disegnata secondo lo schema del silenzio-assenso, possono valutarsi esclusivamente in termini di esistenza-inesistenza; si veda anche ampiamente A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., p. 235.

⁴⁴ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

⁴⁵ Art. 21-*nonies*, comma 1, legge n. 241/1990 come mod. dall'art. 63, comma 1, d.l. n. 77/2021, che ha ridotto il termine da 18 a 12 mesi.

⁴⁶ A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., p. 249.

⁴⁷ Si veda art. 2, legge n. 241/1990, comma 8-*bis*, laddove prevede che le determinazioni relative agli atti di assenso, adottate dopo la scadenza dei termini del procedimento sono inefficaci. Specifica il Consiglio di Stato: "L'ammissibilità di un provvedimento di diniego tardivo si porrebbe in contrasto con il principio di «collaborazione e buona fede» (e, quindi, di tutela del legittimo affidamento) cui sono informate le relazioni tra i cittadini e l'Amministrazione (ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990)". Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746.

legale tipica in forza della quale l'inerzia 'equivale' a provvedimento di accoglimento (tale ricostruzione teorica si lascia preferire rispetto alla tesi 'attizia' del silenzio, che appare una *fiction* non necessaria). Tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge"⁴⁸.

La pronuncia rivede e contrasta il pregresso prevalente orientamento giurisprudenziale che riconosceva: "la formazione tacita del silenzio-assenso presuppone, quale condizione imprescindibile non solo il decorso del tempo della presentazione della domanda senza che sia presa in esame e sia intervenuta risposta dall'Amministrazione, ma anche la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio-assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista"⁴⁹.

La ragione pare ben evidenziata da una precedente pronuncia del Consiglio di Stato, dove ancora si distingueva tra semplificazione e liberalizzazione e non si intendeva perseguire la seconda utilizzando forme di semplificazioni finalizzate a ridimensionare il potere: il silenzio assenso costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa e non di liberalizzazione, per cui esso non si perfeziona con il mero decorrere del tempo, ma richiede la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge per l'attribuzione del bene della vita. Inoltre il silenzio-assenso non può formarsi in carenza della documentazione completa richiesta dalla normativa in quanto "l'eventuale inerzia dell'Amministrazione nel provvedere (...) non può far guadagnare agli interessati un risultato che gli stessi non potrebbero mai conseguire in virtù di un provvedimento espresso"⁵⁰.

Poiché nelle intenzioni del legislatore dei richiamati decreti la semplificazione diviene, invece, presupposto per la liberalizzazione, e le modifiche apportate alla normativa procedimentale tentano di eliminare gli ostacoli che potevano frapporsi all'affidamento nei confronti del provvedimento tacito di accoglimento, con la richiamata pronuncia del 2022 il Consiglio di Stato tenta di superare la distinzione tra carenza dei presupposti essenziali e difetto dei requisiti di validità, per eliminare l'incertezza sull'avvenuta formazione del silenzio assenso⁵¹.

Si afferma che la tutela dell'interesse pubblico dinanzi all'intervento as-

⁴⁸ Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746.

⁴⁹ Da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2021, n. 666; Id., sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 506.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569. Nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113; Id., sez. VI, 6 dicembre 2013, n. 5852; Id., sez. VI, 26 gennaio 2001, n. 249.

⁵¹ Si specifica che l'impostazione di "convertire" i requisiti di validità della fattispecie 'silenziosa' in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto: nessun vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda. L'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore – rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione – viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi 'silenziosamente'. Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746.

sentito tacitamente è rimessa alla necessaria conformità dell'istanza del privato al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore⁵²; in caso contrario, secondo il giudice amministrativo, trattasi di ipotesi di radicale 'inconfigurabilità' giuridica dell'istanza.

Non sembra peraltro che la conformità dell'istanza al modello normativo astratto rassicuri sulla compatibilità dell'intervento del privato con il rispetto dei diritti fondamentali⁵³, soprattutto considerando che il ruolo del responsabile del procedimento non si risolve in meri accertamenti, richiedendo l'individuazione dell'interesse pubblico concreto mediante l'utilizzo di esperienza e l'intreccio di differenti scienze e sensibilità, interesse difficilmente predeterminato ma che emerge dalla ricostruzione della fattispecie procedimentale e dalla ponderazione degli interessi, anche sensibili, coinvolti⁵⁴.

Sempre al fine di garantire un più ampio utilizzo dell'istituto opera un'altra modifica apportata dal decreto semplificazioni del 2021, che generalizza la possibilità per il privato (prima limitata a specifici procedimenti) di richiedere una attestazione di avvenuta formazione del silenzio-assenso, ovviando così alla carenza del provvedimento espresso.

Da un lato la consacrazione del meccanismo del silenzio-assenso anche in presenza di una istanza di avvio del procedimento non aderente alla cornice normativa (provvedimento di accoglimento eventualmente illegittimo), dall'altro nuovi limiti temporali all'annullamento d'ufficio⁵⁵, ancorando ancora una volta la tutela degli interessi pubblici ad interventi tempestivi da parte di un'amministrazione che si presume inefficiente, ma nei confronti della quale nulla si tenta per migliorarne l'efficienza.

Eppure questa ultima strada pare l'unica soluzione conforme al Testo costituzionale e l'unica idonea a garantirne l'attuazione concretizzando il miglior livello di benessere possibile per il popolo sovrano⁵⁶.

⁵² Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746.

⁵³ Al di fuori delle ipotesi di procedimenti amministrativi semplici, per i quali l'amministrazione potrebbe scegliere di lasciare decorrere il tempo per la formazione del silenzio-assenso e investire risorse e tempo in procedimenti complessi e delicati.

⁵⁴ Si è giunti a consacrare la partecipazione procedimentale luogo, per riprendere Benvenuti, dove si esercitano i diritti di libertà in contraddittorio con l'amministrazione e con i controinteressi (coesistenza delle libertà), fino a garantire l'esercizio attivo dei diritti di libertà e la migliore realizzazione dell'interesse pubblico. Può la liberalizzazione negare tutto questo, ritenendo il solo privato che presenta l'istanza e persegue le proprie finalità economiche capace di coniugare la coesistenza di libertà e interessi pubblici nel miglior modo possibile, come richiesto dalla previsione normativa astratta che richiederebbe l'intervento della funzione amministrativa per essere attuata? Oppure la generalizzazione del silenzio-assenso ha implicitamente assunto al rango di interesse primario mercato e concorrenza?

⁵⁵ Si deve, però, osservare che l'art. 2, comma 8-bis e l'art. 20, comma 3, legge n. 241/1990, lasciano aperto un dubbio interpretativo e la possibilità che la revoca possa costituire lo strumento per agire in autotutela una volta decorso il termine di 12 mesi. Come già evidenziato in altra sede (B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017) l'ambito di applicazione della revoca pare notevolmente ampliato, finendo con il rendere labile ed elastica la linea di confine tra i due istituti, art. 21-*quinquies*, co. 1. Il legislatore potrebbe, quindi, aver inteso consentire la cura dell'interesse pubblico anche oltre il termine per l'annullamento d'ufficio, soltanto che questa rappresenterà un costo per le già scarse risorse pubbliche, dovendo l'amministrazione provvedere con indennizzo. Ancora una volta prevarrebbe l'interesse dell'imprenditore ma almeno si consentirebbe di eliminare interventi o attività magari lesive di interessi sensibili. Sul punto si vedano anche le osservazioni e quesiti di S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 783 ss.

⁵⁶ Si veda più ampiamente *infra*.

4. Semplificazione, liberalizzazione e tutela della persona

Il più volte citato d.l. n. 77/2011, convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108, all'art. 5, comma 5, affida all'Ufficio per la semplificazione del Dipartimento della funzione pubblica il compito, tra gli altri, "di promozione e coordinamento degli interventi di semplificazione e reingegnerizzazione delle procedure e della predisposizione del catalogo dei procedimenti semplificati e standardizzati previsti nel PNRR" (lett. b), nonché di effettuare la "misurazione e riduzione dei tempi e degli oneri a carico di cittadini e imprese" (lett. c).

Le richiamate disposizioni pare impongano una semplificazione a differenti livelli poiché, se da un lato, come evidenziato, si persiste nella volontà di accelerare l'attività amministrativa intesa come ostacolo all'ingresso al mercato⁵⁷, nello stesso tempo si richiede una semplificazione maggiormente costruttiva, lo sforzo di rendere efficiente il settore pubblico.

Rivolgere attenzione esclusiva alle imprese e ai costi che sopportano per instaurare un rapporto con l'amministrazione può illudere di migliorare la crisi economica esistente, ma l'amministrazione è al servizio della persona in quanto tale, non del solo operatore economico; l'agire amministrativo è al servizio del popolo sovrano e deve volgere la sua attenzione alla persona e ai suoi bisogni; la persona è un valore costituzionale e costituisce il limite del legittimo *agere pubblico*⁵⁸.

Se nei recenti interventi normativi europei e nazionali l'efficienza delle decisioni è l'obiettivo da perseguire per l'incentivazione dell'iniziativa economica dei privati, considerando in primo luogo le vicende temporali dell'azione amministrativa, pare altresì fondamentale focalizzare l'attenzione su altro aspetto del parametro dell'efficienza per non correrla unicamente ad una visione aziendalistica. Ci si può così avvicinare ad una valutazione dell'efficienza che si allontana dai parametri economici per considerare scelte effettuate con la

⁵⁷ D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2018: "In questa prospettiva il disegno di semplificazione finisce per non concedere né spazio né tempo alle decisioni dell'amministrazione, le quali, invece, come ogni atto di determinazione, richiedono tempi e spazi lunghi al fine di poter considerare opportunamente una specifica realtà, uno specifico interesse. Accade così che nel procedimento amministrativo convivano più fattori. All'esigenza di «provvedere tempestivamente», posta alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, si contrappongono le necessità di rendere evidenti le ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la decisione amministrativa come il momento riassuntivo di un'istruttoria completa e articolata. (...) In altre parole, la complessità dell'agire amministrativo potrebbe stridere con le prerogative di celerità, di sommarietà e, dunque, di efficienza che la società odierna richiede alle decisioni della pubblica amministrazione, le quali, invece, dovrebbero essere dettagliate, ponderate, giuste".

⁵⁸ Cfr. G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996. V. anche M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 565 "se in ipotesi il legislatore omettesse di intervenire, non fissando con legge obblighi amministrativi puntuali, questo di per sé non giustificerebbe l'amministrazione pubblica a rimanere inerte, ove essa si trovi di fronte a situazioni in cui il «nucleo irriducibile» di diritti inviolabili sia esposto a minaccia di lesione o di ineffettività: in tali casi, infatti, l'art. 2 Cost., anche *sine lege*, impone alla p.a. doveri inderogabili di intervento, a protezione e garanzia di quel «nucleo irriducibile». A quei doveri l'amministrazione non potrebbe perciò sottrarsi invocando la mancanza di una *interpositio legislatoris*: se fosse altrimenti, infatti, l'omissione legislativa giustificerebbe un'inammissibile deroga a ciò che è, invece, costituzionalmente «inderogabile». Si veda anche L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, 9 gennaio 2019.

più efficiente attuazione del Testo costituzionale, garantendo che le risorse disponibili siano destinate ad attuare tali diritti⁵⁹.

Ecco, quindi, che si apre la strada per il secondo modello di semplificazione indicato dal legislatore quello rivolto alla selezione dei procedimenti, così da ricondurre a modelli più semplici i procedimenti di interesse minore, lasciando operare soltanto nei confronti di questi i meccanismi di cui agli artt. 19 e 20 della legge n. 241/1990.

La semplificazione così intesa risponde al principio di buona amministrazione interpretato come efficiente attuazione del Testo costituzionale ma certamente non si rivela utile nel garantire obiettivi di crescita economica, ritenuti il principale fattore di sviluppo della società⁶⁰.

Il legislatore, infatti, ha inteso semplificare, accelerare ed eventualmente concludere tempestivamente con provvedimento tacito di assenso i procedimenti amministrativi più complessi⁶¹, dove rilevano molti e contrapposti interessi pubblici oltre a quelli privati ed economici⁶².

È proprio per tali procedimenti che l'amministrazione incontra difficoltà nel predeterminare brevi termini di conclusione del procedimento, perché caratterizzati da complessità della fattispecie da ricostruire, complessità della normativa da interpretare, incertezza che accompagna le diverse discipline scientifiche, pressioni politiche⁶³, tutti elementi che spesso non consentono di rispettare tempi *standard* predeterminati che si rivelano insufficienti per adottare una decisione adeguatamente ponderata⁶⁴.

⁵⁹ Con riferimento al diritto alla salute, osserva M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra stato e regioni*, in E. CATELANI-G. CERRINA FERONI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, "il totale delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è rappresentato, ovviamente, da una quantità definita e non illimitata, ma non è affatto un dato la distribuzione di quel totale.

⁶⁰ Il precedente decreto semplificazioni prevedeva che, entro il 31 dicembre 2020 le amministrazioni e gli enti pubblici statali, secondo l'art. 12, comma 2, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, avrebbero dovuto verificare e rideterminare, in riduzione, i termini di durata dei procedimenti di loro competenza.

⁶¹ Si veda C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, in questa Rivista, 1, 2020, dove si riconosce che la semplificazione svolge un ruolo determinante nei settori caratterizzati da complessità degli interventi da realizzare che coinvolgono una molteplicità di interessi pubblici e privati e che richiedono necessariamente una autorizzazione.

⁶² S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 1198-1199, osserva come "per alcuni tipi di procedimenti, aventi a oggetto autorizzazioni, licenze, concessioni non costitutive, permessi o nulla osta comuni denominati, necessari per la localizzazione, la progettazione e la realizzazione delle opere, lo stabilimento degli impianti produttivi e l'avvio delle attività" il d.P.R. 12 settembre 2016, n. 194, in attuazione della legge 7 agosto 2015, n. 124, contenente deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, aveva previsto la possibilità di ridurre il termine procedimentale previsto dall'art. 2 della legge n. 241 fino alla metà, "in quanto procedimenti «suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione». Con d.P.C.M. da adottare entro il successivo 31 marzo si sarebbero dovuti individuare i singoli progetti cui applicare la riduzione dei termini, «in ragione della loro rilevanza economica o occupazionale rilevata anche tenendo conto dell'analisi di valutazione dell'impatto economico e sociale». Tale decreto, però, a distanza di cinque anni, non è ancora stato adottato".

⁶³ D'altra parte anche in conferenza di servizi, quando sussistono contrasti in merito alla tutela degli interessi sensibili, la decisione è presa dal Consiglio dei ministri, consentendo alla politica di sostituirsi alle ponderazioni amministrative che altrimenti allungherebbero i tempi per la realizzazione dell'intervento economicamente rilevante.

⁶⁴ In merito all'inefficienza amministrativa osserva G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e*

Il problema è individuare correttamente il ritardo tenendo in considerazione la macchina amministrativa e la complessità del procedimento. Individuare il momento in cui nella ponderazione tra interessi l'interesse pubblico cede dinanzi al mercato è molto complesso e non può prescindere da un adeguato rispetto dei diritti fondamentali.

Proprio la previsione generalizzata dell'istituto del silenzio-assenso e i continui interventi normativi e giurisprudenziali per garantire all'istituto una piena applicazione testimonia la permanente difficoltà di garantire un accorto e tempestivo, oltretutto efficace, intervento dell'amministrazione. Ma evitare di intervenire su politica ed amministrazione, rendendole pienamente responsabili nei confronti dei cittadini, limitando significativamente l'intervento della PA, non migliora l'attività di un apparato costoso e fondamentale e lo illude di poter sopravvivere nell'inefficienza senza sanzione.

La selezione dei procedimenti rappresenta anche occasione di revisione delle procedure, "conduce a riscontrarne l'importanza e a valutare in definitiva l'esigenza di mantenerle immutate o di semplificarle"⁶⁵. Il peso decisivo rappresentato dagli interessi coinvolti può rappresentare il motivo per escludere la semplificazione.

Il declassamento di alcuni procedimenti e, almeno indirettamente, l'elevazione o, forse, l'enfaticizzazione di altri consente di salvaguardare un'amministrazione che non arretra, ma rende il suo campo d'intervento più selettivo o orientato verso altre direzioni⁶⁶.

Si apre così una questione più complessa che vuole mantenere saldo il ruolo del soggetto costituzionalmente incaricato di garantire l'efficiente attuazione del Testo costituzionale, rendendolo idoneo a realizzare la efficiente gestione delle risorse pubbliche, dotandolo di tutte quelle caratteristiche (capacità economica, tecnica, etc.) che caratterizzano il privato, mediante l'elaborazione di soluzioni che impongano l'efficienza, quali la riorganizzazione della PA, strumenti per stimolare comportamenti virtuosi ma, anche, il perseguimento di una migliore capacità conoscitiva del soggetto pubblico, indispensabile presupposto per la ponderazione⁶⁷.

Una riorganizzazione dell'assetto complessivo degli adempimenti amministrativi può aiutare a ridurre problemi organizzativi e di cattiva gestione della pubblica amministrazione, ma anche a risolvere altro grande problema che provoca ritardi nelle questioni più delicate, la c.d. "paura della firma". La decisione riassume l'intera vicenda procedimentale e rappresenta il momento più delicato dell'attività amministrativa, esponendo il responsabile del procedimento a pesanti conseguenze.

processo economico, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 709-710, che l'introduzione di un termine limite, certo nella sua durata massima elimina lo spazio per comportamenti opportunistici da parte delle amministrazioni che erano libere di fissare termini lunghissimi, di tutto comodo e poi di violarli. Persistendo in una situazione di inerzia o adottando in ritardo il provvedimento, le amministrazioni godevano di una situazione di sostanziale impunità, "considerata la difficoltà di attivare i rimedi generali previsti dall'ordinamento per i casi di omissione di atti di ufficio e di silenzio-inadempimento".

⁶⁵ A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit.

⁶⁶ A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit.

⁶⁷ Sul tema cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, p. 20; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

5. Diritti, libertà fondamentali e libertà economica

Anche per fronteggiare una grave crisi economica e, di conseguenza, tutelare valori economici imposti dal diritto europeo, si rendono necessari bilanciamenti che mai dovrebbero portare all'annullamento di un diritto a favore dell'espansione illimitata di altro diritto⁶⁸.

Espressioni quali "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale" e "diritti inalienabili della persona umana", costituiscono il limite elaborato dalla Consulta alla primazia del diritto europeo su quello nazionale⁶⁹.

Riprendendo l'insegnamento della Corte costituzionale, il Consiglio di Stato ha ripreso la teoria dei "controlimiti"⁷⁰, mosso dalla necessità di definire l'effettivo ambito di incidenza del diritto europeo sulle materie che coinvolgono principi e diritti fondamentali secondo l'ordinamento nazionale. Tale teoria ha consentito una sorta di "armonia tra diversi", che ha avuto "il pregio di garantire la conservazione del nostro ordinamento e con esso della sovranità statale, che, lungi dall'essere assorbita all'interno di una sovranità superiore, risulta essere soltanto limitata, ai sensi dell'art. 11 Cost. In tal modo è stato, ed è, concepibile conservare uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative. È appunto l'area dei diritti fondamentali, la cui tutela funge da insopprimibile 'controlimite' alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato"⁷¹.

⁶⁸ A nulla vale obiettare che in situazioni emergenziali la ponderazione politica lascia il posto all'oggettività scientifica. Quando la ricerca scientifica procede al fine di raggiungere uno specifico obiettivo di rilevanza anche politica, essa si differenzia dalla ricerca pura (*research science*), sia per il diverso utilizzo che se ne fa nel discorso pubblico, sia per il maggior grado di integrazione che presenta con considerazioni di tipo politico, cfr. S. JASANOFF, *Procedural Choices in Regulatory Science*, in *Risk: Health, Safety and Environment*, 2/4, 1993, pp. 143-160; M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, pp. 313-336. L'influenza della conoscenza scientifica sulla produzione legislativa non esime dal rispetto del Testo Costituzionale poiché l'incertezza che caratterizza le evidenze scientifiche è sempre e necessariamente colmata con valutazioni politiche che tengono in considerazione fattori sociali, politici ed economici.

⁶⁹ In tal senso la giurisprudenza inaugurata da Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183, sentenza Frontini; Id., 5 giugno 1984, n. 170, sentenza *Granital*. Più recentemente la Corte costituzionale, sentenza n. 73/2001, ha specificato: "L'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali incontra i limiti necessari a garantire l'identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione. Ciò vale perfino nei casi in cui la Costituzione stessa offre all'adattamento al diritto internazionale uno specifico fondamento, idoneo a conferire alle norme introdotte nell'ordinamento italiano un particolare valore giuridico. I 'principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale' e i 'diritti inalienabili della persona' costituiscono infatti limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano 'si conforma' secondo l'art. 10, comma 1, della Costituzione (sentenza n. 48/1979); quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni (sentenze nn. 183/1973; 176/1981; 170/1984; 232/1989 e 168/1991)".

⁷⁰ Ribadisce il Supremo Collegio che la Corte costituzionale non ha mai inteso rinunciare alla salvaguardia dei diritti fondamentali, neppure a fronte delle limitazioni di sovranità decise dallo Stato con la ratifica del Trattato in applicazione dell'art. 11 Cost. "La posizione della Corte italiana sul punto ha determinato l'elaborazione da parte della dottrina costituzionalistica della teoria c.d. dei "controlimiti", che rappresenta il naturale svolgimento del modo di intendere il diritto comunitario nel suo rapporto con l'ordinamento interno". Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207.

⁷¹ Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207.

La c.d. teoria dei controlimiti⁷² pone al vertice del nostro ordinamento i diritti fondamentali⁷³, i quali devono prevalere anche sul diritto dell'Unione europea che si ponesse eventualmente in contrasto con essi⁷⁴.

Mentre in Italia i diritti fondamentali godono dunque di una dignità assoluta e di preminenza tra le fonti del diritto, nei Trattati dell'Unione europea essi si pongono sullo stesso piano delle altre disposizioni e dei principi come elaborati dalla Corte di Giustizia.

La Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica privata come diritto fondamentale e, contrariamente a quanto previsto per molte altre libertà⁷⁵, non è qualificata come inviolabile⁷⁶; nei suoi confronti sono individuati vincoli gravosi⁷⁷, tanto da definirla libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà⁷⁸.

Diversamente, l'Unione europea ha sempre attribuito un ruolo centrale al mercato, perseguendo l'integrazione economica attraverso il buon funzionamento di mercato, la tutela della concorrenza e della libertà di impresa. Le libertà di circolazione di persone, servizi, merci e capitali, il divieto di aiuti alle imprese e la previsione di una articolata disciplina a tutela della concorrenza, hanno attribuito alla libertà di iniziativa economica privata un ruolo centrale e ne è conseguita una tutela decisamente più pregnante rispetto a quanto previsto dalla nostra Costituzione⁷⁹.

Anche in seguito alle modifiche del Testo costituzionale (esplicito riferimento alla concorrenza all'art. 117 Cost., come modificato dalla legge cost. n. 3/2001) e, quindi, l'inserimento della tutela della concorrenza al co. 2⁸⁰, la tu-

⁷² Elaborata dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 170/1984.

⁷³ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, dove al punto 3.2 si conferma che *"i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (ex plurimis: sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale"*.

⁷⁴ L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, p. 139.

⁷⁵ Per es. artt. 13, 14, 15 Cost.

⁷⁶ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582.

⁷⁷ Art. 41, commi 2 e 3. Cfr. Corte cost. 4 ottobre 2010, n. 289, punto 3.3.3., dove, con riferimento alla libertà di impresa, si afferma che *"lo stesso legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta, ma l'ha subordinata al vincolo costituito dal mancato contrasto, fra l'altro, con l'utilità sociale"*.

⁷⁸ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit.

⁷⁹ Non si ignora che già con la sentenza della Corte di Giustizia del 14 maggio 1974, in causa 4/73, *Nold c. Commissione*, il Giudice europeo riconobbe che i diritti fondamentali possono essere sottoposti a limiti giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non sia lesa la sostanza di tali diritti. Il problema resta, però, la differente prospettiva e la priorità attribuita a finalità differenti che inevitabilmente è idonea a ridimensionare il significato di "nocciolo duro" incompressibile che rappresenta il limite costituzionale all'ingresso della normativa europea. Nel diritto europeo i diritti fondamentali sono contemperati con i principi di libera circolazione (persone, merci, capitali), libera concorrenza, unione monetaria, riconoscendole quali libertà fondamentali.

⁸⁰ Con l'adozione della legge n. 287/1990 *"Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*.

tela dei diritti fondamentali resta fermamente ancorata alla Costituzione che non modifica l'obiettivo primario di tutelare i diritti inviolabili dell'uomo anche a scapito della tutela della concorrenza e del mercato.

Gli istituti di semplificazione, silenzio assenso in particolare, devono, pertanto, rispondere ad entrambe le esigenze: rilancio dell'economia e rinforzamento/riorganizzazione dell'amministrazione⁸¹.

La stessa Corte costituzionale ha sottolineato la necessità che il legislatore rispetti quel rapporto "di integrazione reciproca" tra diritti costituzionali la cui tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro", evitando la creazione di diritti "tiranni", poiché tutte le situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona⁸².

La soluzione, richiesta dal legislatore europeo di ridimensionare l'ambito di operatività del regime autorizzatorio per accedere al mercato⁸³, specificando altresì che i principi cui deve uniformarsi il procedimento amministrativo volto all'ottenimento del provvedimento autorizzativo sono quelli fissati dall'art. 13, direttiva *Bolkestein*, tra cui i principi di rapidità e di silenzio assenso⁸⁴, necessita di un attento adeguamento che tenga in considerazione gli interessi della collettività che si trova ad interagire con colui che esercita un'attività economica.

L'errore è di prospettiva. L'apparato amministrativo è colpevolizzato per essere un costo per le imprese e si ritiene debba essere semplificato, accelerato, se possibile eliminato, dimenticando, con pericolose ripercussioni, il ruolo che la Costituzione attribuisce al soggetto pubblico.

La stessa previsione europea potrebbe essere intesa, più che una generale liberalizzazione dell'attività economica, come un obbligo a dotarsi di un'amministrazione efficiente.

⁸¹ Rileva F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2020, fasc. 1: "Esistono tuttavia nel nostro ordinamento alcune specificità, in particolare quelle riconducibili ai principi che, secondo il nostro giudice delle leggi, "caratterizzano l'identità costituzionale italiana".

⁸² Corte cost., sentenza 9 aprile 2013, n. 85; Id., sentenza n. 264/2012.

⁸³ Cfr. direttiva n. 2006/123/CE, c.d. direttiva *Bolkestein*.

⁸⁴ A. DELL'ATTI, *L'agenda europea per la c.d. economia collaborativa*, cit.



COMMENTI

Misurare la sostenibilità: note introduttive e inquadramento del problema. Il ruolo del rating ESG*

Measuring sustainability: introductory notes and framing of the problem. The role of ESG rating

di Sara Michielin **

ABSTRACT

Il Contributo, dedicato all'analisi del fenomeno del rating ESG, muove da una ricostruzione dei più recenti interventi normativi sul tema, per poi concentrarsi su alcuni profili attinenti all'individuazione di metriche di misura della sostenibilità. Il lavoro pone la propria attenzione, in chiave critica, sul concetto stesso di "sostenibilità" (cosa è?) e, in particolare, sui profili metodologici (come si misura?) e su quelli strettamente legati all'ente misuratore (chi misura la sostenibilità?).

This study, dedicated to the analysis of the phenomenon of ESG rating, starts from a reconstruction of the most recent regulatory interventions on the topic, and then focuses on some profiles related to the identification of metrics of sustainability measurement. The work focuses critically on the concept of "sustainability" (what is it?) and, in particular, on methodological profiles (how is it measured?) and those closely linked to the measuring body (who measures sustainability?).

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Chi misura la sostenibilità? Le agenzie di rating ESG. – 2.1. *Segue.* Il quadro normativo. – 3. Come si misura la sostenibilità? Profili metodologici. – 3.1. *Segue.* I *bias*. – 3.2. *Segue.* Normative regionali e sovranazionali. – 3.3. *Segue.* Cause delle divergenze tra rating. – 4. Il concetto di sostenibilità: la complessità del fenomeno. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi anni, complice anche la crisi pandemica da covid-19, popolazione e imprese hanno dimostrato una crescente sensibilità e attenzione alle tematiche ambientali e sociali individuando nel "cambiamento" una

* Il contributo riproduce con l'aggiunta di note il testo del paper presentato al seminario "Finanza e sostenibilità" organizzato dalla Scuola di dottorato di Diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa dell'Università degli Studi di Milano svoltosi in data 10 giugno 2022.

** Dottoranda di ricerca in diritto commerciale e industriale, Università degli Studi di Milano.

possibile strada per il miglioramento delle condizioni di vita nonché una modalità per contrastare i cambiamenti climatici ¹.

Il termine “sostenibilità” ² ha assunto sempre maggior rilievo e, già da alcuni anni, ha interessato anche i partecipanti ai mercati finanziari ai quali, per il tramite di obblighi di *disclosure*, è stato imposto dall’Unione Europea di modificare attivamente le proprie politiche ai fini di integrare i rischi di sostenibilità all’interno di alcuni loro processi decisionali.

¹ «Il desiderio di ritornare ad una “normalità” – che viene percepita come lontana nel tempo, se non addirittura definitivamente persa – si accompagna alla ricerca di nuove modalità di vita, orientate verso politiche economiche in grado di conciliare i livelli di produttività con quelli di libertà, oltre che di rispetto dell’ambiente e della natura», si v., fra i tanti, F. CAPRIGLIONE, *Il dopo covid-19: esigenza di uno sviluppo sostenibile (commento alla normativa)*, in *Nuova Giur. Civ.*, 5 – Supplemento, 26, 2020. Si veda anche l’Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici che presenta un piano d’azione per limitare il riscaldamento globale, sottoscritto il 12 dicembre 2015, approvato dal Consiglio dell’Unione europea con decisione n. 1841/2016 del 5 ottobre 2016 (in G.U.U.E. L 282 del 19 ottobre 2016) ed entrato in vigore il 4 novembre 2016. In dottrina, tra i tanti, si v. M. MAGRI, *Il 2021 È Stato L’anno Della “Giustizia Climatica”?*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4, 2021. Per un’introduzione sul tema si rinvia anche a Causa legale “A SUD e altri vs. Stato Italiano”, sito web: [giudiziouniversale.eu](https://asud.net/wp-content/uploads/2021/10/Atto-di-citazione-A-Sud-VS-Stato-Italiano-2021.pdf), documento consultabile al seguente link: <https://asud.net/wp-content/uploads/2021/10/Atto-di-citazione-A-Sud-VS-Stato-Italiano-2021.pdf> (accesso: 7 luglio 2022).

² La definizione di sviluppo sostenibile è stata introdotta nel 1987 con il celebre rapporto Brundland, COMMISSIONE MONDIALE SULL’AMBIENTE E LO SVILUPPO (WCED), *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987. Uno sviluppo è sostenibile se è in grado di assicurare «il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri». Sul dibattito sulla cd. *corporate social responsibility* (CSR) si v., fra i tanti, Bowen (1953), secondo il quale la responsabilità sociale degli uomini d’affari si riferisce «agli obblighi dei businessman di perseguire quelle politiche, di prendere quelle decisioni e di seguire quelle linee di azione che siano desiderabili in rapporto agli obiettivi e valori della nostra società». Pertanto i *businessman* in quanto servitori della società, «non devono trascurare i valori socialmente accettati o anteporre i propri valori a quelli della società». N. LINCiano-E. CAFIERO-A. CIAVARELLA-G. DI STEFANO-E. LEVANTINI-G. MOLLO-S. NOCELLA-R. SANTAMARIA-M. TAVERNA, *La finanza per lo sviluppo sostenibile. Tendenze, questioni e prospettive alla luce dell’evoluzione del quadro regolamentare dell’Unione europea*, Quaderno Consob 1/giugno 2021. Secondo la *Shareholder Theory* l’obiettivo dell’impresa è la massimizzazione dei profitti mentre, nella *Stakeholder Theory* nel processo decisionale si deve tenere conto non solo del profitto ma degli interessi delle diverse categorie di attori. Si vedano, rispettivamente, le teorie di Milton Friedman e di Freeman. Un’impresa socialmente responsabile è un’impresa che svolge attività economiche e persegue finalità lucrative tenendo sempre consapevolmente presente l’impatto che queste sue iniziative producono sul piano sociale e ambientale e, di conseguenza, si adopera per prevenire i pericoli e i danni che dalle proprie iniziative potrebbero derivare alla collettività e alle generazioni future. Si v. G. CONTE, *L’impresa responsabile*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 55 ss. Inizialmente giuristi e economisti si sono interrogati sul ruolo dell’impresa – o, come si era soliti affermare, degli uomini d’affari – nel raggiungimento di obiettivi ambientali e sociali ai quali, con il tempo, si sono aggiunti quelli di *corporate governance*. Nel corso del tempo è cresciuta la consapevolezza che l’integrazione nei processi economici di considerazioni ambientali e sociali non può prescindere dalla governance dei soggetti decisori, pubblici e privati, poiché se le imprese “persistono nel trattare i problemi del cambiamento climatico esclusivamente come un problema di responsabilità sociale anziché di business non faranno altro che incorrere in grandi rischi” N. LINCiano-E. CAFIERO-A. CIAVARELLA-G. DI STEFANO-E. LEVANTINI-G. MOLLO-S. NOCELLA-R. SANTAMARIA-M. TAVERNA, *op. cit.*, p. 13 ss. Nella versione più evoluta di finanza sostenibile, si afferma un modello in cui i fattori ESG non sono più vincoli alla massimizzazione degli obiettivi bensì essi stessi parte degli obiettivi (Schoenmaker e Schramade, 2019); N. LINCiano, N. LINCiano-E. CAFIERO-A. CIAVARELLA-G. DI STEFANO-E. LEVANTINI-G. MOLLO-S. NOCELLA-R. SANTAMARIA-M. TAVERNA, *op. cit.*, p. 15 ss. Sulla finanza sostenibile si v. anche M. SIRI-S. ZHU, *L’integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli investitori*, in *Banca Impresa Società*, Fascicolo 1, aprile 2020, v. anche A. SACCO GINEVRI, *La mutazione dell’impresa affetta dal virus: spunti per una ricerca di diritto dell’economia*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 5, Supplemento, p. 73 (commento alla normativa).

L'obbligo di pubblicazione³ pare pertanto rappresentare lo strumento scelto dal legislatore per il raggiungimento dei propri obiettivi: l'attenzione alla sostenibilità è, da un lato, un presupposto per adempiere a detta imposizione e, dall'altro, una condizione per poter beneficiare di investimenti "sostenibili" e "responsabili"⁴. Se, invero, i rischi di sostenibilità devono essere integrati nei

³ Il legislatore europeo – sulla scia dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile (si v. <https://sdgs.un.org/goals>), adottata da tutti i paesi membri delle Nazioni Unite nel 2015 e dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici ratificato nel 2016 da 190 Paesi (Nazioni Unite, Accordo di Parigi, 2015. Si v. <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>) – è intervenuto con una massiccia regolamentazione in tema di finanza sostenibile, oggi nel pieno della sua evoluzione. In particolare, un pilastro della disciplina è rappresentato dal Piano d'azione per la finanza sostenibile pubblicato nel marzo 2018 dalla Commissione Europea finalizzato a delineare la strategia e le misure da adottare per l'implementazione di un sistema finanziario capace di promuovere uno sviluppo "autenticamente sostenibile" (Communication from the commission to the european parliament, the european council, the council, the european central bank, the european economic and social committee and the committee of the regions Action Plan: Financing Sustainable Growth, COM/2018/097 final, consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0097>). In attuazione di tale Piano, la Commissione europea ha adottato, nel 2018, il noto pacchetto di proposte legislative (Il pacchetto contiene: una proposta di regolamento che introduce nuovi obblighi di *disclosure* in capo agli intermediari in merito alle modalità adottate per l'integrazione nelle scelte di investimento e nell'attività di consulenza dei "fattori di sostenibilità"; una proposta di regolamento relativo alla tassonomia delle attività eco-sostenibili, ossia di un sistema condiviso di classificazione e certificazione dei prodotti e servizi considerati sostenibili in grado di ridurre il rischio di pratiche scorrette (*greenwashing*); una proposta di modifica del regolamento n. 1011/2016 che introduce due nuovi indici di riferimento che tengano conto di alcuni aspetti di sostenibilità ambientale; progetti di modifica agli atti delegati, adottati per l'attuazione della MiFID II (direttiva n. 65/2014) e della IDD (direttiva n. 97/2016), che richiedono agli intermediari di tenere conto obbligatoriamente delle preferenze della clientela per i fattori ESG nella prestazione dei servizi di investimento e nella distribuzione degli IBIP, anche in relazione alla valutazione di adeguatezza) culminato con l'adozione, per quanto qui di interesse, del regolamento n. 2088/2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari. Quest'ultimo introduce degli obblighi di *disclosure* non finanziaria imponendo ai partecipanti ai mercati finanziari e ai consulenti finanziari di pubblicare, sui loro siti web, informazioni circa le rispettive politiche sull'integrazione dei rischi di sostenibilità, rispettivamente, nei loro processi decisionali relativi gli investimenti e nelle loro consulenze in materia di investimenti o di assicurazioni (art. 3, regolamento 2019/2088). Regolamento n. 2088/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (PE/87/2019/REV/1 (consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX:32019R2088>); regolamento n. 1011/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sugli indici usati come indici di riferimento negli strumenti finanziari e nei contratti finanziari o per misurare la performance di fondi di investimento e recante modifica delle direttive (CE) 48/2008 e n. 17/2014 e del regolamento n. 596/2014 (consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:32016R1011>). È stato approvato anche il regolamento n. 852/2020 del Parlamento e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (cd. Regolamento Tassonomia). È in corso il procedimento di definizione degli atti delegati della Commissione UE. La proposta di regolamento recante modifiche mirate e puntuali ai regolamenti delegati di attuazione della MiFID II e IDD per l'integrazione dei fattori ESG nell'ambito dell'informativa alla clientela e alla valutazione di adeguatezza, risulta in attesa di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

⁴ A partire dagli anni Ottanta, si sono sviluppate alcune strategie di investimento orientate alla creazione di valore nel medio-lungo periodo che, nel valutare imprese e istituzioni, tengono conto non solo dell'analisi finanziaria ma anche proprio di suddetti criteri ESG. «Sustainability is axiomatically linked to the long term, as the associated actions and investments – in economic, social and environmental terms – require action with a long-term orientation. Investment in education, housing, infrastructure, renewable energy and climate change mitigation all require a long-term horizon, often over several years if not decades». Commissione Europea, *Financing a sustainable European economy, Final Report 2018 by the High-Level Expert Group on Sustainable Finance Secretariat provided by the European Commission*, 2018; M. JANICKA-A. PIELOCH-BABIARZ-A. SAJNÓG, *Does Short-Termism Influence the Market Value of Companies? Evidence*

processi decisionali volti ad individuare le società meritevoli di investimento, anche quest'ultime saranno tenute a "dimostrare", a loro volta, un interesse e un impegno concreto ed effettivo in queste tematiche.

Ne consegue che, proprio in questo settore, sempre di maggiore interesse è la ricerca di una definizione di sostenibilità (cosa è la sostenibilità?) nonché l'individuazione di metriche per la sua misurazione (come si misura la sostenibilità?). Se, invero, la determinazione di quanto una società (o uno strumento finanziario) sia "sostenibile" riveste un ruolo centrale all'interno dell'intera disciplina della finanza cd. sostenibile, il tema diviene dunque quello di comprendere come garantire (e dimostrare) detta "sostenibilità" – se sia sufficiente la trasparenza della metodologia utilizzata nella sua misurazione oppure se sussista la necessità di regole comuni che portino ad una definizione giuridica e condivisa di sostenibilità.

Qualora poi, vi siano soggetti – agenzie di rating di sostenibilità – che forniscono servizi di certificazione della solidità di un emittente, di un titolo o di un fondo dal punto di vista degli aspetti ambientali, sociali e di *governance* (chi misura la sostenibilità?), lo studioso è portato ad interrogarsi sulla disciplina a loro applicabile, sull'esigenza – o meno – di un intervento legislativo e, soprattutto, sulle questioni che il legislatore dovrebbe essere chiamato ad affrontare.

Se invero alcuni problemi giuridici paiono simili a quelli già affrontati in tema di rating creditizio, la natura dell'oggetto della valutazione pare portare a dover escludere una mera applicazione della normativa esistente. In tal senso, un approfondimento sul fenomeno e sulle attuali metriche utilizzate (e sulle connesse problematiche) sembra rappresentare il corretto punto di partenza per poter fornire alcuni spunti di riflessione in vista di una possibile regolamentazione del fenomeno.

from EU Countries, in *Journal of Risk and Financial Management*, 2020. Le principali strategie di investimento sono: esclusioni (sulla base di determinati principi e valori – armi, test su animali, etc – i singoli emittenti o settori vengono esclusi), convenzioni internazionali (gli investimenti vengono selezionati sulla base del rispetto di norme e standard internazionali), *best in class* (sulla base di criteri ambientali, sociali e di governance vengono selezionati i migliori emittenti), investimenti tematici (sempre nel rispetto dei fattori ESG gli emittenti vengono selezionati in base ad un tema specifico – ad es. i cambiamenti climatici), *engagement* (viene considerato il dialogo con l'impresa su questioni di sostenibilità e l'esercizio del diritto di voto in assemblea), *impact investing* (viene considerato l'impatto socio ambientale positivo e misurabile dell'investimento – es. green o social bond). Si v., fra i tanti, N. DI FAUSTO, *Investimenti sostenibili: Analisi empirica e tradizionale dei fattori ESG*, 2021; M. BILLIO-M. COSTOLA-I. HRISTOVA-C. LATINO-L. PELIZZON, *Inside the ESG ratings: (Dis)agreement and performance*, in *Corp Soc Responsib Environ Manag.* 2, 2020. Tale nuova tipologia di investimento – definibile come "sostenibile" e "responsabile" – trova la propria consacrazione nel 2006 con il lancio, da parte delle Nazioni Unite, dei *Principles for Responsible Investment* (o PRI) finalizzati alla diffusione di detti investimenti tra gli investitori istituzionali. L'iniziativa ha ottenuto un grande riscontro e, ad oggi, sono stati sottoscritti da più di 1200 firmatari tra investitori istituzionali, società di gestione del risparmio e fornitori di servizi. I Principi sono: incorporare parametri ambientali, sociali e di *governance* (ESG) nell'analisi finanziaria e nei processi di decisione riguardanti gli investimenti; essere azionisti attivi e incorporare parametri ESG nelle politiche e pratiche di azionariato; esigere la rendicontazione su parametri ESG da parte delle aziende oggetto di investimento; promuovere l'accettazione e implementazione dei Principi nell'industria finanziaria; collaborare per migliorare l'applicazione dei Principi; rendicontare periodicamente sulle attività e progressi compiuti nell'applicazione dei Principi. Per maggiori informazioni si v. <https://www.unpri.org/>.

2. Chi misura la sostenibilità? Le agenzie di rating ESG

Nell'ultimo decennio l'attenzione del legislatore – e della finanza – si è dunque focalizzata su tematiche ESG cosicché gli operatori del mercato, destinatari direttamente o indirettamente di vincoli normativi, sono stati costretti a loro volta ad interessarsene e, nello specifico, ad individuare degli strumenti e delle modalità per assicurare la *compliance* normativa.

Nel contesto così delineato, in assenza di un intervento normativo mirato a disciplinare specificatamente il fenomeno della valutazione della sostenibilità⁵, il mercato si è affidato a quei soggetti che già da anni si occupavano di rating e che, dunque, sembravano rappresentare la soluzione più competente e affidabile⁶.

Non sorprende pertanto che, a partire dal 2016, si siano susseguite una serie di operazioni societarie grazie alle quali le agenzie di rating del credito hanno iniziato ad acquisire fornitori ESG più piccoli e specializzati e/o hanno investito in modo significativo risorse per sviluppare le proprie competenze/capacità ESG⁷ contribuendo allo sviluppo del fenomeno delle agenzie di rating ESG o “di sostenibilità” o “etico”⁸ che, similmente a quanto avviene ad opera delle *credit rating agencies* (CRAs)⁹, rispondono proprio all'esigenza di colmare il gap informativo tra investitore e operatori del mercato.

La complessità della materia affrontata, le molteplici informazioni alla base (v. *infra* par. 3), la continua evoluzione normativa sono solo alcune delle motivazioni che hanno condotto alla richiesta di un soggetto altamente specializzato che abbia le competenze, il tempo nonché gli strumenti per fornire una valutazione circa la sostenibilità di un'emittente dimostrando, ancora una volta,

⁵ Sul punto si segnala l'iniziativa marchio EU Ecolabel finalizzato alla certificazione della sostenibilità (ambientale) di prodotti finanziari. Si v. European Commission (2020b), *Testing Draft EU Ecolabel Criteria on UCITS equity funds*, https://ec.europa.eu/info/tender/191129-ecolabel-ucits-equity-funds_en; European Environmental Bureau, European Consumer Organisation, Transport and Environment, Better Finance, FairFin, WWF and Zero Waste Europe (2020), *Comments to the JRC's Update on the EU Ecolabel for Retail financial Products and discussion points for the EUEB*, giugno 2020, consultabile all'indirizzo https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2020-026_ecolabel_financial_products_ngo_joint_briefing.pdf, (12 febbraio 2021); JRC (2019), *Development of EU Ecolabel criteria for Retail Financial Products Technical Report 2.0: Draft proposal for the product scope and criteria*, https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/sites/default/files/202002/20191220_EU_Ecolabel_FP_Draft_Technical_Report_2-0.pdf (18 novembre 2020).

⁶ Oltre al rating, esistono altri strumenti di misura quali: ranking, screening, benchmark/indici. Si v. ERM, *Study on Sustainability Related Ratings, Data and Research*, 2020, p. 54 ss.; D. CASH, *Can Regulatory Intervention Save the Sustainability Rating Industry?*, in *Business Law Review*, 2021.

⁷ «Following consolidation moves in recent years, some of these larger, more established market participants – notably credit rating agencies, exchanges, data and index providers – have begun to acquire smaller and more specialised ESG providers and/or have invested significant resources to develop their own ESG expertise/capacities. However, where consolidations have occurred, only a few companies appear to have been fully integrated into the acquiring company, with the vast majority of acquired companies retaining their legal status by becoming a subsidiary of the acquiring entity». OICV-IOSCO, *Environmental, Social and Governance (ESG) Ratings and Data Products Providers Consultation Report*, 2021.

⁸ Si v., G. LANDI, *Sostenibilità e rischio d'impresa. Evidenze e criticità dei Rating ESG*, Cedam, 2020.

⁹ Si v., fra i tanti, C. RINALDO, *Rating incongrui e tutele del mercato*, Giuffrè, 2017; G. CARRERO, *Brevi note sulle agenzie di rating*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 135, No. 2, febbraio 2012, p. 49/50-53/54.

che – a prescindere dall'esistenza o meno di una normativa di settore – tali entità nascono e si sviluppano ugualmente e, pertanto, necessitano di essere regolamentate.

Il tal senso il noto dibattito che ha seguito la nascita delle CRAs – la necessità o meno di un intervento legislativo in materia ¹⁰ – dovrebbe rappresentare un monito per il legislatore che, seppur conscio di tale esigenza, per il momento si è limitato ad elencare principi e individuare problematiche senza un'effettiva presa di posizione.

Ciò premesso non sono tuttavia mancati esempi di rating sviluppati internamente da *asset manager* che hanno pertanto deciso di non affidarsi ad agenzie di rating ¹¹. Anche in tal caso, tuttavia, manca la definizione di una metodologia e di criteri comuni che possano garantire la congruità della valutazione.

Volendo rispondere allora, almeno ad oggi, alla domanda su a “chi” è affidata la misurazione della sostenibilità pare potersi rispondere in due modi: le agenzie di rating ed alcuni *asset manager*. In ogni caso il grado di diffusione del fenomeno è elevato sicché risultano esserci almeno 160 agenzie globalmente dislocate, numero di gran lunga superiore rispetto a quello delle agenzie di rating del credito ¹². In particolare le agenzie più grandi hanno la propria sede legale in paesi extra-UE mentre il territorio dell'Unione Europea è caratterizzato dalla presenza di entità di piccole dimensioni localizzate in un ridotto numero di Stati Membri ¹³.

Pertanto, assunto che generalmente la valutazione della performance ESG di un dato emittente è affidata alle agenzie di rating, ci si chiede quale sia la funzione intrinseca di dette entità. Comprenderne lo scopo rappresenta difatti uno snodo cruciale per poter cogliere la portata della loro operatività nonché le ricadute pratiche di un rating incongruo.

Sotto un primo profilo il rating rappresenta lo strumento per orientare la scelta degli investitori verso investimenti sostenibili e responsabili. Gli intermediari finanziari sono obbligati a tener conto della performance ESG nella scelta dell'investimento e, a tal fine, utilizzano il punteggio attribuito a ciascuna emittente per decidere se quel soggetto possa essere o meno destinatario dell'investimento stesso. In tal senso si coglie come il rating ESG divenga il

¹⁰ «Su richiesta del Parlamento europeo, la Commissione ha esaminato accuratamente se fosse o meno necessario prevedere nuove proposte legislative al fine di regolamentare le attività delle agenzie di rating. La sua conclusione è che attualmente non è necessaria alcuna nuova iniziativa legislativa. Uno dei principi fondamentali di cui alla comunicazione “Migliore regolamentazione” è che il ricorso alle soluzioni legislative debba avvenire solo quando tali soluzioni siano strettamente necessarie per il conseguimento di obiettivi politici generali. La Commissione è convinta che l'utilità di una nuova iniziativa legislativa in questo settore sia ancora da dimostrare», Comunicazione della Commissione sulle agenzie di rating del credito (2006/C 59/02) dell'11 marzo 2006.

¹¹ ACCENTURE UK AND THE INTERNATIONAL REGULATORY STRATEGY GROUP (IRSG), *ESG Ratings and ESG Data in Financial Services – A view from practitioners*, Febbraio 2022.

¹² N. LINCiano-E. CAFIERO-A. CIAVARELLA-G. DI STEFANO-E. LEVANTINI-G. MOLLO-S. NOCELLA-R. SANTAMARIA-M. TAVERNA, *op. cit.*, OICV-IOSCO, *Environmental, Social and Governance (ESG)*, cit.; ERM, *Study on Sustainability*, cit.

¹³ Si rinvia alla lettera del 24 giugno 2022 “Outcome of ESMA Call for Evidence on Market Characteristics of ESG Rating and Data Providers in the EU” inviata dall'ESMA a John Berrigan (Director General Directorate General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union – Commissione Europea) e, in particolare, ai risultati pubblicati nell'allegato I alla lettera; link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma80-416-347_letter_on_esg_ratings_call_for_evidence_june_2022.pdf.

driver di tutta la finanza sostenibile in quanto capace di condannare o agevolare da un lato la crescita dell'emittente e, dall'altro, l'intero processo di sviluppo sostenibile.

Sebbene la funzione di “*driver*” sia indubbiamente quella preponderante e primaria, ci si potrebbe chiedere se le agenzie di rating ESG svolgano altresì un ruolo di “supporto indiretto” alle imprese nel loro percorso di avvicinamento/adequamento verso politiche aziendali più sostenibili.

Si vedrà come non sia raro che siano gli stessi emittenti a chiedere di essere valutati sotto il profilo della sostenibilità e, pertanto, a rivolgersi direttamente alle agenzie di rating. In questi casi l'agenzia, fornendo delle indicazioni sui parametri di valutazione e mediante la richiesta di documentazione specifica, indica implicitamente quali siano i requisiti da dimostrare per ottenere un rating soddisfacente. La società richiedente cercherà senz'altro di soddisfare detti requisiti (lo scopo di una richiesta di valutazione non può che non essere quello di ottenere un buon punteggio e di presentarsi al mercato come una società meritevole) e, pertanto, sarà sostenibile nella misura richiesta dall'agenzia di rating.

In questa accezione, la stessa agenzia e, in generale, il processo di rating – oltre ad individuare chi possa essere destinatario di investimenti – arriva essa stessa a definire cosa sia la sostenibilità. Non è difficile cogliere la portata di un tale ruolo che porta inevitabilmente a riflettere su come l'assenza di indicatori comuni e la molteplicità di metodologie utilizzate impatti negativamente sullo sviluppo stesso del concetto di sostenibilità.

2.1. *Segue. Il quadro normativo*

Premessa l'assenza di un *framework* normativo specifico – e nemmeno di casi di *self-regulation*¹⁴ – che regoli il fenomeno del rating ESG, non manca tuttavia una certa sensibilità e attenzione da parte del regolatore europeo sul tema.

In particolare, l'azione n. 6 del Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile¹⁵ sottolinea come le valutazioni ESG rappresentino uno strumento per garantire un'allocazione del capitale più sostenibile e migliorino il flusso di informazioni fra gli emittenti e gli investitori. Posto, pertanto, il ruolo centrale del rating di sostenibilità, la Commissione europea promuove soluzioni atte a garantire che le agenzie di rating del credito – ritenute un elemento importante dei mercati finanziari correttamente funzionanti – integrano i fattori di sostenibilità nelle rispettive metodologie.

A tal fine, l'istituzione europea invita la European Securities and markets Authority (ESMA) a “i) valutare le prassi in essere nel mercato del rating del credito entro il secondo trimestre del 2019, analizzando la misura in cui si tiene conto delle considerazioni di ordine ambientale, sociale e di *governance*”¹⁶;

¹⁴ Sul rapporto tra *soft law* e fattori ESG si v. G. STRAMPELLI, *Soft law e fattori ESG: dai codici di corporate governance alle corporate e index guidelines*, in *Riv. delle Società*, 5-6, 2021.

¹⁵ Commissione Europea, Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio europeo, al consiglio, alla banca centrale europea, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile, Bruxelles, 8.3.2018 COM(2018) 97 final.

¹⁶ Sul punto si v. “Guidelines on Disclosure Requirements Applicable to Credit Ratings” emanate dall'ESMA il 18 luglio 2019 e applicabili dal 30 marzo 2020, link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma33-9-320_final_report_guidelines_on_disclosure_requi

ii) entro il secondo trimestre del 2019, includere le informazioni relative alla sostenibilità ambientale e sociale nei suoi orientamenti in materia di informativa destinati alle agenzie di rating del credito e tenere in considerazione ulteriori orientamenti o misure, se del caso”. Sulla base di tali affermazioni pare implicito un riconoscimento dell’ESMA come Autorità di riferimento non solo per il rating del credito – nel qual caso il suo ruolo di controllo è regolamentato – ma anche, almeno in questa fase iniziale, per il rating di sostenibilità.

Nella lettera del 28 gennaio 2021 Steven Maijoor, allora Presidente dell’ESMA, invita la Commissione Europea all’adozione di una proposta legislativa evidenziando i noti problemi del rating ESG e candidandosi esplicitamente quale Autorità competente¹⁷. La lettera è stata seguita dalla pubblicazione della *Strategy for financing the transition to a sustainable economy* del 6 luglio 2021 nel cui allegato si legge che la CE interverrà per implementare la credibilità, la comparabilità e la trasparenza dei rating ESG¹⁸. Per raggiungere tale obiettivo tuttavia diviene centrale raccogliere – per il tramite di una consultazione pubblica – informazioni sul punto così da individuare i costi e le opzioni di un possibile intervento legislativo. In questa ottica la Commissione europea, nel novembre del 2021 – posto che un grande range di investitori utilizza il rating ESG come strumento per valutare i rischi e le opportunità connesse alle problematiche ESG – invita l’ESMA a promuovere una *call for evidence* volta ad esplorare il mercato. La call viene così lanciata in data 3 febbraio 2022 e chiusa l’11 marzo 2022 ed è finalizzata a fornire un quadro sulle dimensioni, le risorse, la struttura, il fatturato e i prodotti offerti dai diversi operatori europei¹⁹. Da ultimo, il data 4 aprile 2022, sempre a fin esplorativi, la Commissione Europea ha avviato una consultazione sul funzionamento del mercato del rating ESG nell’Unione Europea e sulla considerazione dei fattori ESG nel rating del credito²⁰ i cui risultati sono stati pubblicati lo scorso 27 giugno sul sito dell’Autorità²¹.

rements_applicable_to_credit_rating_agencies.pdf. Sullo stato di applicazione si v. ESMA, Text mining ESG disclosures in rating agency press releases, 10 febbraio 2022 (link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma80-195-1352_cra_esg_disclosures.pdf). In particolare “ESMA finds that the overall level of disclosures has increased since the introduction of the Guidelines, but that a high level of divergence across CRAs means there is still room for further improvement”.

¹⁷ «Given this market structure and the overlap with our existing mandate for CRAs, ESMA can see merits in being the authority entrusted with direct supervisory responsibilities for these actors. On a basic level, it would ensure economies of scale for supervisory resourcing and would have the benefit for the wider industry of avoiding different regulatory or supervisory mandates». Lettera dell’ESMA alla Commissione europea del 28 gennaio 2021, consultabile al seguente link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-379-423_esma_letter_to_ec_on_esg_ratings.pdf.

¹⁸ Si v. azione 4c dell’allegato III – Piano di lavoro delle iniziative esposte nel presente piano d’azione al Piano d’azione per finanziare la crescita sostenibile “Atti delegati della Commissione sulla trasparenza della metodologia e delle caratteristiche degli indici di riferimento”.

¹⁹ ESMA, *Call for evidence On Market Characteristics for ESG Rating Providers in the EU*, 2022. Consultabile al seguente link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma80-416-250_call_for_evidence_on_marketcharacteristics_for_esg_rating_providers_in_the_eu.pdf.

²⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Consultation document targeted consultation on the functioning of the esg ratings market in the european union and on the consideration of esg factors in credit ratings*, 4 aprile 2022.

²¹ Si rinvia alla lettera del 24 giugno 2022 “Outcome of ESMA Call for Evidence on Market Characteristics of ESG Rating and Data Providers in the EU” inviata dall’ESMA a John Berrigan (Director General Directorate General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union – Commissione Europea), cit.

Meritevoli di menzione sono inoltre il report della Commissione Europea “Study on Sustainability Related Ratings, Data and Research”²² pubblicato nel novembre del 2020 e il Consultation Report di OICV IOSCO “Environmental, Social and Governance (ESG) Ratings and Data Products Providers”²³ del luglio 2021. Entrambi contengono un elenco di problematiche connesse al rating ESG e sono indicative – ancora una volta – della volontà di procedere con un intervento legislativo sul punto che tuttavia pare complesso e ancora forse troppo lontano.

A livello europeo, pertanto, il tentativo di regolamentazione è ancora timido e, almeno per ora, volto ad esplorare il contesto e ad individuare problematiche. Tuttavia, dall’analisi dei documenti sopra citati, paiono due sicuramente i punti degni di menzione, almeno per i fini che qui ci si prefiggono. In primo luogo, si è visto come l’azione 6 dell’Action Plan evidenzi il rapporto tra le CRAs e i rischi ESG e, in generale, come le stesse vengano spesso citate: il rating del credito certamente rappresenta un riferimento per una possibile regolamentazione in quanto condivide alcune problematiche ma è sicuramente meritevole un approfondimento finalizzato a comprendere perché debba essere esclusa una mera applicazione delle sue regole al rating di sostenibilità (v. *infra* par. 5). In secondo luogo, sono evidenti il collegamento con i riferimenti al tema della informativa non finanziaria: palese è infatti il legame tra le due problematiche e come un’informativa standardizzata e comune sia la base per un corretto rating ESG. La stessa informativa potrebbe rappresentare una guida nell’individuazione dei criteri alla base della misura della sostenibilità: il che conduce ad un ulteriore problema ovvero quello dell’adozione di quadri legislativi differenti non solo a livello europeo ma anche a livello globale.

Ciò premesso, vista la dimensione a-territoriale del fenomeno, è opportuna una breve digressione sui differenti approcci normativi relativi alle informazioni non finanziarie. Nel Regno Unito la FCA ha pubblicato, nell’ottobre del 2021, la nuova ESG Strategy nella quale vengono enunciati due importanti principi quali quello di garantire la trasparenza delle informazioni finanziarie²⁴ e quello di creazione di fiducia nel mercato mediante l’integrazione di rischi ESG nei sottesi processi decisionali²⁵. Inoltre, il piano industriale di FCA 2021/22 evi-

²² «A key requirement of forming sustainable investment strategies is access to high-quality sustainability-related data, ratings and research. In this context, this study describes the state of the play of the sustainability related products and services market; establishes an inventory and classification of market actors, sustainability products and services available in the market; and analyses the use and quality of sustainability-related products and services by market participants. The study explores how the reliability and quality of assessment of sustainability-related data, ratings and research by third party providers can be enhanced and provides recommendations to stimulate demand and improve the quality of supply», ERM, *op. cit.*

²³ «This Report focuses on questions related to ESG ratings and data products, with the aim of understanding the implications of the activities of ESG ratings and data products providers on sustainable investing. Indeed, as investors become more sensitive to the potential financial risks posed by climate change and the potential impact of other ESG considerations, such considerations are becoming increasingly significant in investment decision making. Investor demand, as well as regulatory developments, are encouraging the development of new ESG ratings and data products», OICV-IOSCO, *op. cit.*

²⁴ Per tale intendendosi il migliorare le informazioni finanziarie relative al clima e lavorare per promuovere a livello globale standard sulla rendicontazione di sostenibilità, P. YEOH, *The Sustainability of Environmental, Social and Governance (ESG) Reporting in the US and the UK*, in 42 *Business Law Review*, 6, 2021; ACCENTURE UK AND THE INTERNATIONAL REGULATORY STRATEGY GROUP (IRSG), *op. cit.*

²⁵ Per tale intendendosi il supportare l’efficace integrazione di ESG nel processo decisionale

denza la necessità di concentrarsi su informative di alta qualità relative al clima e di migliorare gli strumenti di *governance* per garantire l'efficacia dei mercati ESG. Infine, da aprile 2022, le società registrate nel Regno Unito e le istituzioni finanziarie con più di 500 dipendenti e oltre 500 milioni di sterline di fatturato annuo sono obbligate – in linea con le raccomandazioni della Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD)²⁶ – a divulgare dati finanziari legati al clima²⁷.

Negli Stati Uniti la SEC ha deciso di adottare una strategia diversa sulle informative sul rischio climatico rispetto alle sue controparti europee, rivolgendosi non ai gestori degli investimenti ma direttamente alle società destinatarie di detti investimenti²⁸. Anche in tal caso viene evidenziato il problema della “trasparenza” dei dati forniti e, per di più, è prevista l'istituzione di una task force ESG per l'applicazione delle norme così da individuare lacune, errori e reprimere eventuali casi di *greenwashing*²⁹.

Singapore ha adottato un regime normativo ESG relativamente flessibile, che consente alla maggior parte delle aziende di scegliere se conformarsi alle pratiche ESG e prevenendo un sistema di incentivi per aiutare le imprese a diventare più “sostenibili” sotto il profilo ambientale. Infine, lo stato si è impegnato alla divulgazione obbligatoria del TCFD nella maggior parte dei settori dell'economia entro il 2025, aggiornando il Codice di condotta dei gestori di fondi³⁰.

Infine, con riguardo ai mercati emergenti e, nello specifico, la Cina il termine sviluppo sostenibile pare essere associato principalmente alle problematiche ambientali sicché, almeno nel breve termine, non sembra plausibile un approccio che promuova ugualmente tutte e tre le dimensioni della sostenibilità³¹.

del mercato finanziario attraverso la consegna di titoli, prodotti e servizi con etichetta ESG, P. YEOH, *op. cit.*; ACCENTURE UK AND THE INTERNATIONAL REGULATORY STRATEGY GROUP (IRSG), *op. cit.*

²⁶ TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES, *Implementing the Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, Ottobre 2021, link: https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/07/2021-TCFD-Implementing_Guidance.pdf.

²⁷ Si v. anche HM Treasury, A Roadmap towards mandatory climate-related disclosures, Novembre 2020, link: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/933783/FINAL_TCFD_ROADMAP.pdf.

²⁸ P. YEOH, *op. cit.*; ACCENTURE UK AND THE INTERNATIONAL REGULATORY STRATEGY GROUP (IRSG), *op. cit.*

²⁹ Per *greenwashing* si intende quel fenomeno che di verifica quando le aziende danno una “falsa” impressione del loro impatto o dei loro benefici ambientali. Il *greenwashing*, pertanto, fuorvia gli attori del mercato. Si v. https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/initiative_on_green_claims.htm; «La messa a disposizione di prodotti finanziari che perseguono obiettivi ecosostenibili è un modo efficace di incanalare gli investimenti privati verso le attività sostenibili. I requisiti per commercializzare prodotti finanziari o obbligazioni societarie come investimenti ecosostenibili, inclusi i requisiti posti dagli Stati membri e dall'Unione per consentire ai partecipanti ai mercati finanziari e agli emittenti di usare marchi nazionali, puntano ad aumentare la fiducia degli investitori e a sensibilizzarli maggiormente agli impatti ambientali di tali prodotti finanziari o obbligazioni societarie, creare visibilità e affrontare le preoccupazioni legate alla pratica della «verniciatura verde» (*greenwashing*).» Regolamento n. 852/2020 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 n. 2088/2019. Negli ultimi anni, sono stati coniate diverse espressioni per descrivere fenomeni simili in ambiti diversi da quello ambientale quali: *pinkwashing*, *purplewashing*, *rainbow washing*, *redwashing*.

³⁰ I. TARMUJI-R. MAELAH-N. HABIBAH TARMUJI, *The Impact of Environmental, Social and Governance Practices (ESG) on Economic Performance: Evidence from ESG Score*, in *International Journal of Trade, Economics and Finance*, Vol. 7, No. 3, June 2016.

³¹ B. STEUER, *Society, economy or environment – Which dimension counts most in China's sustainable development?*, Treccani, Mondopoli, 2021; A. HOVE, *Direzione attuale per le energie rinnovabili in Cina*, l'Oxford Institute for Energy Studies, Università di Oxford, Oxford, 2020.

Alla luce di questa breve rassegna normativa, pare potersi desumere una generale tendenza a richiedere la divulgazione principalmente di dati relativi al settore ambientale. Gli interventi normativi sono ancora timidi e riguardano, quando obbligatori, solo imprese di grandi dimensioni che possono sostenere i costi legati alla predisposizione delle informative. Gli approcci adottati tuttavia non sono uniformi (a volte è obbligatoria, altre facoltative, a volte i destinatari sono gli intermediari finanziari e altre le società) e, per quanto qui di interesse, non si rilevano disposizioni volte a regolare direttamente il fenomeno del rating di sostenibilità.

3. Come si misura la sostenibilità? Profili metodologici

Finora si è visto che, seppur in assenza di un intervento legislativo, le valutazioni ESG impattano in maniera rilevante sulla definizione della sostenibilità di un investimento e, pertanto, sull'intero andamento e sviluppo di una finanza sostenibile. In altri termini, semplificando, proprio al rating ESG viene attribuito il compito di indicare quando un investimento sia sostenibile o meno.

Al fine di cogliere quale sia il contenuto del rating e, conseguentemente, cosa – almeno per il momento – possa essere definibile come sostenibile, pare utile indagare i meccanismi che governano il funzionamento del processo di valutazione ESG. Un'analisi dei profili metodologici sembra difatti essenziale ai fini di comprendere l'essenza del rating stesso. In altre parole, per una corretta ricostruzione del fenomeno, si ritiene utile partire dal “come” per poi tentare alcune osservazioni sul “cosa”.

In primo luogo, a richiedere i servizi svolti dalle agenzie di rating possono essere gli investitori, gli asset manager, le banche e, in maniera ridotta, gli intermediari, i consulenti e le medesime società. In quest'ultimo caso è evidente che, come nel caso del rating del credito, il rischio che si verifichino situazioni di conflitto di interessi è elevato³². L'accesso ai servizi forniti dalle agenzie di rating avviene sulla base di tre differenti modelli: la sottoscrizione, la licenza e le commissioni basate su servizi su misura. Brevemente, nel primo caso gli utenti pagano un costo fisso per utilizzare il prodotto per un tempo predeterminato (solitamente annualmente), la licenza invece, seppur molto simile alla sottoscrizione di un abbonamento, solitamente è fornita per utente e richiede un costo iniziale maggiore e costi di manutenzione annuali inferiori. Infine, nell'ultimo caso, l'accesso a prodotti o servizi è offerto ad un prezzo “su misura” dal fornitore ed è pertanto altamente personalizzabile sulla base delle esigenze del richiedente. Ciò premesso, il modello prediletto è quello della “sottoscrizione” e solo alcune agenzie di rating propongono i loro servizi sulla base di licenze o prezzi personalizzati³³.

³² OICV-IOSCO, *Environmental, Social and Governance (ESG)*, cit.; ACCENTURE UK AND THE INTERNATIONAL REGULATORY STRATEGY GROUP (IRSG), *op.cit.*; ERM, *Study on Sustainability*, cit.

³³ Nell'ultima analisi condotta dall'ESMA viene evidenziato come «The predominant business model is investor-pays, however, provision of ESG ratings on an issuer-pays basis is more prevalent than anticipated and was indicated in around a third of responses from providers». V. Lettera del 24 giugno 2022 “Outcome of ESMA Call for Evidence on Market Characteristics of ESG Rating and Data Providers in the EU” inviata dall'ESMA a John Berrigan (Director General Directorate General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union – Commissione Europea), cit.

Identificati i soggetti fruitori dei servizi di rating e le modalità di accesso, il processo di rating è basato sulle seguenti fasi: (i) raccolta dati e documentazione dal soggetto in esame; (ii) valutazione dei dati e (iii) attribuzione del punteggio.

La fase di raccolta dei dati appare sicuramente come una delle più delicate e problematiche. Si è già accennato all'assenza di un'informativa standardizzata e obbligatoria e al fatto che siano le stesse agenzie di rating ad individuare i dati – e le modalità di raccolta – che ritengono utili per l'attribuzione del punteggio ESG³⁴. Nello specifico, i dati alla base delle valutazioni ESG sono forniti principalmente dalla società valutata³⁵, altri dati provengono da canali non ufficialmente controllati dalla società (es. report dei media o delle NGO). Infine, una terza fonte è rappresentata dai c.d. *third-party data* che includono le informazioni sulla società raccolti, analizzati e venduti da altri data provider.

Già in questa fase emergono le prime difficoltà connesse all'elaborazione di un corretto rating ESG. I dati raccolti saranno difatti molteplici e dovranno pertanto essere riordinati e rielaborati sotto il profilo della loro autenticità, completezza, accuratezza e aggiornamento. Una verifica di una tale portata non può non coinvolgere un team di esperti con diversi background capaci di comprendere appieno il contenuto dei dati sotto il profilo tecnico. Anche la valutazione della sostenibilità, pertanto, deve richiamare l'attenzione del legislatore, sul tema della multidisciplinarietà e delle competenze dei soggetti chiamati ad elaborare i rating ESG rischiando, in caso contrario, di giungere ad una analisi superficiale e, dunque, incongrua dei dati e minando l'intero processo di *assessment* che segue la raccolta iniziale delle informazioni.

In un secondo momento il rating provider provvede alla vera e propria valutazione dei dati mediante, *in primis*, l'individuazione dei criteri di sostenibilità che, in relazione al settore ove opera la società valutata, sono dotati di maggiore materialità³⁶. Procedendo per macrocategorie, sotto il profilo ambientale viene considerato l'impatto sul cambiamento climatico, l'uso di risorse naturali, la gestione dei rifiuti e l'amministrazione dei prodotti³⁷. Il fattore sociale invece si riferisce alla forza lavoro, alla sicurezza sui luoghi di lavoro, al rispetto dei diritti umani e all'analisi della *supply chain*³⁸. Infine, per *Governance* si debbono considerare la *corporate governance*, il *risk management*, i profili etici, i diritti degli *stakeholder*³⁹. In generale è ravvisabile una tendenza a prediligere gli aspetti ambientali e ad attribuire un'importanza minore alle tematiche sociali e di *corporate governance*. Sul punto il rischio è quello di non approfondire sufficientemente gli ultimi due criteri e di attribuire rating positivi alle società più attente ai

³⁴ Per il reporting sulla sostenibilità gli standard più utilizzati sono i Global Reporting Initiative (GRI), i Sustainability Accounting Standards Board (SASB), i Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD) e i World Business Council for Sustainable Development (WBCSD).

³⁵ «In our survey conducted for this study, 90% of sustainability-related product and service providers collect at least some data from each of the three sources described above. Data directly from the company is the most cited source, followed by third-party data and then unstructured company data», ERM, *op. cit.* Sul punto si v. anche J. TIROLE, *Economics for the Common Good*, 2017 «the ratings are based on reported data and policies, which are only a fraction of what is needed for a good assessment and are sometimes even conflicting».

³⁶ Per tale intendendosi l'individuazione di aree tematiche specifiche/questioni rilevanti per l'attività svolta dalla società valutata o per la loro performance di sostenibilità.

³⁷ OICV-IOSCO, *op. cit.*; ERM, *op. cit.*

³⁸ OICV-IOSCO, *op. cit.*; ERM, *op. cit.*

³⁹ OICV-IOSCO, *op. cit.*; ERM, *op. cit.*

profili ambientali senza un'effettiva analisi della sostenibilità dal punto di vista globale. In tal senso diviene centrale la previsione di una normativa volta ad assicurare la commensurabilità tra i criteri ESG nonché una loro puntuale definizione così da evitare il verificarsi di fenomeni come quelli sopra accennati.

L'ultimo passaggio consiste nell'attribuzione di un punteggio – il rating ESG – espresso in lettere o in numeri⁴⁰ a seconda della metodologia scelta dall'agenzia valutatrice. Il punteggio può essere unico e complessivo oppure suddiviso per singoli fattori e, in certi casi, anche per sottocategorie (alcune agenzie forniscono tutte e tre le tipologie di punteggi mentre altre preferiscono attribuire solo una valutazione complessiva piuttosto che optare per la seconda o terza tipologia di valutazione sopra indicate). Alcune valutazioni sono poi basate sull'analisi della performance e del management, altre solamente sulla *disclosure* e, altre ancora, includono anche aspetti “controversi” rilevati nel corso dell'analisi. Anche questo profilo – quello dell'attribuzione del punteggio – appare non scevro di problematiche che possono condurre a rating differenti attribuiti alla medesima società. Si pensi difatti al caso in cui l'entità valutata ottenga un punteggio molto alto sotto il profilo ambientale e di *governance* mentre presenti problematicità dal lato *social*: un punteggio complessivo potrebbe garantire un giudizio favorevole in tema di sostenibilità che, probabilmente, in tal caso non è presente. Tutto ciò, ovviamente, nel caso in cui, nel processo di misurazione, si consideri la sostenibilità come la somma delle diverse componenti che, in base alle definizioni più accreditate, la compongono.

Dall'analisi della metodologia utilizzata nel processo di rating è evidente come questa, seppur sia ravvisabile una base comune, differisca su alcuni aspetti centrali. Da ciò discende l'esigenza, sempre più sentita dal mercato e sottolineata in molteplici report, di garantire che ogni agenzia pubblichi sul proprio sito web (facilmente accessibile a chiunque) in modo chiaro e comprensibile il processo usato per l'elaborazione del rating ESG. Solo in tal modo, difatti, pare possibile un effettivo giudizio sulla congruità o meno del rating medesimo rispetto alle finalità perseguite.

3.1. Segue. I bias

L'indagine sui profili metodologici – premesso che le fasi di analisi sono comuni a tutte le agenzie di rating mentre le differenze sono ravvisabili sui criteri utilizzati e sulle modalità di esternalizzazione del punteggio ESG – richiama l'attenzione dello studioso sulla presenza di alcune distorsioni (cd. *bias*) che possono condurre all'elaborazione di rating fuorvianti e non veritieri. Ci si riferisce ai noti *bias* connessi alla dimensione della società (*Company Size Bias*), alla posizione geografica (*Geographical Bias*) e al settore di produzione (*Industry Bias*) i quali rappresentano senz'altro elementi che dovranno essere considerati nell'elaborazione di un eventuale quadro normativo volto a regolare il fenomeno del rating di sostenibilità.

In primo luogo, diversi studi hanno dimostrato che le società più grandi ottengono punteggi più elevati. Si è visto come, nell'elaborazione del rating, vengano presi in considerazione i dati forniti dalle società valutate e sia pertanto centrale il ruolo della *disclosure* non finanziaria cosicché la maggiore capacità di pubblicare dati impatterà (positivamente) sulla valutazione finale

⁴⁰ Il punteggio può essere espresso in numeri (scala da 1-10 o da 0-100) o in lettere (es: A-D); (AAA-D) o anche in percentuali.

dell'ente. La capacità di una società di rendere note dette informazioni dipende – inevitabilmente – dalle risorse economiche destinabili allo scopo⁴¹. Ecco, quindi, che le società più piccole non avranno a disposizione un team di esperti – si è già accennato alla multidisciplinarietà che una tale materia richiede – da dedicare alla *disclosure* non finanziaria ma, come spesso accade anche per altre materie, il compito sarà affidato a risorse già presenti internamente alla realtà aziendale che – con molta probabilità – sono poco avvezze alla materia operando in altri campi (ufficio marketing piuttosto che ufficio amministrativo-contabile). In tal senso, certamente appare meritevole di considerazione l'approccio adottato da talune agenzie le quali, nel processo di *assessment*, utilizzano regole diverse e specifiche per valutare le imprese sulla base delle loro dimensioni (grandi – medio ovvero meno di 500 dipendenti – piccole ovvero meno di 100 dipendenti e piccolissime).

Si è inoltre osservato che le società con sede in Europa ottengono punteggi più elevanti rispetto alle corrispondenti americane, asiatiche e australiane e, da ciò, si è arrivati a sostenere una correlazione tra la posizione geografica dove ha sede la società e l'attribuzione del rating di sostenibilità (cd. *Geographical Bias*). La distorsione parrebbe derivare sia dalla presenza di una regolamentazione volta ad imporre una maggiore *disclosure* alle società⁴² che dalla maggiore sensibilità degli asset-manager europei rispetto ai loro corrispondenti extra-europei.

Infine, si è accennato all'esistenza di una distorsione connessa al settore industriale ove opera la società. Sul punto le agenzie di rating sono solite operare sull'assunto di una corrispondenza tra detto settore di operatività e il rischio al quale le società sarebbero sottoposte. Tale affermazione, tuttavia, appare errata in quanto non vengono considerato il *business model* e i rapporti commerciali instaurati dall'ente valutato: questi elementi sono invece centrali nella valutazione del rischio ESG e la loro trascuratezza parrebbe condurre al cd. *industry bias*⁴³.

Nonostante le principali distorsioni siano rappresentate dai fenomeni sopra indicati, il discorso non può dirsi completo senza una menzione ai *language* e *company engagement bias*. Il primo si verifica quando le agenzie di rating non considerano, nel loro processo di valutazione, i documenti redatti in lingua locale ma solamente quelli in lingua inglese mentre il secondo è dovuto al rapporto che si instaura tra la società e l'ente valutatore nella fase di verifica dei dati raccolti soprattutto in quei casi in cui l'agenzia di rating fornisce anche servizi di consulenza all'azienda⁴⁴.

⁴¹ Si v., S. DREMPETIC-C. KLEIN-B. ZWERGEL, *The Influence of Firm Size on the ESG Score: Corporate Sustainability Ratings Under Review*, 2020.

⁴² NFRD, Directive 95/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 34/2013 as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups (OJ L 330, 15.11.2014, pp. 1-9), <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>; https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en.

⁴³ A titolo esemplificativo nei settori con emissioni di anidride carbonica più elevate: alcune metodologie di valutazione relative alla sostenibilità sono ponderate in modo che un'azienda possa ottenere prestazioni migliori se si trova in un settore in cui è più facile ridurre le emissioni di carbonio e svantaggiare aziende ad alta intensità energetica con emissioni di processo relativamente elevate.

⁴⁴ Elyse Douglas discute questo problema e afferma che «soprattutto per i fornitori di rating che offrono servizi di consulenza o consulenza all'azienda, valutano, potrebbe essere osservato

3.2. Segue. Normative regionali e sovranazionali

Un'attenta analisi delle distorsioni già rilevate rappresenta pertanto un elemento imprescindibile ai fini della definizione di un quadro normativo che possa dirsi efficace. Nel contesto sopra delineato una menzione particolare deve essere riservata alla presenza di normative regionali spesso più stringenti rispetto a quelle sovranazionali che, si è visto, possono condurre al cd. *Geographical Bias*.

Il caso più emblematico è di certo rappresentato dalla Francia, uno tra i paesi più avanzati in termini di normative ESG. In aggiunta a quanto previsto dal legislatore europeo, le società francesi sono vincolate al rispetto della Loi Grenelle I⁴⁵, della Legge sulla transizione energetica⁴⁶ e della legge Pacte⁴⁷ le quali impongono di divulgare rispettivamente le conseguenze sociali e ambientali delle loro attività, il rischi finanziari che devono affrontare a causa dei cambiamenti climatici e delle loro strategie di risanamento⁴⁸ e di considerare le questioni ambientali e sociali nell'elaborazioni delle loro strategie di gestione aziendale. Per di più, non mancano raccomandazioni in materia di *governance* e retribuzione – seppur non vincolanti – da parte dell'AFG, dell'Autorità per i mercati finanziari francese e contenute nello stesso Codice Afep-Medef⁴⁹.

Sempre a livello europeo anche la Germania ha adottato lo scorso luglio la Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten⁵⁰. La

un pregiudizio». Per evitare tale pregiudizio, alcuni fornitori di dati non comunicano mai direttamente con le aziende che stanno valutando e utilizzano solo fonti pubbliche di informazione per la raccolta dei dati. Questo problema viene anche approfondito da Berg, Kölbel e Rigobon che introducono anche il concetto di "effetto rating", in cui la visione generale di un fornitore da parte di un'agenzia di rating legata alla sostenibilità influenza la valutazione di categorie specifiche, ad esempio quando un'agenzia di rating legata alla sostenibilità dà a un'azienda una buona valutazione in una categoria, tende a dare a quell'azienda buone valutazioni anche in altre categorie. E. DOUGLAS-T. VAN HOLT-T. WHELAN, *Responsible Investing Guide to ESG Data Providers and Relevant Trends*, in *Journal of Environmental Investing* Volume 8, no 1 (2017); F. BERG-J. KOELBEL-ROBERTO RIGOBON, *Aggregate Confusion: The Divergence of ESG Ratings* (White paper, MIT Management Sloan School, 17 May 2020), link: SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3438533> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3438533>.

⁴⁵ LOI n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (1), link: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000020949548/>, <https://leg16.camera.it/561?appro=179&La+legislazione+francese+sui+cambiamenti+climatici>.

⁴⁶ Law no. 2015-992 on Energy Transition for Green Growth (Energy Transition Law), link: <https://www.gouvernement.fr/en/energy-transition#:~:text=and%20energy%20efficiency-,The%20Act%20of%2017%20August%202015%20on%20energy%20transition%20for,order%20to%20boost%20green%20growth>.

⁴⁷ Legge PACTE (LOI n°2019-486 del 22 maggio 2019) link: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038496102/>.

⁴⁸ Inoltre, ai sensi dell'articolo 173 della Legge sulla transizione energetica, gli investitori istituzionali devono divulgare l'ESG fattori incorporati nelle loro politiche di investimento e il loro contributo all'energia e transizione ecologica.

⁴⁹ La forte regolamentazione quadro è integrato dal Codice Afep-Medef, il governo societario raccomandazioni di AFG (l'Associazione francese di gestione patrimoniale) e le raccomandazioni dell'Autorità per i mercati finanziari. Tutti e tre forniscono una guida non vincolante per le migliori pratiche in materia di *governance* e retribuzione. Nonostante le ondate di privatizzazioni, lo Stato resta un importante player nei mercati dei capitali francesi in quanto azionista di diverse grandi società quotate. Sulla diversità, la legge Copé-Zimmermann ha richiesto alle società quotate di raggiungere almeno il 40% di membri del consiglio di amministrazione femminile dal 2017 nel tentativo di raggiungere la parità.

⁵⁰ Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains (Supply Chain Due Diligence Act), link: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl121s295

legge, la cui entrata in vigore è prevista per il 1° gennaio 2023, si pone come obiettivo quello di salvaguardare i diritti umani e l'ambiente nell'ambito dell'economia globale e, per far ciò, obbliga le società con più di 3000 dipendenti di adottare misure "appropriate" nelle catene di produzione «with the goal to prevent or minimize risks related to human rights or the environment or end the violation of duties related to human rights or the environment.» (Supply Chain Due Diligence Act art. 1, §§ 1, 3.).

Vale ora la pena brevemente richiamare – soprattutto ai fini di un raffronto tra i paesi di *civil law* e quelli di *common law* – i già citati casi del Regno Unito e degli USA. Il primo si è concentrato, fin dal 2013, sulla divulgazione legata al rischio climatico inizialmente prevista solo per le imprese quotate sul mercato della Borsa di Londra e ora estesa in fase di estensione a tutta l'economia⁵¹. L'attenzione degli Stati Uniti – similmente a quanto avvenuto nel Regno Unito – si è altresì focalizzata su questioni di sostenibilità ritenute "finanziariamente rilevanti" e, in particolare, sul rischio climatico attribuendo meno importanza a questioni ambientali e sociali più in senso ampio⁵².

In sintesi, pare potersi rilevare un'attenzione – da parte dei paesi di *civil law* – più volta a ricomprendere le problematiche ESG nella loro completezza (quindi non solo questioni ambientali ma anche sociali e di *governance*) e più concentrata sui temi di interesse per gli azionisti (rischio climatico) nei paesi di *common law*.

3.3. Segue. Cause delle divergenze tra rating

L'analisi dei profili metodologici permette di comprendere quali siano le motivazioni sottese alla divergenza tra rating per tale intendendosi il fenomeno che porta all'assegnazione di valutazioni ESG, anche molto diverse tra loro, alla medesima società a seconda di quale sia l'ente valutatore prescelto⁵³.

Secondo il noto studio condotto da Berg, Kölbel e Rigobon del MIT Sloan School of Management le ragioni di tali divergenze possono essere raggruppate in tre categorie – *Measurement*, *Scope* e *Weighting divergences* – alle quali, in questa sede, vale la pena accennare ai fini di garantire una maggiore consapevolezza nella lettura del fenomeno del rating e delle sue problematiche.

La maggiore causa di divergenza è rappresentata da differenze di misurazione⁵⁴ ovvero dall'utilizzo di indicatori diversi per la misura del medesimo cri-

9.pdf#_bgl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgl121s2959.pdf%27%5D__1649344407654.

⁵¹ Il Regno Unito ha adottato un approccio innovativo alle metriche della finanza sostenibile. Già nel 2013, il Paese ha introdotto la divulgazione obbligatoria e prescrittiva sulle emissioni di gas a effetto serra per le imprese registrate nel Regno Unito, cioè le grandi aziende britanniche quotate sul mercato principale della Borsa di Londra. Il Paese ha recentemente esteso questi requisiti di divulgazione a tutte le aziende britanniche, sia pubbliche che private. Inoltre, nel 2020 il Regno Unito ha annunciato che avrebbe reso obbligatoria l'informativa sul rischio climatico secondo il quadro TCFD nei prossimi anni. Nel 2021, la Financial Conduct Authority del Regno Unito ha proposto di iniziare a estendere i suoi standard di informativa TCFD a tutta l'economia, e ha anche recentemente scritto una lettera ai CEO delle società di gestione dei fondi sulle aspettative per la progettazione, la consegna e la divulgazione delle informazioni sui fondi ESG.

⁵² P. YEOH, *op. cit.*

⁵³ M. BILLIO-M. COSTOLA-I. HRISTOVA-C. LATINO-L. PELIZZON, *op. cit.*

⁵⁴ È ravvisabile una media del 50,1% di differenze tra i rating relativi alla sostenibilità. Gli indicatori utilizzati variano da quelli che si concentrano sulle politiche, come l'esistenza di un codice di condotta, a quelli che si concentrano sui risultati, come la frequenza degli incidenti, con

terio. A titolo esemplificativo si pensi all'agenzia che, nell'ambito del fattore S (social) individui come rilevante la categoria "prassi e condizioni di lavoro" e debba individuare gli indicatori più idonei per l'esame del punto. La scelta è (puramente) soggettiva e potrebbe confluire nel numero di cause pendenti tra lavoratori e azienda come nel turnover della forza lavoro con risultati anche molto diversi tra loro. In secondo luogo, la discrepanza potrebbe derivare dall'utilizzo di categorie diverse come l'emissione di gas serra piuttosto che il rispetto dei diritti umani e il turnover dei lavoratori⁵⁵ (cd. *scope divergence*). Infine, non è raro⁵⁶ che i fornitori di rating utilizzino pesi diversi nei loro processi di aggregazione valutando come più rilevante, per esempio, la certificazione ambientale piuttosto che la presenza di un sistema di gestione della sicurezza sui luoghi di lavoro.

Quanto detto richiama, nuovamente, l'attenzione del lettore sull'importanza di una metodologia condivisa o, quanto meno, su una maggiore chiarezza su cosa significhi per un'azienda essere "socialmente responsabile" e su quali siano le metriche per misurare la sostenibilità.

4. Il concetto di sostenibilità: la complessità del fenomeno

Lo studio finora condotto permette di cogliere – seppur in termini (volutamente) semplicistici – le motivazioni che portano a definire il rating di sostenibilità "inaffidabile". La stessa analisi condotta dall'ESMA evidenzia come la consapevolezza di dette problematiche abbia portato gli utenti a stipulare contratti contemporaneamente con diversi fornitori di rating ESG ai fini di aumentare la copertura del mercato per classe di attività o per zona geografica o per ricevere valutazioni ESG di diversa natura⁵⁷.

Tutto ciò premesso, pare dunque che – prima di chiedersi cosa significhi misurare la sostenibilità – sia più utile comprendere perché sia così – estremamente – difficile una tale misurazione. La risposta al quesito pare difatti centrale per una regolamentazione del fenomeno in quanto consente di evidenziare la complessità della materia nonché i punti nevralgici della sua disciplina.

Innanzitutto la prima problematicità è riscontrabile nella definizione del concetto stesso di sostenibilità. Si è già detto, in apertura del presente approfondimento, che essere sostenibili significa assicurare «il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri». Il concetto appare dunque estremamente ampio e multidisciplinare comprendendo una serie diversificata di tematiche ESG che spaziano dal cambiamento climatico al rispetto dei diritti umani le

esiti di valutazione diversi per lo stesso problema. Inoltre, i fornitori hanno diversi modi per stimare o trovare un proxy per i dati a cui non hanno accesso e altri presumono che la mancanza di informazioni pubbliche implichi che l'azienda stia nascondendo dati negativi e quindi penalizzerà le aziende senza sufficienti informazioni disponibili, ERM, *op. cit.*

⁵⁵ La media delle divergenze è pari al 36,7%, ERM, *op. cit.*

⁵⁶ La media delle divergenze è pari al 13,2%, ERM, *op. cit.*

⁵⁷ Le carenze più comuni individuate dagli utenti sono state la mancanza di copertura di un settore specifico o di un tipo di entità, l'insufficiente granularità dei dati e la mancanza di trasparenza sulle metodologie utilizzate dai fornitori di rating ESG. V. Lettera del 24 giugno 2022 "Outcome of ESMA Call for Evidence on Market Characteristics of ESG Rating and Data Providers in the EU" inviata dall'ESMA a John Berrigan (Director General Directorate General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union – Commissione Europea), cit.

quali, per di più, sono difficilmente valutabili nel breve periodo ma si concentrano su rischi e opportunità a lungo termine. Per certi versi non sembra audace affermare che una società per essere “sostenibile” debba rasentare – e mantenere nel tempo – la perfezione e che quindi il suo comportamento debba essere ineccepibile sotto ogni profilo. Sul punto è di certo apprezzabile lo sforzo del legislatore europeo nella definizione di una tassonomia ambientale⁵⁸ e sociale⁵⁹ nonché nell’elaborazione della Proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence*⁶⁰.

Posta l’ampiezza del concetto di sostenibilità, sotto il profilo metodologico si è visto – e ora vale la pena ricapitolare – che detta misurazione si interfaccia con il problema della diversa sensibilità normativa (si rinvia alle differenze riscontrate tra i paesi di *common law* e quelli di *civil law*) nonché con quello – strettamente collegato – della materialità. Concesso anche che il legislatore (europeo) riesca a definire in modo puntuale quali attività possano essere considerate ecosostenibili piuttosto che indicare le questioni sociali rientranti nel fattore “S”⁶¹, dovranno poi essere indicate le sotto-categorie di misurazione nonché chiarite le tematiche più rilevanti – sempre che una scala di rilevanza sia compatibile con il concetto di sostenibilità – e, in tutto ciò, dovrebbe essere garantita la misura di aspetti qualitativi e non solo quantitativi. In ogni caso, la normativa sarà applicabile solamente per le società con sede in Europa così da rendere elevato il rischio, per le agenzie di rating, di ricadere nel *bias* territoriale.

⁵⁸ Regolamento n. 852/2020 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 n. 2088/2019, Considerando n. 7: «Data la natura sistemica delle sfide ambientali a livello mondiale, è necessario adottare un approccio sistemico e lungimirante all’ecosostenibilità che affronti le crescenti tendenze negative, quali i cambiamenti climatici, la perdita di biodiversità, il consumo eccessivo di risorse a livello mondiale, la scarsità alimentare, la riduzione dello strato di ozono, l’acidificazione degli oceani, il deterioramento del sistema di acqua dolce e i cambiamenti di destinazione dei terreni, nonché l’emergere di nuove minacce, tra cui le sostanze chimiche pericolose e i relativi effetti combinati.» link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852>.

⁵⁹ Final Report on Social Taxonomy Platform on Sustainable Finance, Febbraio 2022. «The previous sections set out a number of arguments for extending the taxonomy to cover social objectives. However, there are also concerns and caveats about extending the taxonomy in this way. The two main concerns are summarised below. 1. It might not be possible to define activities as socially sustainable or as socially detrimental (i.e. as violating the DNSH criteria), as this depends on the context. In the social area, context is predominantly set at the national level, including through the industrial relations system. 2. Many of the objectives of a social taxonomy would go beyond EU powers (e.g. on collective bargaining, wages etc.). These topics are examples of where a social taxonomy could be inappropriate, in particular due to their prescriptive and detailed nature», link: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro_banking_and_finance/documents/280222-sustainable-finance-platform-finance-report-social-taxonomy.pdf.

⁶⁰ La Commissione ha adottato una proposta di direttiva sulla due diligence in materia di sostenibilità aziendale il 23 febbraio 2022. Questa iniziativa è incentrata sugli obblighi di due diligence di un’impresa e sul suo impatto su: (i) i diritti umani, compresi i diritti dei lavoratori; (ii) salute; (iii) il clima; e (iv) l’ambiente. Il suo scopo è prevenire, mitigare e rendere conto dell’impatto potenzialmente negativo sulla sostenibilità sulla base degli UNGP e delle linee guida dell’OCSE. Link: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en#:~:text=On%2023%20February%202022%2C%20the,companies%20operations%20and%20corporate%20governance.

⁶¹ Nella S rientrano: diritti del lavoro; protezione e inclusione sociale; non discriminazione; il diritto all’assistenza sanitaria, all’alloggio, all’istruzione (compresa la formazione professionale) e al cibo; assistenza in caso di disoccupazione o lavoro autonomo; protezione del consumatore; società pacifiche e inclusive; la lotta alla corruzione e all’evasione fiscale.

Ciò detto, l'elaborazione di metriche per le valutazioni ESG è complicata anche dalla disponibilità e omogeneità dei dati che, come si è visto, sono alla base dei giudizi di sostenibilità. In tal senso, tutte le società destinatarie delle valutazioni dovrebbero essere tenute a pubblicare – e a mantenere aggiornati – i dati di cui sopra. Sul punto non potranno mancare considerazioni legate alle dimensioni dell'impresa e alla relativa capacità di sostenere i costi connessi alla divulgazione di dati ESG dovendo pertanto trovare un equilibrio tra la puntuale definizione del concetto di sostenibilità, quello di materialità e ciò che, effettivamente, sia alla portata delle società destinatarie della normativa in esame.

In altri termini, individuare delle metriche che siano coerenti, ragionate e efficaci appare estremamente difficile per una molteplicità di ragioni e richiede, a sua volta, un quadro normativo complesso⁶² e coerente⁶³ capace di ragionare in una prospettiva a lungo termine e di stare al passo con l'evoluzione del concetto stesso di sostenibilità.

5. Conclusioni

In conclusione, disciplinare il fenomeno del rating di sostenibilità pare essere un passo cruciale ai fini dell'implementazione dell'intera disciplina sulla finanza sostenibile. Si è visto come lo stesso, incidendo su tutti i soggetti dei mercati finanziari, assuma un ruolo centrale nell'individuazione degli investimenti sostenibili e rappresenti, pertanto, una vera guida per l'investitore.

Proprio il ruolo svolto dal rating di sostenibilità rappresenta il presupposto per un possibile intervento del legislatore che, come si è visto, ha più volte manifestato la sua volontà di disciplinare in maniera organica la materia.

Ciò detto, certamente la previsione di un'informativa non finanziaria standardizzata nonché di una tassonomia ambientale e sociale⁶⁴ costituisce un primo step nella delineazione di un efficace *framework* normativo contribuendo all'individuazione del contenuto dei tre fattori ESG e, pertanto, allo sviluppo di una definizione di sostenibilità (quantomeno connessa alle problematiche ritenute significative dalla società attuale: non pare possibile difatti escludere che, in futuro, alcuni parametri divengano meno rilevanti a causa di un mutamento della sensibilità sociale. Da qui la domanda se il concetto di sostenibilità sia statico o, piuttosto, variabile nel tempo complicando, ulteriormente, la sua misurazione).

Premesso dunque che l'ampiezza e la mutevolezza del concetto di sostenibilità (cosa è la sostenibilità?) rappresenta il primo limite alla sua misurazione, rimangono inoltre irrisolti innumerevoli problemi che, per coerenza espositiva, si procede ora a suddividere in due categorie: quelli connessi al profilo metodologico (come si misura la sostenibilità?) e quelli strettamente legati all'ente misuratore (chi misura la sostenibilità?).

Sotto il primo profilo si è detto dell'esistenza di numerose distorsioni che conducono all'attribuzione di rating ESG anche (molto) diversi tra loro alla me-

⁶² Nel senso che non è sufficiente una sola norma ma un insieme di norme.

⁶³ La coerenza è richiesta con tutto il framework normativo di riferimento.

⁶⁴ Si v. PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Final Report by subgroup 4: Social Taxonomy*, February 2022.

desima società. Sul punto un primo approccio legislativo potrebbe mirare all'individuazione di metriche di misurazione comuni nella cui definizione dovrebbero essere affrontate, quantomeno in linea di principio, le varie problematiche di cui si è detto (i cd. *bias*). In tale evenienza pare di certo problematico e meritevole di ulteriore approfondimento il grado di specificità che suddette metriche dovrebbero avere.

Diversamente, una possibile alternativa potrebbe consistere nell'imposizione di un obbligo di trasparenza delle metodologie utilizzate dalle agenzie di rating finalizzato a consentire un raffronto tra i diversi misuratori. Un tale approccio, tuttavia, presuppone la conoscenza delle problematiche sottese alla misura della sostenibilità (ai più estranee) nonché il tempo per una loro comparazione e pertanto non pare poter rappresentare la soluzione definitiva al problema. In ogni caso la trasparenza – seppur se considerata come unico rimedio non sembri bastare – è, come si ha avuto modo di evidenziare, una garanzia a tutela dello stesso investitore e, pertanto, un tassello (necessario) nella predisposizione di un efficace quadro regolatorio.

Infine, con riguardo all'ultima domanda posta – l'individuazione di un soggetto misuratore e la sua disciplina – dalla disamina del problema emerge come debba escludersi una mera applicazione alle agenzie di rating ESG della normativa sulle CRAs differendo lo scopo e il panorama operativo⁶⁵. Le due tipologie di agenzie rispondono difatti a diverse esigenze del mercato – il giudizio sul merito creditizio e la misura della sostenibilità – e operano in situazioni allo stato non paragonabili. Il mercato dal rating del credito appare ben definito e, per come è codificato, capace di rispondere alle esigenze dei suoi attori mentre le modalità di misura della sostenibilità sono in continua evoluzione e sviluppo⁶⁶. In ogni caso, non pare potersi escludere l'applicazione di disposizioni specifiche della *CRA regulations* quali, a titolo esemplificativo,

⁶⁵ Sulle agenzie del rating del credito, si v., fra i tanti: G. FERRI-P. LACITIGNOLA, *Le agenzie di rating. Tra crisi e rilancio dell'economia globale*, Il Mulino, Bologna, 2009; E. MACIARIELLO, *La responsabilità da "rating": analisi dell'articolo 35-bis del regolamento (ce) 1060/2009*, in *Banca impresa società*, 2018, 1, pp. 157-188; L. DI DONNA, *La responsabilità civile delle agenzie di rating. Mercato finanziario, allocazione dei rischi e tutela dell'investitore*, Cedam, Padova, 2012; M. LUBRANO DI SCORPANIello, *Società di rating. Innovazioni di governance e tutela dell'affidamento*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 401, Giuffrè, Milano 2016; L. ENRIQUES, *Rating e regolamentazione. Testo riveduto e aggiornato dell'intervento svolto in occasione del convegno «Mercati, agenzie di rating e regole: per un circolo virtuoso»*, tenuto presso l'Università Commerciale L. Bocconi di Milano il 3 maggio 2010, https://www.consob.it/documents/46180/46181/intervento_enriques_20100503.pdf/4ac86a38-e898-448c-b02a-b9dd06ebfd7e; F. VELLA-R. GHETTI, *Il rating nelle scelte di investimento dei gestori collettivi del risparmio*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, fasc. 6, 2016; A. D'AMATO, *La responsabilità civile delle agenzie di "rating"* in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2016, fasc. 5 pp. 91-96; C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 764 ss.; M. MARIANELLO, *La responsabilità contrattuale dell'agenzia di rating nei confronti del committente*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 289 ss.; A. MAIETTA, *La responsabilità delle società di "rating"* (Nota a Trib. Roma sez. civ. 7 febbraio 2014) in *Danno e responsabilità*, 2015, fasc. 8-9, pp. 843-850.

⁶⁶ «In generale, giudicare la qualità delle metriche della finanza sostenibile è impegnativo a causa della difficoltà di osservare le realizzazioni della prestazione della reale sostenibilità di un'azienda, in netto contrasto con le metriche che predicono le caratteristiche finanziarie di un'azienda. Per le previsioni degli utili per azione o i rating di credito, per esempio, gli analisti osservano le realizzazioni a intervalli regolari e in un formato ben definito e standardizzato a livello globale. Al contrario, forse il segnale più significativo della prestazione della reale sostenibilità di un'azienda viene fornito quando quest'ultima è coinvolta in scandali o riceve una copertura giornalistica negativa in relazione a un problema di sostenibilità.», SFI PUBLIC DISCUSSION, *Note Metriche di finanza sostenibile*, ottobre 2021.

quelle in tema di conflitto di interessi (art. 6, regolamento 2009/1060/CE) e di responsabilità civile. Posto che la questione è di certo meritevole di un ulteriore approfondimento, in questa sede sembrano comunque valevoli alcune brevi riflessioni di carattere generale.

È noto che il primo profilo – il verificarsi di situazioni di conflitto di interessi – è stato oggetto del primo intervento legislativo europeo relativo alle agenzie del rating del credito. Il legislatore difatti, sottolineata l'importanza del ruolo rivestito da dette agenzie⁶⁷, si preoccupa di stabilire le condizioni per l'emissione dei rating e fissa delle disposizioni in merito all'organizzazione e allo svolgimento delle attività delle agenzie di rating del credito, occupandosi di garantire la loro indipendenza, la prevenzione dei conflitti di interesse e una migliore protezione di consumatori e degli investitori.

Fin da subito dunque il problema appare quello di assicurare che le CRAs, nella loro valutazione del merito creditizio, non siano influenzate dal perseguimento degli interessi del soggetto valutato o di altri operatori sui mercati finanziari⁶⁸. Ciò detto, la questione attiene principalmente il cd. *rating shopping* nel qual caso il verificarsi del fenomeno è fisiologico⁶⁹ ma non può dirsi estranea nemmeno al cd. *unsolicited rating*⁷⁰. In entrambi i casi, difatti, l'agenzia valutatrice riceve (o potrebbe ricevere) dei compensi direttamente dal soggetto valutato minando, pertanto, la propria indipendenza.

All'allegato I, sezioni A e B, richiamato dall'art. 6, regolamento 2009/1060/CE, vengono quindi introdotti una serie di requisiti – organizzativi e operativi – che le agenzie sono chiamate a soddisfare finalizzati proprio a prevenire il verificarsi di situazioni di conflitto di interessi. La CRAs, qualora si dimostri idonea, potrà dunque ottenere la registrazione e sarà sottoposta alla vigilanza da parte dell'Autorità competente.

Ciò premesso, muovendo sempre del presupposto che l'importanza che con il tempo sta assumendo il rating di sostenibilità sui mercati finanziari non pare essere (così) distante da quella del rating del credito che spinto il legislatore europeo a disciplinare la materia e che, come confermato dalle ricerche europee precedentemente citate, il tema del conflitto di interessi sembra richiedere un intervento normativo, pare ora utile chiedersi se vi sia margine di applicazione della medesima disciplina delle CRAs – o quanto meno dei principi che la governano – anche alle agenzie di rating ESG.

Si è visto che le modalità di accesso ai servizi avviene sulla base dei modelli tipici delle agenzie di rating e che non sono remoti i casi in cui l'agenzia valutatrice offra servizi di consulenza alla società valutata. CRAs e agenzie di

⁶⁷ V. Considerando n. 1, regolamento 2009/1060/CE «Le agenzie di rating del credito svolgono un ruolo importante sui mercati mobiliari e bancari mondiali giacché i loro rating del credito sono utilizzati dagli investitori, dai mutuatari, dagli emittenti e dai governi come elementi che contribuiscono alla formazione di decisioni informate in materia di investimenti e di finanziamenti».

⁶⁸ Si v., tra i tanti, R. LENER-M. RESCIGNO, *Agenzie di rating e conflitti d'interesse: sintomi e cure*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, 2, pp. 353-374.

⁶⁹ Il «c.d. *rating shopping*, fisiologicamente presente in un sistema in cui è il valutato a pagare il valutatore: l'emittente potrebbe essere portato a scegliere l'agenzia che ritenga meglio disposta di altre nei suoi confronti e, specularmente, l'agenzia chiamata a dare il proprio giudizio potrebbe essere spinta a valutazioni benevole, per il timore di perdere il cliente», R. LENER-M. RESCIGNO, *op. cit.*

⁷⁰ Il «c.d. *unsolicited rating*, consistente appunto in giudizi emessi dal valutatore sponte propria, spesso piuttosto negativi, ma saggiamente rivedibili in miglioramento, ove richiesti (e pagati)», R. LENER-M. RESCIGNO, *op. cit.*

rating ESG non paiono dunque distanti sotto questo profilo – l'accesso ai servizi e l'instaurarsi di rapporti di consulenza tra ente valutatore e soggetto oggetto di valutazione – sicché la disciplina dettata dal legislatore europeo sembra poter rappresentare un modello meritevole di imitazione, quantomeno sul piano metodologico. Garantire difatti la trasparenza di eventuali conflitti⁷¹ nonché la sussistenza di un assetto organizzativo⁷² volto alla loro prevenzione, sembra poter rappresentare una soluzione anche nel caso di agenzie del rating di sostenibilità⁷³.

Inoltre, per le stesse ragioni indicate dal legislatore nel considerando n. 11 del Regolamento⁷⁴, pare doversi concordare con l'esigenza di un intervento a livello comunitario sul punto così da garantire il buon funzionamento del rating, una procedura unitaria di registrazione delle agenzie nonché la presenza di un'Autorità europea di supervisione⁷⁵, tenuto anche conto del fatto che l'ESMA si è già candidata per ricoprire tale ruolo⁷⁶.

Per quanto invece attiene la questione della responsabilità civile delle agenzie di rating, con specifico riferimento al rating del credito, questa viene disciplinata dal legislatore per la prima volta nel regolamento n. 462/2013, all'art. 35 *bis* nel quale viene stabilito che «[s]e un'agenzia di rating del credito ha commesso intenzionalmente o per colpa grave una delle violazioni di cui all'allegato III che ha inciso sul rating del credito, l'investitore o l'emittente possono chiedere all'agenzia di rating il risarcimento dei danni⁷⁷ subito a causa

⁷¹ «È opportuno che le agenzie di rating del credito evitino situazioni di conflitto di interesse e gestiscano tali conflitti adeguatamente quando essi sono inevitabili, in modo da garantire la propria indipendenza. È opportuno che le agenzie di rating del credito rendano pubblici i conflitti di interesse in modo tempestivo. È opportuno altresì che esse conservino la documentazione di tutti i fattori che minacciano l'indipendenza dell'agenzia e dei suoi dipendenti e di altre persone partecipanti al procedimento di rating, nonché di tutte le misure di salvaguardia applicate per attenuarli». Considerando n. 27, regolamento 1060/2009/CE fermo che «Per evitare potenziali conflitti di interesse, le agenzie di rating del credito concentrano la loro attività professionale all'emissione di rating. Non è opportuno che un'agenzia di rating del credito presti servizi di consulenza, ed in particolare che formuli proposte o raccomandazioni per quanto riguarda la concezione di uno strumento finanziario strutturato. È tuttavia opportuno che le agenzie di rating del credito prestino servizi ausiliari qualora ciò non crei potenziali conflitti di interesse con l'emissione di rating» Considerando n. 22, regolamento 1060/2009/CE.

⁷² «L'agenzia o gruppo di agenzie di rating del credito dovrebbero applicare le disposizioni necessarie per una solida *governance* societaria. Nell'adottare le proprie norme di *governance* societaria, l'agenzia o il gruppo di agenzie di rating del credito dovrebbero tener conto della necessità di garantire l'emissione di rating indipendenti, oggettivi e di qualità adeguata» Considerando n. 28, regolamento 1060/2009/CE.

⁷³ Si v. ERM, *Study on Sustainability*, cit.

⁷⁴ «È necessario stabilire un quadro comune di norme riguardanti il miglioramento della qualità dei rating, in particolare della qualità dei rating creditizi utilizzati da istituti finanziari e da persone regolamentati da norme di armonizzazione nella Comunità. In assenza di un tale quadro comune vi è il rischio che gli Stati membri adottino misure divergenti a livello nazionale che avrebbero un impatto negativo diretto sul mercato interno e creerebbero ostacoli al suo buon funzionamento, perché le agenzie di rating del credito che emettono rating ad uso degli istituti finanziari della Comunità sarebbero soggette a regole diverse nei singoli Stati membri. Requisiti divergenti in materia di qualità dei rating potrebbero altresì determinare livelli diversi di tutela degli investitori e dei consumatori. Gli utilizzatori dovrebbero inoltre poter confrontare i rating emessi nella Comunità con i rating emessi a livello internazionale». Considerando n. 11, regolamento 2009/1060/CE.

⁷⁵ Si veda regolamento n. 513/2011 con la quale ESMA viene nominata Autorità di vigilanza.

⁷⁶ Si veda *infra* par. 2.1.

⁷⁷ Anche nel caso del rating di sostenibilità, come per il rating creditizio, pare opportuna una riflessione sulla qualificazione del "danno da rating" come una forma del danno derivante dalla circolazione di informazioni inesatte sul mercato finanziario.

della violazione». Ai fini dell'ottenimento del risarcimento del danno è, tuttavia, richiesta la prova della ragionevolezza dell'affidamento riposto dall'investitore nel giudizio di rating⁷⁸ o, in ogni caso, la prova che questi ha adoperato la dovuta diligenza nell'assunzione della decisione di «investire, detenere o cedere uno strumento finanziario oggetto del rating del credito» (par. 1, comma 2). L'investitore – o l'emittente, a seconda dei casi – dovrà altresì «fornire elementi informativi precisi e dettagliati che indichino che l'agenzia di rating ha violato il (...) regolamento e che la violazione ha avuto un impatto sul rating emesso» (par. 2, comma 1).

Il legislatore pertanto, basandosi sull'assunto che i rating del credito, a prescindere che essi siano emessi a fini regolamentari o meno, hanno un impatto significativo sulle decisioni di investimento e sull'immagine e l'attrattiva finanziaria degli emittenti ritiene che sussista una responsabilità delle agenzie nei confronti degli investitori e degli emittenti⁷⁹. Per l'investitore, tuttavia, può risultare particolarmente complesso dimostrare una tale responsabilità anche in virtù della mancanza di un rapporto contrattuale tra agenzia del rating e investitore o emittente (nel caso di rating non richiesti). Sulla scia di tali premesse, ai fini di dirimere l'ampio dibattito che si era sviluppato in materia⁸⁰, il legislatore dunque riconosce la responsabilità delle agenzie di rating affiancando, alla disciplina nazionale in tema di responsabilità civile, la normativa sopra citata.

Per quanto qui di interesse ed ai fini di un'applicazione analogica alle agenzie di rating ESG, la disciplina di cui all'art. 35 *bis* porta a riflettere sulla natura giuridica del rating di sostenibilità nonché sui presupposti per la sussistenza o meno di una responsabilità civile in capo anche alle agenzie oggetto della presente ricerca. Qualora difatti, il rating di sostenibilità possa essere qualificato come un parere⁸¹ – e non una mera opinione – che impatti effettivamente sulle decisioni di investimento e sull'immagine e l'attrattiva finanziari degli emittenti (a prescindere che esso sia emesso a fini regolatori⁸²) non pare potersi escludere una responsabilità anche in capo alle agenzie di rating ESG. In tal caso pertanto sembra necessario un chiarimento legislativo sul punto che, come nel caso del rating creditizio, sia finalizzato a tutelare l'investitore senza, tuttavia, impedire all'agenzia di poter operare nel mercato a causa di cospicue condanne risarcitorie.

In ogni caso, il riconoscimento di una qualche forma di responsabilità dovrebbe essere preceduto – come nel caso del rating creditizio ove l'agenzia è ritenuta responsabile qualora violi intenzionalmente le disposizioni contenute nell'allegato III del regolamento (CE) n. 1060/2009 – da una disciplina positiva del fenomeno del rating ESG che, almeno al momento, manca.

Concludendo si è visto come la misura della sostenibilità rappresenti una

⁷⁸ L'affidamento “ragionevole” pare poter essere, anche nel caso delle agenzie di rating ESG, un elemento probatorio centrale per la ricostruzione di un nesso causale tra il rating e la scelta dell'investimento.

⁷⁹ V. considerando 32, regolamento 2011/513.

⁸⁰ Si v., tra i tanti, C. PICCIAU, *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di rating*, Collana Diritto dell'economia, EGEA editore, Milano, 2018.

⁸¹ Il rating è qualificato con un parere “relativo” e, pertanto, non vi è alcuna garanzia circa la certezza assoluta che si tratti di un buon investimento. V. C. PICCIAU, *op. cit.*; E. MACIARIELLO, *op. cit.*

⁸² Sull'uso regolamentare del rating si v. L. AMMANNATI, *Il 'valore' del rating nelle regolazioni pubbliche. Regolare il mercato del rating o superare il rating*, in questa *Rivista*, 2, 2014, pp. 23-46.

sfida per il legislatore europeo in cui le principali difficoltà paiono derivare proprio dell'estrema complessità della definizione dello stesso oggetto della misurazione che tuttavia, se lasciato alla libera determinazione degli attori del mercato, potrebbe portare tante "sostenibilità" quanti sono i soggetti valutati. Se, da un lato, certamente l'appartenenza a diversi settori industriali piuttosto che l'area di operatività della società o le sue dimensioni dovrebbero influire nella determinazione del grado di sostenibilità della medesima, l'individuazione di criteri comuni pare comunque necessaria per garantire una maggiore uniformità e congruità delle valutazioni nonché, indirettamente, per evitare il verificarsi di fenomeni quali, a titolo esemplificativo, quelli di *greenwashing*.